

**Estate of the Late Zahra (Ziba) Kazemi and
Stephan (Salman) Hashemi** *Appellants*

v.

**Islamic Republic of Iran, Ayatollah Sayyid
Ali Khamenei, Saeed Mortazavi,
Mohammad Bakhshi and Attorney General
of Canada** *Respondents*

and

**Canadian Lawyers for International
Human Rights, Amnistie internationale,
Section Canada francophone,
Redress Trust Ltd., Canadian Association
of Refugee Lawyers, British Columbia
Civil Liberties Association, Canadian Bar
Association, Canadian Civil Liberties
Association, Canadian Centre for
International Justice, David Asper Centre for
Constitutional Rights, International
Human Rights Program at the University
of Toronto Faculty of Law and Iran Human
Rights Documentation Center** *Interveners*

**INDEXED AS: KAZEMI ESTATE v. ISLAMIC REPUBLIC
OF IRAN**

2014 SCC 62

File No.: 35034.

2014: March 18; 2014: October 10.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

*Public international law — Sovereign immunity —
Civil proceedings initiated in Quebec against Iran,
Iranian head of state and two state officials in relation to
alleged torture and death of Canadian citizen in Iran
— Whether proceedings are barred, in whole or in part,
by application of State Immunity Act — Whether interna-
tional law requires State Immunity Act to be interpreted*

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

c.

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

et

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

**RÉPERTORIÉ : KAZEMI (SUCCESSION) c.
RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D’IRAN**

2014 CSC 62

N° du greffe : 35034.

2014 : 18 mars; 2014 : 10 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Droit international public — Immunité de juridic-
tion — Action civile intentée au Québec contre l’Iran, le
chef d’État de l’Iran et deux agents de l’État pour la tor-
ture alléguée et le décès d’une citoyenne canadienne en
Iran — La Loi sur l’immunité des États fait-elle obstacle
partiellement ou intégralement à l’action? — Le droit
international exige-t-il une interprétation de la Loi sur*

to include exception in cases of torture — Whether immunity extends to foreign public officials acting in their official capacity — Whether torture may constitute an official act of a state — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 3(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Bill of Rights — Right to security of person — Right to a fair hearing — Sovereign immunity — Civil proceedings initiated in Quebec against Iran, Iranian head of state and two state officials in relation to alleged torture and death of Canadian citizen in Iran — Proceedings barred by application of s. 3(1) of State Immunity Act — Whether s. 3(1) of State Immunity Act inconsistent with s. 2(e) of Bill of Rights or infringes s. 7 of Charter — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 3(1) — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III, s. 2(e) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

K, a Canadian citizen, visited Iran in 2003 as a freelance photographer and journalist. She was arrested, detained and interrogated by Iranian authorities. During her detention, she was beaten, sexually assaulted and tortured. She later died as the result of a brain injury sustained while in the custody of Iranian officials. Despite requests made by K's son, H, that her remains be sent to Canada for burial, she was buried in Iran. Although a report commissioned by the Iranian government linked members of the judiciary and the Office of the Prosecutor to K's torture, only one individual was tried. That person was acquitted following a trial marked by a lack of transparency. In short, it was impossible for K and her family to obtain justice in Iran.

In 2006, H instituted civil proceedings in Quebec seeking damages on behalf of himself and his mother's estate against the Islamic Republic of Iran, its head of state, the Chief Public Prosecutor of Tehran and the former Deputy Chief of Intelligence of the prison where K was detained and tortured. H sought damages on behalf of K's estate for her physical, psychological, and emotional pain and suffering as well as damages for the psychological and emotional prejudice that he sustained as the result of the loss of his mother. Both H and the estate also sought punitive damages. The Iranian defendants brought a motion in Quebec Superior Court to dismiss the action on the basis of state immunity. In response, H and K's estate raised certain exceptions provided in the *State Immunity*

l'immunité des États qui reconnaît une exception dans les cas de torture? — L'immunité s'étend-elle aux agents d'États étrangers qui agissent dans l'exercice de leurs fonctions officielles? — La torture constitue-t-elle un acte officiel d'un État? — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 3(1).

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

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

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

Act (“SIA”), and challenged the constitutionality of certain provisions of that Act.

The Quebec Superior Court dismissed the constitutional challenge to the SIA, allowed the defendants’ motion to dismiss the action with respect to the claim brought by K’s estate but dismissed the motion with respect to the recourse sought by H personally. The court held that the SIA exhaustively captures the law of state immunity and that there are no unwritten exceptions to state immunity at common law, in international law, or in international treaties that would allow the claims to proceed. However, it found that H’s personal action could potentially fall within a statutory exception to state immunity applicable to proceedings relating to personal injury that occurs in Canada. The Quebec Court of Appeal dismissed the estate’s appeal and allowed the Iranian defendants’ appeal with respect to H’s claim.

At issue in this appeal is whether the Islamic Republic of Iran, its head of state and the individuals who allegedly detained, tortured and killed K in Iran are entitled to immunity by operation of the SIA. The resolution of that issue rests on the scope of the SIA, the impact that the evolution of international law since the SIA’s adoption might have on its interpretation, and whether the Act is constitutional. An overarching question, which permeates almost all aspects of this appeal, is whether international law has created a mandatory universal civil jurisdiction in respect of claims of torture, which would require Canada to open its courts to the claims of victims of acts of torture that were committed abroad. Moreover, this Court is asked to determine whether torture may constitute an official act of a state and whether public officials having committed acts of torture can benefit from immunity.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: Neither H nor K’s estate may avail themselves of a Canadian court in order to sue Iran or its functionaries for the torture that K endured. Furthermore, the challenges brought by the appellants based on s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* and s. 7 of the *Charter* should be dismissed.

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

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

La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si la République islamique d’Iran, son chef d’État et les responsables présumés de la détention de K, de la torture dont elle a été victime et de son décès en Iran bénéficient de l’immunité en application de la LIÉ. La réponse à cette question dépend de la portée de cette loi, de l’incidence que l’évolution du droit international depuis son adoption a pu avoir sur son interprétation, et de sa constitutionnalité. La question primordiale qui touche presque tous les aspects du présent pourvoi porte sur l’argument selon lequel le droit international a créé une compétence universelle obligatoire en matière civile à l’égard des allégations de torture qui obligerait le Canada à permettre aux victimes d’actes de torture commis à l’étranger de porter leurs réclamations devant ses tribunaux. En outre, la Cour est appelée à déterminer si des actes de torture peuvent constituer des actes officiels d’un État et si les fonctionnaires ayant commis des actes de torture peuvent bénéficier de l’immunité.

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

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

State immunity is not solely a rule of international law, it also reflects domestic choices made for policy reasons, particularly in matters of international relations. Canada's commitment to the universal prohibition of torture is strong. However, Parliament has made a choice to give priority to a foreign state's immunity over civil redress for citizens who have been tortured abroad. That policy choice is not a comment about the evils of torture, but rather an indication of what principles Parliament has chosen to promote.

In Canada, state immunity from civil suits is codified in the *SIA*. That Act is a complete codification of Canadian law as it relates to state immunity from civil proceedings. It provides an exhaustive list of exceptions to state immunity and it does not contain an exception to immunity from civil suits alleging acts of torture committed abroad. For that reason, reliance need not, and indeed cannot, be placed on the common law, *jus cogens* norms or customary international law to carve out additional exceptions to the immunity granted to foreign states pursuant to the *SIA*. Although there is no doubt that the prohibition of torture has reached the level of a peremptory norm, the current state of customary international law regarding redress for victims of torture does not alter the *SIA*, nor does it render it ambiguous.

H seeks to avail himself of the “personal or bodily injury” exception to state immunity set out at s. 6(a) of the *SIA*. If H's psychological suffering is captured by the personal injury exception to state immunity set out at s. 6(a), his claim would be allowed to proceed. However, when the words of s. 6(a) are examined in conjunction with the purpose of the Act, it becomes apparent that the exception applies only where the tort causing the personal injury or death has occurred in Canada. It does not apply where the impugned events, or the tort causing the personal injury or death, did not take place in Canada. Accordingly, H's claim is barred by the *SIA* because the alleged tort did not “occur in Canada”. His claim is also barred by the *SIA* on the further ground that the “personal or bodily injury” exception does not apply where the injury allegedly suffered by the plaintiff does not stem from a physical breach of personal integrity. Only when psychological distress manifests itself after a physical injury will the exception to state immunity be triggered. In the present case, H did not plead any kind of physical harm nor did he claim to have suffered an injury to his physical integrity.

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

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

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

A further issue to be determined is whether the respondents M and B are immune from legal action by operation of the *SIA*. Section 3(1) of the *SIA* provides that a “foreign state” is immune from the jurisdiction of any court in Canada. The definition of “foreign state” at s. 2 of the *SIA* includes a reference to the term “government”. The absence of an explicit reference to “public officials” in the *SIA* requires that the term “government” be interpreted in context and against the backdrop of international law. Following such an exercise, it becomes clear that public officials must be included in the meaning of “government” as it is used in the *SIA*. States are abstract entities that can only act through individuals. Excluding public officials from the meaning of government would completely thwart the purposes of the *SIA*, as allowing civil claims against individual public officials would require Canadian courts to scrutinize other states’ decision-making as carried out by their public officials. Accordingly, public officials, being necessary instruments of the state, are included in the term “government” as used in the *SIA*. However, those public officials will only benefit from state immunity when acting in their official capacity.

The acts of torture allegedly committed by M and B have all the bearings of official acts, and no suggestion was made that either of these public officials were acting in their personal capacity or in a way that was unconnected to their roles as state functionaries. The heinous nature of these acts of torture does not transform the actions of M and B into private acts, undertaken outside of their official capacity. By definition, torture is necessarily an official act of the state. It is the state-sanctioned or official nature of torture that makes it such a despicable crime. There continues to be very strong support for the conclusion that immunity from civil suits extends to public officials engaging in acts of torture, and it is not yet possible to conclude that either a consistent state practice or *opinio juris* to the contrary effect exists. As a result, given that M and B were public officials acting in their official capacity, they are captured by the term “government” found at s. 2 of the *SIA*. By virtue of that statute, they are immune from the jurisdiction of Canadian courts.

Parliament has given no indication whatsoever that Canadian courts are to deem torture an “unofficial act” and that a universal civil jurisdiction has been created allowing foreign officials to be sued in our courts. Creating

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

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

Le législateur n’a pas donné la moindre indication selon laquelle les tribunaux canadiens devraient considérer que la torture constitue un « acte non officiel » et qu’une compétence universelle en matière civile a été

this kind of jurisdiction would have potentially considerable impact on Canada's international relations. This decision is to be made by Parliament, not the courts.

The *SIA* withstands constitutional scrutiny despite the fact that it prevents H and his mother's estate from suing Iran or its functionaries in Canada for the torture that K endured. The challenge brought by the appellants based on s. 2(e) of the *Bill of Rights* should be dismissed as that provision is not engaged in the present case. Section 2(e) guarantees fairness in the context of proceedings before a Canadian court or a tribunal. It does not create a self-standing right to a fair hearing where the law does not allow for an adjudicative process. Accordingly, in order to engage s. 2(e), a court or tribunal must properly have jurisdiction over a matter. As previously discussed, the existence of state immunity means that no jurisdiction exists in Canada to adjudicate the appellants' claims.

Similarly, the appellants' challenge of the *SIA* pursuant to s. 7 of the *Charter* must fail. Insofar as it prevents victims of torture or their next of kin from finding closure by seeking civil redress, it is arguable that s. 3(1) of the *SIA* might cause such serious psychological prejudice that the security of the person is engaged and violated. However, it is not necessary to decide whether s. 3(1) of the *SIA* engages the security of the person interest under s. 7 of the *Charter* because that provision of the *SIA* does not violate any principles of fundamental justice.

Not all commitments in international agreements amount to principles of fundamental justice. When a party points to a provision in an international treaty as evidence of a principle of fundamental justice, a court must determine (a) whether there is significant international consensus regarding the interpretation of the treaty, and (b) whether there is consensus that the particular interpretation is fundamental to the way in which the international legal system ought to fairly operate. The absence of such consensus weighs against finding that the principle is fundamental to the operation of the legal system. Although the appellants argue that art. 14 of the *Convention Against Torture* requires Canada to ensure that a civil remedy be available to victims of torture committed in foreign countries and allege that this obligation is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7, they have not argued, let alone established,

créée afin de poursuivre des agents d'un État étranger devant nos tribunaux. La création de ce type de compétence aurait des conséquences potentiellement graves sur les relations internationales du Canada. Cette décision incombe au législateur, et non aux tribunaux.

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

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

Les engagements pris dans des ententes internationales ne sont pas tous assimilables à des principes de justice fondamentale. Quand une partie invoque une disposition d'un traité international comme preuve d'un principe de justice fondamentale, la cour doit déterminer a) s'il existe un vaste consensus international à propos de l'interprétation de ce traité, et b) s'il y a un consensus sur le fait que l'interprétation particulière est essentielle au bon fonctionnement du système de justice internationale. L'absence d'un tel consensus milite contre une conclusion voulant que le principe soit essentiel au fonctionnement du système de justice. Même si, selon les appelants, l'art. 14 de la *Convention contre la torture* oblige le Canada à veiller à ce que l'on assure une réparation civile aux victimes d'actes de torture commis à l'étranger et que cette obligation constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, ils n'ont pas prétendu — et encore moins

that their interpretation of art. 14 reflects customary international law, or that it has been incorporated into Canadian law through legislation. There appears to be no consensus that art. 14 should be interpreted in the manner the appellants suggest. In fact, the language of art. 14 as well as the interpretation of that provision by some party states and by international and domestic judicial authorities support a conclusion that art. 14 ensures redress and compensation for torture committed within the forum state's own territorial jurisdiction.

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 peremptory norm prohibiting torture has not yet created an exception to state immunity from civil liability in cases of torture committed abroad. At this point in time, state practice and *opinio juris* do not suggest that Canada is obligated by the *jus cogens* prohibition on torture to open its courts so that its citizens may seek civil redress for torture committed abroad. Consequently, failing to grant such access would not be a breach of the principles of fundamental justice.

In conclusion, the *SIA*, in its present form, does not provide for an exception to foreign state immunity from civil suits alleging acts of torture occurring outside Canada. Consequently, a foreign state and its functionaries cannot be sued in Canadian courts for acts of torture committed abroad. This conclusion does not, however, freeze state immunity in time. Parliament has the power and the capacity to change the current state of the law on exceptions to state immunity, just as it has done in the past, and to allow those in situations like H and his mother's estate to seek redress in Canadian courts.

Per Abella J. (dissenting): The doctrine of sovereign immunity is not entirely codified under the *State Immunity Act*. The only individuals expressly included in the definition of a "foreign state" are "any sovereign or other head of the foreign state . . . while acting as such in a public capacity". There is no reference to public officials apart from heads of state. That silence creates an ambiguity as to whether the *State Immunity Act* applies to lower-level officials. Resolving that ambiguity is assisted by reference to customary international law and the

établi — que leur interprétation de l'art. 14 correspond au droit international coutumier ou qu'elle a été intégrée au droit canadien par voie législative. En effet, aucun consensus ne semble s'être établi pour reconnaître que l'art. 14 devrait être interprété comme le souhaitent les appelants. En fait, tant le libellé de l'art. 14 que ses interprétations étatiques et judiciaires nationales et internationales étayent la conclusion selon laquelle cette disposition garantit une réparation et une indemnisation pour des actes de torture commis sur le territoire même de l'État du for.

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

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

La juge Abella (dissidente) : La doctrine de l'immunité de juridiction n'est pas entièrement codifiée par la *Loi sur l'immunité des États*. Les seuls individus expressément visés par la définition d'« État étranger » sont « le chef ou souverain de cet État [. . .] dans l'exercice de ses fonctions officielles ». Il n'y est pas fait mention des agents ou des représentants officiels, hormis les chefs d'État. Ce silence crée une ambiguïté quant à la question de savoir si la *Loi sur l'immunité des États* s'applique aux agents de rang inférieur et, pour la dissiper, il est utile de

significant development of the principle of reparation under public international law.

The prohibition on torture is a peremptory norm — *jus cogens* — under international law. That means that the international community has agreed that the prohibition cannot be derogated from by any state. The question then is how can torture be an official function for the purpose of immunity under international law when international law itself universally prohibits torture? This poses challenges for the integrity of international law and leaves this Court with a choice about whether to extend immunity to foreign officials for such acts.

Under international law generally, the protection for and treatment of individuals as legal subjects has evolved dramatically. With that evolving protection has come the recognition of a victim's right to redress for a violation of fundamental human rights. The claims for civil damages brought by K's estate and her son H are founded on Canada's and Iran's obligations under international human rights law and the *jus cogens* prohibition against torture. These claims must be situated in the context of the significant development of the principle of reparation under public international law throughout the twentieth century. At its most fundamental, the principle of reparation means that when the legal rights of an individual are violated, the wrongdoer owes redress to the victim for harm suffered. The aim of the principle of reparation is restorative.

While early international criminal proceedings did little to recognize victims' rights, several international courts now recognize victims' rights to reparation against individual perpetrators of international crimes. This shift is, in part, the result of the recognition of the principle of reparation as a general principle of international law in the enabling treaties and statutes of these courts. The treatment of immunity for civil claims should not be different from that for criminal proceedings.

The development and international acceptance of the principle of reparation demonstrates that an individual's right to a remedy against a state for violations of his or her human rights is now a recognized principle of international law. There is also growing acceptance that *jus*

se référer au droit international coutumier et à la nette évolution du principe de réparation en droit international public.

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

De façon générale, en droit international, le régime de protection et de traitement des personnes en tant que sujets de droit a radicalement évolué. Cette protection en évolution s'est accompagnée de la reconnaissance du droit des victimes à une réparation en cas de violation de droits fondamentaux de la personne. Les poursuites en dommages-intérêts que la succession de feu K et son fils H ont engagées au civil reposent sur les obligations qu'impose le droit international en matière de droits de la personne au Canada et à l'Iran et sur la prohibition de la torture fondée sur le *jus cogens*. Ces poursuites doivent être situées dans le contexte de la nette évolution du principe de réparation en droit international public depuis le début du xx^e siècle, un principe qui, dans son aspect le plus fondamental, signifie que, s'il y a violation des droits d'un individu, l'auteur de cette violation doit réparation à la victime pour le préjudice qu'elle a subi. L'objectif de ce principe est de nature réparatrice.

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

L'évolution et l'acceptation internationale du principe de réparation démontrent que le droit d'un individu à une réparation à l'encontre d'un État pour violation de ses droits de la personne est aujourd'hui un principe de droit international reconnu. On accepte également de

cogens violations such as torture do not constitute “official acts” justifying immunity for individual state officials.

The purpose of the *Convention Against Torture* is consistent with a broad obligation to protect victims’ rights to remedies for torture regardless of where it occurred. The *Convention* established a shared commitment to “make more effective the struggle against torture . . . throughout the world”. On a plain reading, Article 14 imposes an obligation on state parties to ensure that all victims of torture from their countries can obtain “redress and ha[ve] an enforceable right to fair and adequate compensation”. The text provides no indication that the “act of torture” must occur within the territory of the state party for the obligation to be engaged. If a state undertakes to ensure access to a remedy for torture committed abroad, this necessarily implicates the question of the immunity of the perpetrators of that torture.

In the face of the universal acceptance of the prohibition against torture, concerns about any interference with sovereignty which may be created by acting in judgment of an individual state official who violates this prohibition, necessarily shrink. The very nature of the prohibition as a peremptory norm means that all states agree that torture cannot be condoned. Torture cannot, therefore, be an official state act for the purposes of immunity *ratione materiae*.

Under customary international law, there is a distinction between the blanket immunity *ratione personae* of high-ranking individuals such as the head of state, and the immunity *ratione materiae* for former heads of state and lower-ranking officials which applies only in respect of official acts performed for or on behalf of the state. These doctrines recognize the unique role and responsibility of heads of state. At present, state practice reveals a palpable, albeit slow trend in the international jurisprudence to recognize that torture, as a violation of a peremptory norm, does not constitute officially sanctioned state conduct for the purposes of immunity *ratione materiae*.

In light of the equivocal state of the customary international law of immunity, the long-standing international acceptance of the principle of reparation manifested in Article 14 of the *Convention Against Torture*, and almost a century of increasing international recognition that human rights violations threaten global peace and stability, there is no reason to include torture in the category

plus en plus que les violations du *jus cogens* comme la torture ne constituent pas des « actes officiels » justifiant l’immunité pour les représentants de l’État.

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

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

En droit international coutumier, il existe une distinction entre l’immunité générale *ratione personae*, dont bénéficient les personnes d’un rang supérieur comme les chefs d’État, et l’immunité *ratione materiae*, qui s’applique aux anciens chefs d’État et aux agents de rang inférieur et qui ne vaut que pour les actes officiels accomplis pour l’État ou en son nom. Ces principes reconnaissent le rôle et la responsabilité uniques des chefs d’État. À l’heure actuelle, la pratique des États dénote une tendance palpable, quoique lente, dans la jurisprudence internationale à reconnaître que la torture, en tant que violation d’une norme impérative, n’est pas une conduite étatique officiellement sanctionnée pour l’application de l’immunité *ratione materiae*.

Compte tenu du caractère équivoque du droit international coutumier en matière d’immunité, du fait que la communauté internationale souscrit de longue date au principe de réparation énoncé à l’art. 14 de la *Convention contre la torture*, ainsi que de la reconnaissance grandissante à l’échelle internationale, depuis près d’un siècle, que les violations des droits de la personne menacent

of official state conduct attracting individual immunity. Equivocal customary international law should not be interpreted so as to block access to a civil remedy for what is unequivocally prohibited.

The *State Immunity Act* therefore does not apply to M and B. They are not immune from the jurisdiction of Canadian courts and the claims against them should be allowed to proceed.

Cases Cited

By LeBel J.

Referred to: *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Al-Adsani v. United Kingdom* (2001), 34 E.H.R.R. 273; *Jones v. United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14; *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50; *Kuwait Airways Corp. v. Iraq*, 2010 SCC 40, [2010] 2 S.C.R. 571; *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270; *Prosecutor v. Anto Furund'ija*, Case No. IT-95-17/1-T, December 10, 1998, aff'd Case No. IT-95-17/1-A, July 21, 2000; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *Alcom Ltd. v. Republic of Columbia*, [1984] 1 A.C. 580; *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517; *Persinger v. Islamic Republic of Iran*, 729 F.2d 835 (1984); *Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. Netherlands*, Award (1928), II R.I.A.A. 829; *Castle v. United States Department of Justice (Attorney General)* (2006), 218 O.A.C. 53; *Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168; *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 611; *Prosecutor v. Blaškić* (1997), 110 I.L.R. 607; *Jaffé v. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745; *Samantar v. Yousuf*, 560 U.S. 305 (2010); *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S.

la paix et la stabilité mondiales, rien ne permet de faire entrer la torture dans la catégorie des conduites étatiques officielles qui donnent naissance à une immunité individuelle. Il n'y a pas lieu d'interpréter les dispositions équivoques du droit international coutumier de façon à faire obstacle à une réparation de nature civile pour des actes qui sont catégoriquement interdits.

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

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, n° 35763/97, 21 novembre 2001 (HUDOC); *Jones c. United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14; *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50; *Kuwait Airways Corp. c. Irak*, 2010 CSC 40, [2010] 2 R.C.S. 571; *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Jones c. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270; *Procureur c. Anto Furund'ija*, Affaire n° IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998, conf. par Affaire n° IT-95-17/1-A, 21 juillet 2000; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Alcom Ltd. c. Republic of Columbia*, [1984] 1 A.C. 580; *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517; *Persinger c. Islamic Republic of Iran*, 729 F.2d 835 (1984); *Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America c. Netherlands*, Award (1928), II R.I.A.A. 829; *Castle c. United States Department of Justice (Attorney General)* (2006), 218 O.A.C. 53; *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 611; *Prosecutor c. Blaškić* (1997), 110 I.L.R. 607; *Jaffé c. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745; *Samantar c. Yousuf*, 560 U.S. 305 (2010);

692 (2004); *Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012); *Matar v. Dichter*, 563 F.3d 9 (2009); *Belhas v. Ya'alon*, 515 F.3d 1279 (2008); *Ye v. Zemin*, 383 F.3d 620 (2004); *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2013 SCC 66, [2013] 3 S.C.R. 866; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Tibi v. Ecuador* (2004), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 114; *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (2002), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 91; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Fang v. Jiang*, [2007] N.Z.A.R. 420; *Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441.

By Abella J. (dissenting)

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Jaffe v. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745; *Case Concerning the Factory at Chorzów* (1928), P.C.I.J. (Ser. A) No. 17; *Godínez-Cruz v. Honduras*, July 21, 1989 (Reparations and Costs); *Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99; *Jones v. United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014; *Xuncax v. Gramajo*, 886 F.Supp.

Sosa c. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692 (2004); *Yousuf c. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012); *Matar c. Dichter*, 563 F.3d 9 (2009); *Belhas c. Ya'alon*, 515 F.3d 1279 (2008); *Ye c. Zemin*, 383 F.3d 620 (2004); *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Amaratunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest*, 2013 CSC 66, [2013] 3 R.C.S. 866; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Tibi c. Ecuador* (2004), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 114; *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (2002), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 91; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Fang c. Jiang*, [2007] N.Z.A.R. 420; *Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Jaffe c. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745; *Affaire relative à l'usine de Chorzów* (1928), C.P.J.I. (sér. A) n° 17; *Godínez-Cruz c. Honduras*, July 21, 1989 (Reparations and Costs); *Yousuf c. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3; *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenante))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99; *Jones c. United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014; *Xuncax c.*

162 (1995); *Cabiri v. Assasie-Gyimah*, 921 F.Supp. 1189 (1996); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422; *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270; *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004); *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III, s. 2(a), (e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 12, 15.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 269.1.
Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. § 1603, 1605(a)(5).
Limitations Act, 2002, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, ss. 4, 10.
State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, ss. 2 “agency of a foreign state”, “foreign state”, “political subdivision”, 3, 4, 5, 6, 6.1, 7, 8, 14(1)(c), 18.
State Immunity Act 1978 (U.K.), 1978, c. 33, s. 16(4).
Torture Victim Protection Act of 1991, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73, 28 U.S.C. § 1350.

Treaties and Other International Instruments

American Convention on Human Rights, 1144 U.N.T.S. 123, arts. 10, 25(1).
Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, G.A. Res. 60/147, U.N. Doc. A/Res/60/147, December 16, 2005.
Charter of the International Military Tribunal, 82 U.N.T.S. 279, art. 8.
Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465 U.N.T.S. 85, Preamble, arts. 1, 2, 3, 4, 5(1)(a), (c), (2), 11, 12, 13, 14, 16, 17, 19.
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 [*European Convention on Human Rights*], arts. 3, 5(5), 13.
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 39.
Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, G.A. Res. 40/34, U.N. Doc. A/Res/40/34, November 29, 1985.
Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, G.A. Res. 3452

Gramajo, 886 F.Supp. 162 (1995); *Cabiri c. Assasie-Gyimah*, 921 F.Supp. 1189 (1996); *Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422; *Jones c. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270; *Sosa c. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004); *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 12, 15.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 269.1.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III, art. 2a), e).
Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. § 1603, 1605(a)(5).
Loi de 2002 sur la prescription des actions, L.O. 2002, ch. 24, ann. B, art. 4, 10.
Loi sur l’immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 2 « État étranger », « organisme d’un État étranger », « subdivision politique », 3, 4, 5, 6, 6.1, 7, 8, 14(1)c), 18.
State Immunity Act 1978 (R.-U.), 1978, ch. 33, art. 16(4).
Torture Victim Protection Act of 1991, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73, 28 U.S.C. § 1350.

Traités et autres instruments internationaux

Convention américaine relative aux droits de l’homme, 1144 R.T.N.U. 123, art. 10, 25(1).
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 1465 R.T.N.U. 85, préambule, art. 1, 2, 3, 4, 5(1)a), c), (2), 11, 12, 13, 14, 16, 17, 19.
Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221 [*Convention européenne des droits de l’homme*], art. 3, 5(5), 13.
Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 40, 53, 79.
Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, art. 2(1)b)iv). New York : Nations Unies, 2004 [non encore en vigueur].
Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 660 R.T.N.U. 195, art. 6.
Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, A.G. Rés. 45/158, Doc. N.U. A/Res/45/158, 18 décembre 1990, art. 15, 16(9), 18(6), 83.
Convention relative aux droits de l’enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 39.

(XXX), U.N. Doc. A/3452/XXX, December 9, 1975, art. 3.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 660 U.N.T.S. 195, art. 6.

International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, G.A. Res. 45/158, U.N. Doc. A/Res/45/158, December 18, 1990, arts. 15, 16(9), 18(6), 83.

International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, arts. 2, 7, 9 to 14.

Rome Statute of the International Criminal Court, U.N. Doc. A/CONF.183/9, July 17, 1998.

United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, s. 2(1)(b)(iv). New York: United Nations, 2004 [not yet in force].

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), arts. 5, 8.

Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37, art. 40, 53, 79.

Authors Cited

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

Bassiouni, M. Cherif. “International Recognition of Victims’ Rights” (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 203.

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

Beaulac, Stéphane. “‘Texture ouverte’, droit international et interprétation de la Charte canadienne”, in Errol Mendes and Stéphane Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013, 191.

Besner, Jennifer, and Amir Attaran. “Civil liability in Canada’s courts for torture committed abroad: The unsatisfactory interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can)” (2008), 16 *Tort L. Rev.* 150.

Bradley, Curtis A., and Laurence R. Helfer. “International Law and the U.S. Common Law of Foreign Official Immunity” (2010), *Sup. Ct. Rev.* 213.

Brierly, James L. *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1963.

Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. “A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts” (2002), 40 *Can. Y.B. Int’l L.* 3.

Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d’abus de pouvoir, A.G. Rés. 40/34, Doc. N.U. A/Res/40/34, 29 novembre 1985.

Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A.G. Rés. 3452 (XXX), Doc. N.U. A/3452/XXX, 9 décembre 1975, art. 3.

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

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

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

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

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

Doctrine et autres documents cités

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

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

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

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

Besner, Jennifer, and Amir Attaran. « Civil liability in Canada’s courts for torture committed abroad : The unsatisfactory interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can) » (2008), 16 *Tort L. Rev.* 150.

Bradley, Curtis A., and Laurence R. Helfer. « International Law and the U.S. Common Law of Foreign Official Immunity » (2010), *Sup. Ct. Rev.* 213.

Brierly, James L. *The Law of Nations : An Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed. Oxford : Clarendon Press, 1963.

Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002), 40 *Can. Y.B. Int’l L.* 3.

- Byrnes, Andrew. “Civil Remedies for Torture Committed Abroad: An Obligation under the Convention against Torture?”, in Craig M. Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*. Oxford: Hart, 2001, 537.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, No. 60, 1st Sess., 32nd Parl., February 4, 1982, p. 32.
- Canada. Library of Parliament. Parliamentary Information and Research Service. *Legislative Summary of Bill C-10: An Act to enact the Justice for Victims of Terrorism Act and to amend the State Immunity Act, the Criminal Code, the Controlled Drugs and Substances Act, the Corrections and Conditional Release Act, the Youth Criminal Justice Act, the Immigration and Refugee Protection Act and other Acts*, by Laura Barnett et al., Legal and Legislative Affairs Division, and Julie Béchar, Social Affairs Division, October 5, 2011, revised February 17, 2012.
- Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Currie, John H. *Public International Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
- Currie, John H., Craig Forcese, Joanna Harrington and Valerie Oosterveld. *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2014.
- Dwertmann, Eva. *The Reparation System of the International Criminal Court: Its Implementation, Possibilities and Limitations*. Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2010.
- Emanuelli, Claude. *Droit international public: Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
- Forcese, Craig. “De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity” (2007), 52 *McGill L.J.* 127.
- Fox, Hazel. “State Immunity and the International Crime of Torture”, [2006] *E.H.R.L.R.* 142.
- Fox, Hazel, and Philippa Webb. *The Law of State Immunity*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Gattini, Andrea. “Reparations to Victims”, in Antonio Cassese, ed., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. New York: Oxford University Press, 2009, 487.
- International Law Association. Committee on International Human Rights Law and Practice. *Interim report on the impact of the work of the United Nations human rights treaty bodies on national courts and tribunals*, 2002 (online: <http://hdl.handle.net/1885/41106>).
- Byrnes, Andrew. « Civil Remedies for Torture Committed Abroad : An Obligation under the Convention against Torture? », in Craig M. Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*. Oxford : Hart, 2001, 537.
- Canada. Bibliothèque du Parlement. Service d'information et de recherche parlementaires. *Résumé législatif du projet de loi C-10 : Loi édictant la Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme et modifiant la Loi sur l'immunité des États, le Code criminel, la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et d'autres lois*, par Laura Barnett et autres, Division des affaires juridiques et législatives, et Julie Béchar, Division des affaires sociales, 5 octobre 2011, révisé le 17 février 2012.
- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, n° 60, 1^{re} sess., 32^e lég., 4 février 1982, p. 32.
- Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2005.
- Currie, John H. *Public International Law*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2008.
- Currie, John H., Craig Forcese, Joanna Harrington and Valerie Oosterveld. *International Law : Doctrine, Practice, and Theory*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2014.
- Dwertmann, Eva. *The Reparation System of the International Criminal Court : Its Implementation, Possibilities and Limitations*. Leiden, The Netherlands : Martinus Nijhoff, 2010.
- Emanuelli, Claude. *Droit international public : Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010.
- Forcese, Craig. « De-immunizing Torture : Reconciling Human Rights and State Immunity » (2007), 52 *R.D. McGill* 127.
- Fox, Hazel. « State Immunity and the International Crime of Torture », [2006] *E.H.R.L.R.* 142.
- Fox, Hazel, and Philippa Webb. *The Law of State Immunity*, 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2013.
- Gattini, Andrea. « Reparations to Victims », in Antonio Cassese, ed., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. New York : Oxford University Press, 2009, 487.

- Koh, Harold Hongju. "Memorandum Opinion on the Geographic Scope of the Convention Against Torture and Its Application in Situations of Armed Conflict", U.S. Department of State, January 21, 2013.
- Koh, Harold Hongju. "Transnational Public Law Litigation" (1991), 100 *Yale L.J.* 2347.
- Larocque, François. *Civil Actions for Uncivilized Acts: The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings*. Toronto: Irwin Law, 2010.
- Larocque, François. "La Loi sur l'immunité des États canadienne et la torture" (2010), 55 *McGill L.J.* 81.
- LeBel, Louis, and Gloria Chao. "The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 23.
- MacCormick, Neil. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, chapter 11, "The Obligation of Reparation". Oxford: Clarendon Press, 1982.
- Mazzeschi, Riccardo Pisillo. "Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview" (2003), 1 *J.I.C.J.* 339.
- Nowak, Manfred, and Elizabeth McArthur, with the contribution of Kerstin Buchinger et al. *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- O'Flaherty, Michael. "The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies" (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 27.
- Perry, Stephen R. "The Moral Foundations of Tort Law" (1992), 77 *Iowa L. Rev.* 449.
- Ranganathan, Prasanna. "Survivors of Torture, Victims of Law: Reforming State Immunity in Canada by Developing Exceptions for Terrorism and Torture" (2008), 71 *Sask. L. Rev.* 343.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Trumbull, Charles P., IV. "The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings" (2008), 29 *Mich. J. Int'l L.* 777.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Report of the independent expert on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1998/43*. U.N. Doc. E/CN.4/1999/65, February 8, 1999.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Revised set of basic principles and guidelines on the right to reparation for victims of gross violations of human*
- International Law Association. Committee on International Human Rights Law and Practice. *Interim report on the impact of the work of the United Nations human rights treaty bodies on national courts and tribunals*, 2002 (online : <http://hdl.handle.net/1885/41106>).
- Koh, Harold Hongju. « Memorandum Opinion on the Geographic Scope of the Convention Against Torture and Its Application in Situations of Armed Conflict », U.S. Department of State, January 21, 2013.
- Koh, Harold Hongju. « Transnational Public Law Litigation » (1991), 100 *Yale L.J.* 2347.
- Larocque, François. *Civil Actions for Uncivilized Acts : The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings*. Toronto : Irwin Law, 2010.
- Larocque, François. « La Loi sur l'immunité des États canadienne et la torture » (2010), 55 *R.D. McGill* 81.
- LeBel, Louis, and Gloria Chao. « The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation : Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 23.
- MacCormick, Neil. *Legal Right and Social Democracy : Essays in Legal and Political Philosophy*, chapter 11, « The Obligation of Reparation ». Oxford : Clarendon Press, 1982.
- Mazzeschi, Riccardo Pisillo. « Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights : An Overview » (2003), 1 *J.I.C.J.* 339.
- Nations Unies. Collection des Traités. État de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, base de données TMDSG, État des traités, chapitre IV (9.), PDF (en ligne : <https://treaties.un.org>).
- Nations Unies. Comité contre la torture. *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention*. Doc. N.U. CAT/C/CR/34/CAN, 7 juillet 2005.
- Nations Unies. Comité contre la torture. *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention*. Doc. N.U. CAT/C/CAN/CO/6, 25 juin 2012.
- Nations Unies. Comité contre la torture. *Observation générale n° 3 (2012) : Application de l'article 14 par les États parties*. Doc. N.U. CAT/C/GC/3, 13 décembre 2012.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Ensemble révisé de principes fondamentaux et de directives concernant le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire, établi par M. Theo van Boven*

- rights and humanitarian law prepared by Mr. Theo van Boven pursuant to Sub-Commission decision 1995/117. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/17, May 24, 1996.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Summary prepared by the Secretary-General in accordance with Commission resolution 18 (XXXIV)*. U.N. Doc. E/CN.4/1314, December 19, 1978.
- United Nations. Committee against Torture. *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention*. U.N. Doc. CAT/C/CR/34/CAN, July 7, 2005.
- United Nations. Committee against Torture. *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention*. U.N. Doc. CAT/C/CAN/CO/6, June 25, 2012.
- United Nations. Committee against Torture. *General comment No. 3 (2012): Implementation of article 14 by States parties*. U.N. Doc. CAT/C/GC/3, December 13, 2012.
- United Nations. International Law Commission. *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, Report of the International Law Commission, U.N. Doc. A/66/10/Add.1 (2011).
- United Nations. *Report of the Committee against Torture*. U.N. Doc. G.A. A/55/44 (2000).
- United Nations. *Review of Canada's Sixth Report on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 2012 (online: <http://www.pch.gc.ca>).
- United Nations. Treaty Collection. Status of *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, MTDSG Database, Status of Treaties, Chapter IV (9.), PDF (online: <https://treaties.un.org>).
- United States. Senate Report No. 249, 102nd Cong., 1st Sess. (1991).
- van Ert, Gib. *Using International Law in Canadian Courts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
- Weinrib, Ernest. "The Special Morality of Tort Law" (1989), 34 *McGill L.J.* 403.
- Zegveld, Liesbeth. "Victims' Reparations Claims and International Criminal Courts: Incompatible Values?" (2010), 8 *J.I.C.J.* 79.
- en application de la décision 1995/117 de la Sous-Commission. Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 mai 1996.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Rapport de l'expert indépendant M. Cherif Bassiouni, sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales, présenté en application de la résolution 1998/43 de la Commission des droits de l'homme*. Doc. N.U. E/CN.4/1999/65, 8 février 1999.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Résumé établi par le Secrétaire général conformément à la résolution 18 (XXXIV) de la Commission*. Doc. N.U. E/CN.4/1314, 19 décembre 1978.
- Nations Unies. Commission du droit international. *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, Rapport de la Commission du droit international, Doc. N.U. A/66/10/Add.1 (2011).
- Nations Unies. *Examen du sixième rapport du Canada sur la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 2012 (en ligne : <http://www.pch.gc.ca>).
- Nations Unies. *Rapport du Comité contre la torture*. Doc. N.U. A.G. A/55/44 (2000).
- Nowak, Manfred, and Elizabeth McArthur, with the contribution of Kerstin Buchinger et al. *The United Nations Convention Against Torture : A Commentary*. Oxford : Oxford University Press, 2008.
- O'Flaherty, Michael. « The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies » (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 27.
- Perry, Stephen R. « The Moral Foundations of Tort Law » (1992), 77 *Iowa L. Rev.* 449.
- Ranganathan, Prasanna. « Survivors of Torture, Victims of Law : Reforming State Immunity in Canada by Developing Exceptions for Terrorism and Torture » (2008), 71 *Sask. L. Rev.* 343.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Trumbull, Charles P., IV. « The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings » (2008), 29 *Mich. J. Int'l L.* 777.
- United States. Senate Report No. 249, 102nd Cong., 1st Sess. (1991).
- van Ert, Gib. *Using International Law in Canadian Courts*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2008.
- Weinrib, Ernest. « The Special Morality of Tort Law » (1989), 34 *R.D. McGill* 403.
- Zegveld, Liesbeth. « Victims' Reparations Claims and International Criminal Courts : Incompatible Values? » (2010), 8 *J.I.C.J.* 79.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morissette, Wagner and Gascon J.J.A.), 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567, 265 C.R.R. (2d) 265, 354 D.L.R. (4th) 385, [2012] AZ-50886272, [2012] Q.J. No. 7754 (QL), 2012 CarswellQue 8098, reversing in part a decision of Mongeon J., 2011 QCCS 196, 330 D.L.R. (4th) 1, 227 C.R.R. (2d) 233, [2011] AZ-50714217, [2011] Q.J. No. 412 (QL), 2011 CarswellQue 488. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

Kurt A. Johnson, Mathieu Bouchard, Audrey Boctor and David Grossman, for the appellants.

No one appeared for the respondents the Islamic Republic of Iran, Ayatollah Sayyid Ali Khamenei, Saeed Mortazavi and Mohammad Bakhshi.

Bernard Letarte and René LeBlanc, for the respondent the Attorney General of Canada.

Christopher D. Bredt and Heather Pessione, for the *amicus curiae*.

Jill Copeland and Emma Phillips, for the interveners the Canadian Lawyers for International Human Rights.

François Larocque and Alyssa Tomkins, for the interveners Amnistie internationale, Section Canada francophone.

Written submissions only by *Azim Hussain, Rahool P. Agarwal and Maureen R. A. Edwards*, for the intervener Redress Trust Ltd.

Written submissions only by *Daniel Sheppard and Tamara Morgenthau*, for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

Michael Sobkin, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Written submissions only by *David Matas, Monique Pongracic-Speier and Noemi Gal-Or*, for the intervener the Canadian Bar Association.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Michael Sobkin, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

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

Christopher A. Wayland and Simon Chamberland, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

John Terry and Sarah Shody, for the intervener the Canadian Centre for International Justice.

John Norris and Carmen Cheung, for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law.

Babak Barin and Payam Akhavan, for the intervener the Iran Human Rights Documentation Center.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] The death of Ms. Zahra Kazemi in Iran was nothing short of a tragedy. In an attempt to seek relief and redress, Ms. Kazemi's son and only child, Stephan Hashemi, instituted an action for damages on behalf of himself and his mother's estate against the Islamic Republic of Iran, its head of state, and two of its government officials. Mr. Hashemi and his mother's estate have appealed to this Court for a ruling that those who allegedly detained, tortured and killed Ms. Kazemi not be entitled to immunity by operation of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18 ("SIA" or "Act"), in order that their underlying claims be allowed to proceed.

[2] Despite the tragic fate of Ms. Kazemi, the current state of the law does not allow the appellants to sue the respondents for damages in a Canadian court. Foreign states, as well as their heads of state and public officials, are immune from civil suit in Canada except as expressly provided in the SIA. The SIA does not withdraw immunity in cases

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

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

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

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

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

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

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

[2] Malgré le destin tragique de M^{me} Kazemi, l'état actuel du droit ne permet pas aux appelants de poursuivre les intimés en dommages-intérêts devant un tribunal canadien. Les États étrangers, de même que leurs dirigeants et leurs fonctionnaires, demeurent à l'abri de poursuites civiles au Canada, sauf dans les cas expressément prévus par la LIÉ.

alleging acts of torture committed abroad. Put differently, the Parliament of Canada has chosen to embrace principles of comity and state sovereignty over the interests of individuals wishing to sue a foreign state in Canadian courts for acts of torture committed abroad. I conclude that this choice is not contrary to international law, the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III (“*Bill of Rights*”), or the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Facts

[3] The facts, taken as true in the court of first instance, are horrific.

[4] Zahra Kazemi, a Canadian citizen, visited Iran in 2003 as a freelance photographer and journalist. On or about June 23, 2003, Ms. Kazemi went to take photographs of individuals protesting against the arrest and detention of their family members outside the Evin prison in Tehran. During that time, Ms. Kazemi was ordered arrested and detained by Mr. Mortazavi, Tehran’s Chief Public Prosecutor. She was detained in the very prison that she was photographing.

[5] During her time in custody, Ms. Kazemi was not permitted to contact counsel, the Canadian embassy, or her family. She was interrogated by Iranian authorities. She was beaten. She was sexually assaulted. She was tortured.

[6] Eventually, some time prior to July 6, 2003, Ms. Kazemi was taken from the prison and transferred to a hospital in Tehran. She was unconscious upon her arrival. She had suffered a brain injury. Other injuries included a fractured nose, a crushed eardrum, strip-like wounds on her back and the back of her legs, fractured bones and broken nails on her hands and toes, and extensive trauma on and around her genital area.

Or, cette dernière ne retire pas l’immunité dans les cas de torture qui aurait été infligée à l’étranger. En d’autres mots, le législateur canadien a choisi de privilégier les principes de courtoisie et de souveraineté des États par rapport aux intérêts d’individus qui souhaiteraient poursuivre un État étranger devant les tribunaux canadiens pour des actes de torture commis à l’étranger. J’estime que ce choix n’est contraire ni au droit international, ni à la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III, ni à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je rejetterais donc le pourvoi.

II. Faits

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

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

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

[6] Plus tard, quelque temps avant le 6 juillet 2003, M^{me} Kazemi a été transférée de la prison à un hôpital de Téhéran. Elle était inconsciente à son arrivée. Elle avait subi une lésion cérébrale et d’autres blessures, notamment une fracture du nez, l’écrasement d’un tympan, des lacérations sur le dos et derrière les jambes, des fractures et des bris des ongles sur les mains et les orteils ainsi que de graves lésions aux organes génitaux et autour de ceux-ci.

[7] While Ms. Kazemi was in hospital, no attempt was made by the Iranian authorities to notify Canadian consulate officials or Ms. Kazemi's family members of her condition. Even after Ms. Kazemi's mother, a resident of Iran, was unofficially informed that her daughter was in hospital, she was largely forbidden from having contact with her. However, with the knowledge that her daughter was hospitalized, Ms. Kazemi's mother and other members of her family in Iran began to contact Canadian consular officials and Ms. Kazemi's son.

[8] On or about July 10, 2003, Canadian officials visited the hospital in which Ms. Kazemi was receiving care. Doctors informed these officials that Ms. Kazemi was medically brain dead and had no expectation of recovery. During this time, Ms. Kazemi's son and mother attempted to obtain independent medical assistance for Ms. Kazemi and to arrange for her transport to Canada for further treatment. Despite their wishes, the medical staff at the hospital removed Ms. Kazemi from life support and pronounced her dead. On July 12, the Iranian government officially announced Ms. Kazemi's death through the Islamic Republic News Agency. A later report confirmed that Ms. Kazemi had died as a result of sustaining a blow to the head while in custody.

[9] After her death, the Iranian government ordered an autopsy. In doing so, the government did not consult with Ms. Kazemi's family. Further, officials did not release the results of the autopsy to Ms. Kazemi's family or Canadian officials. Following the autopsy, Ms. Kazemi was buried in Iran, despite her son's requests that her remains be sent to Canada for burial.

[10] In late July, the Iranian government commissioned an investigation into Ms. Kazemi's death. Despite a report linking members of the judiciary and the Office of the Prosecutor to Ms. Kazemi's torture and subsequent death, only one individual,

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

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

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

[10] À la fin juillet, le gouvernement iranien a ordonné la tenue d'une enquête relativement à la mort de M^{me} Kazemi. Malgré l'existence d'un rapport impliquant des juges et le Bureau du procureur dans la torture de M^{me} Kazemi et sa mort subséquente,

Mr. Reza Ahmadi, was tried. The trial was marked by a lack of transparency. Mr. Ahmadi was acquitted. In short, it was impossible for Ms. Kazemi and her family to obtain justice in Iran.

[11] In June 2006, Mr. Hashemi moved to institute proceedings in the Superior Court of the Province of Quebec on his own behalf and in his capacity as liquidator for the estate of his mother. Mr. Hashemi brought proceedings against (1) the Islamic Republic of Iran, (2) Iran's head of state, the Ayatollah Sayyid Ali Khamenei, (3) Saeed Mortazavi, the Chief Public Prosecutor of Tehran, and (4) Mohammad Bakhshi, the former Deputy Chief of Intelligence of the Evin Prison. The action sought: (a) \$5,000,000 for the estate of the late Zahra Kazemi as a result of her physical, psychological, and emotional pain and suffering, plus \$5,000,000 in punitive damages, and (b) \$5,000,000 for the psychological and emotional prejudice caused to Mr. Hashemi personally by the loss of his mother, plus \$2,000,000 in punitive damages.

[12] The defendants, named as respondents in this appeal, brought a motion to dismiss the action on the basis of state immunity. The defendants appointed counsel and took part in the litigation in the Superior Court and in the Court of Appeal in order to argue the absence of jurisdiction of Canadian courts. They were not represented in the appeal to this Court.

[13] Mr. Hashemi and Ms. Kazemi's estate responded to the motion to dismiss both by raising exceptions provided in the *SIA* and by challenging the constitutionality of certain provisions of the *SIA*.

[14] The motion to institute proceedings, the motion to dismiss, and the matter of the constitutionality of the Act were decided by Mongeon J. of the Quebec Superior Court on January 25, 2011.

un seul individu a été traduit en justice, M. Reza Ahmadi. Son procès a été marqué par un manque de transparence. M. Ahmadi a été acquitté. Bref, il était impossible pour M^{me} Kazemi et sa famille d'obtenir justice en Iran.

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

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

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

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

III. Relevant Statutory Provisions

[15] As was the case before the lower courts, the constitutionality of ss. 3 and 6 of the *SIA* is at issue in this appeal. The following provisions are relevant to this appeal:

State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18

2. In this Act,

. . . .

“foreign state” includes

(a) any sovereign or other head of the foreign state or of any political subdivision of the foreign state while acting as such in a public capacity,

(b) any government of the foreign state or of any political subdivision of the foreign state, including any of its departments, and any agency of the foreign state, and

(c) any political subdivision of the foreign state;

. . . .

3. (1) Except as provided by this Act, a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada.

(2) In any proceedings before a court, the court shall give effect to the immunity conferred on a foreign state by subsection (1) notwithstanding that the state has failed to take any step in the proceedings.

. . . .

5. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to any commercial activity of the foreign state.

6. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to

(a) any death or personal or bodily injury, or

(b) any damage to or loss of property

that occurs in Canada.

III. Dispositions législatives pertinentes

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

Loi sur l’immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18

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

. . . .

« État étranger » Sont assimilés à un État étranger :

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

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

c) les subdivisions politiques de cet État.

. . . .

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

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

. . . .

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

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

a) des décès ou dommages corporels survenus au Canada;

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

IV. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, 2011 QCCS 196, 330 D.L.R. (4th) 1*

[16] In the Superior Court, Mongeon J. addressed four main issues:

- (1) Are there any unwritten exceptions to state immunity which might allow the plaintiffs' action to proceed?
- (2) Assuming that the *SIA* is constitutionally valid, can the plaintiffs invoke the exception to immunity under s. 6(a) of the *SIA*?
- (3) Does the *SIA*, assuming that it is constitutionally valid, grant immunity to the defendants Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi?
- (4) If the claim cannot proceed against all the defendants, are the barring provisions of the *SIA* constitutionally valid?

[17] In response to the first issue, Mongeon J. concluded that the *SIA* exhaustively captures the law of state immunity. In his view, all of the legal principles surrounding state immunity, and all of the exceptions to state immunity, are expressly contained in the Act (para. 48). In Mongeon J.'s opinion, based on current case law and the wording of the *SIA*, no unwritten exceptions to state immunity at common law, in international law, or in international treaties would allow the plaintiffs' claims to proceed.

[18] With regard to the exception to immunity found in s. 6(a) of the *SIA*, Mongeon J. drew a distinction between the claim of Ms. Kazemi's estate and her son's claim. While the bodily injuries of Ms. Kazemi were suffered in Iran, Mr. Hashemi suffered his injuries in Canada. As a result, Mongeon J. held that Ms. Kazemi's estate could not raise the exception to state immunity under s. 6(a). However, he concluded that Mr. Hashemi's personal action could potentially

IV. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2011 QCCS 196, 330 D.L.R. (4th) 1*

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

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

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

[18] Dans le cas de l'exception à l'immunité énoncée à l'al. 6a) de la *LIÉ*, le juge Mongeon a établi une distinction entre la réclamation de la succession de M^{me} Kazemi et celle de son fils. Bien que M^{me} Kazemi ait subi ses lésions corporelles en Iran, M. Hashemi a subi ses propres dommages au Canada. Le juge Mongeon a donc conclu que la succession de M^{me} Kazemi ne pouvait pas invoquer l'exception à l'immunité des États prévue à l'al. 6a)

fall within that exception. Relying on *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, Mongeon J. acknowledged that mental distress could be considered a “personal . . . injury” within the meaning of the Act if the alleged injury manifested itself physically. In Mongeon J.’s view, if Mr. Hashemi could prove that the psychological trauma he suffered affected his physical integrity, or was equivalent to “nervous shock”, the exception set out at s. 6(a) would apply and the defendants would be deprived of immunity (para. 92). As a result, Mongeon J. was not prepared to summarily dismiss Mr. Hashemi’s case against the defendants.

[19] Next, Mongeon J. considered whether the *SIA* grants immunity to the individual defendants Saeed Mortazavi and Mohammad Bakhshi. He addressed the issue of whether “employees of the state acting in their capacity as employees” were included in the statutory definition of “foreign state” (para. 105). In his view, granting immunity to a governmental department, yet withholding immunity from its functionaries, “would render the *State Immunity Act* ineffective and inoperative” (para. 112). Mongeon J. concluded that the immunity provisions of the *SIA* should apply to the individual defendants regardless of the nature of the acts they are alleged to have committed.

[20] Finally, Mongeon J. addressed the constitutionality of the *SIA*. In particular, he considered whether s. 3(1) of the *SIA* contravenes ss. 2(e) and 2(a) of the *Canadian Bill of Rights* and ss. 7 and 9 of the *Charter*.

[21] Mongeon J. concluded that s. 2(e) of the *Bill of Rights* does not create a right to recourse where the law does not otherwise provide for such recourse. Rather, in his view, s. 2(e) merely ensures that when a hearing procedure is foreseen, it will be conducted fairly before an administrative body or tribunal. Having found that the plaintiffs did not have the right to sue a foreign authority except as

de la *LIE*. Il a toutefois également conclu que l’action personnelle intentée par M. Hashemi relèverait possiblement de cette exception. Se fondant sur l’arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, le juge Mongeon a reconnu que la souffrance morale alléguée pouvait être considérée comme un « dommage corporel » au sens où il faut l’entendre pour l’application de la loi, si cette souffrance se manifestait physiquement. Toujours à son avis, si M. Hashemi pouvait démontrer que le traumatisme psychologique qu’il avait subi a porté atteinte à son intégrité physique ou équivalait à un [TRADUCTION] « choc nerveux », l’exception de l’al. 6a) s’appliquerait et les défendeurs seraient privés de l’immunité (par. 92). En conséquence, le juge Mongeon n’était pas disposé à rejeter sommairement la poursuite intentée par M. Hashemi contre les défendeurs.

[19] Le juge Mongeon s’est ensuite demandé si la *LIE* accorde l’immunité aux défendeurs Saeed Mortazavi et Mohammad Bakhshi. Il a cherché à déterminer si les [TRADUCTION] « fonctionnaires agissant en cette qualité » étaient visés par la définition légale d’« État étranger » (par. 105). À son avis, le fait d’attribuer l’immunité à un ministère tout en la refusant à ses employés « rendrait sans effet et inopérante la *Loi sur l’immunité des États* » (par. 112). Le juge Mongeon a donc conclu que les dispositions de la *LIE* relatives à l’immunité devraient s’appliquer aux individus défendeurs, sans égard à la nature des actes qu’ils auraient commis.

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

[21] Le juge Mongeon a décidé que l’al. 2e) de la *Déclaration des droits* ne confère pas un droit de recours lorsque le droit n’accorde pas autrement un tel recours. À son avis, cet alinéa garantit seulement, le cas échéant, le déroulement équitable des audiences devant des organes ou des tribunaux administratifs. Ayant décidé que les demandeurs n’avaient pas le droit de poursuivre une autorité

provided by the exceptions of the *SIA*, Mongeon J. held that s. 2(e) did not assist them.

[22] Mongeon J. also determined that the plaintiffs' claim under s. 2(a) of the *Bill of Rights* had no merit. In his view, the *SIA* did not "authorize" Ms. Kazemi's detention. The *SIA* only prevents the plaintiffs from claiming damages in Canada in the aftermath of such detention.

[23] Mongeon J. then went on to consider the *Charter*. In his view, the causal connection between the plaintiffs' suffering and the action of the Canadian government was insufficient. He found that the application of the *SIA* did not cause the breach of Mr. Hashemi's or Ms. Kazemi's s. 7 *Charter* rights.

[24] In the result, Mongeon J. allowed the defendants' motion to dismiss the action with respect to the estate of Ms. Kazemi but dismissed the motion with respect to the recourse sought by Mr. Hashemi personally.

B. *Quebec Court of Appeal, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567*

[25] The Quebec Court of Appeal dismissed the appeal of the estate of Ms. Kazemi and allowed the defendants' appeal with respect to Mr. Hashemi's claim. Morissette J.A., writing for a unanimous court, addressed the same issues as those determined by Mongeon J.

[26] Morissette J.A. rejected the argument made by Mr. Hashemi and the estate that the language of the *SIA* is ambiguous because current customary international law, which has evolved subsequent to the enactment of the statute, recognizes exceptions to state immunity that are not included in the Act (para. 40). In the view of Morissette J.A., the language of the statute was clear and unambiguous: the only exceptions to state immunity recognized in Canada are those that are explicitly set out in the *SIA* (para. 42). Further, relying on the recent case of *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece*

étrangère sauf dans les cas d'exceptions prévues par la *LIÉ*, le juge Mongeon a conclu que l'al. 2e) ne leur était d'aucun secours.

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

[23] Le juge Mongeon a ensuite examiné l'application de la *Charte*. Le lien de causalité entre la souffrance des demandeurs et l'intervention du gouvernement canadien lui a paru insuffisant. Selon lui, l'application de la *LIÉ* ne se situait pas à l'origine de l'atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* à M. Hashemi ou à M^{me} Kazemi.

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

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

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

[26] En appel, le juge Morissette a rejeté l'argument de M. Hashemi et de la succession selon lequel le libellé de la *LIÉ* serait ambigu parce que le droit international coutumier actuel, qui représente l'évolution des règles établies au moment de l'adoption de la loi, reconnaît des exceptions supplémentaires à l'immunité des États que ne mentionne pas la *LIÉ* (par. 40). De l'avis du juge Morissette, le texte de la loi est clair et sans équivoque : les seules exceptions à l'immunité des États reconnues au Canada sont celles énoncées expressément dans la *LIÉ* (par. 42). En outre, sur la base de l'arrêt *Immunités*

intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99 (“*Germany v. Italy*”), before the International Court of Justice (“I.C.J.”), Morissette J.A. confirmed that there is no rule of customary international law which overrides state immunity for serious international crimes, even when there are no alternative means for securing redress (para. 55). Finally, on this issue, Morissette J.A. added that art. 14 of the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1465 U.N.T.S. 85 (“CAT”) and the Committee against Torture’s interpretation of that article offered no assistance to the appellants. In his view, art. 14 was largely ambiguous, and the Committee against Torture’s interpretation of the article did not have the force of law (paras. 57-59).

[27] Morissette J.A. made two further conclusions pertaining to s. 6(a) of the *SIA*. First, he rejected the argument that, for the exception in s. 6 to apply, the tortious act causing the injury must necessarily have occurred in Canada. Rather, the s. 6 exception could apply where the acts causing the injury had taken place in a foreign state but where the injury manifests itself in Canada. However, Morissette J.A. ultimately found that s. 6(a) was of no assistance to Mr. Hashemi because that section requires the claimant to have suffered “a breach of physical integrity, not simply psychological or psychic integrity” (para. 82 (emphasis deleted)). Mr. Hashemi suffered no such injury.

[28] Next, Morissette J.A. considered whether the defendants Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi should benefit from state immunity. In his view, Mongeon J. was correct in concluding that “individual agents of a foreign state” are granted immunity by the Act (para. 93). He also rejected the argument that the treatment of Ms. Kazemi at the hands of the foreign officials was so egregious that those actions could not fall under the umbrella of “official activity” which attracts immunity (para. 97). In his view, the concept of torture itself necessarily involves the acquiescence

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

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

[28] Deuxièmement, le juge Morissette a examiné si les défendeurs MM. Mortazavi et Bakhshi devraient bénéficier de l’immunité de juridiction. Selon lui, le juge Mongeon a eu raison de conclure que la *LIÉ* accorde l’immunité aux [TRADUCTION] « agents d’un État étranger » (par. 93). Il a aussi rejeté l’argument voulant que le traitement infligé à M^{me} Kazemi par les fonctionnaires étrangers fût si indigne que les actes en cause ne sauraient constituer une « activité officielle » entraînant l’application de l’immunité (par. 97). Selon lui, la notion

or direction of those in an official capacity or position of authority.

[29] Morissette J.A. then went on to consider the constitutionality of the *SIA*. At the Court of Appeal, Mr. Hashemi and the estate challenged the constitutionality of s. 3(1) of the *SIA* only in relation to s. 2(e) of the *Bill of Rights* and s. 7 of the *Charter*. Morissette J.A. rejected their *Bill of Rights* argument, confirming as Mongeon J. had before him, that s. 2(e) does not “creat[e] a self-standing right to a fair hearing” (para. 109). Morissette J.A. similarly dismissed the s. 7 argument, determining that an alleged violation of the “liberty interest” claimed by Mr. Hashemi (the ability to bring a civil suit against Iran in the forum of his choice) did not render s. 3(1) of the *SIA* unconstitutional. In his view, there was no s. 7 violation (para. 120).

[30] Mr. Hashemi and Ms. Kazemi’s estate appealed the decision of the Quebec Court of Appeal to this Court. Although named as respondents, the Islamic Republic of Iran, the Ayatollah Sayyid Ali Khamenei, Saeed Mortazavi and Mohammad Bakhshi did not present written or oral arguments. The Attorney General of Canada was represented at the appeal but presented argument only on some of the issues. *Amicus curiae* was appointed to address issues raised by the appellants on which the Attorney General of Canada took no position.

V. Issues

[31] The following constitutional questions were stated:

- (1) Is s. 3(1) of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, inconsistent with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44?
- (2) If so, is s. 3(1) of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, inoperable by reason of such inconsistency?

de torture elle-même suppose l’aval ou la direction des personnes agissant à titre officiel ou se trouvant en situation d’autorité.

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

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

V. Questions en litige

[31] Les questions constitutionnelles suivantes ont été énoncées :

- (1) Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur l’immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, est-il incompatible avec l’al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, ch. 44?
- (2) Dans l’affirmative, le par. 3(1) de la *Loi sur l’immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, est-il inopérant du fait de cette incompatibilité?

- (3) Does s. 3(1) of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (4) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[32] The answers to those questions can be found in the interpretation of the *SIA*. Essentially, the Court is being asked to determine the scope of the *SIA*, the impact that the evolution of international law since the *SIA*'s adoption might have on its interpretation, and whether the Act is constitutional. An overarching question, which permeates almost all aspects of this case, is whether international law has created a mandatory universal civil jurisdiction in respect of claims of torture which would require states to open their national courts to the claims of victims of acts of torture that were committed outside their national boundaries.

[33] For clarity, I have broken the case down into five core issues:

- (1) Is s. 3(1) of the *SIA* a complete codification of state immunity from civil suits in Canada? Does international law render s. 3(1) ambiguous or otherwise require it to be interpreted to implicitly include an exception to state immunity in cases of torture?
- (2) Does the exception to state immunity set out at s. 6(a) of the *SIA* apply to Mr. Hashemi's claim?
- (3) Are the respondents Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi entitled to immunity by virtue of the *SIA*?
- (4) If there is no exception for torture in the *SIA*, is s. 3(1) of that Act inconsistent with s. 2(e) of the *Bill of Rights*? If so, is s. 3(1) inoperable by reason of such inconsistency?

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

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

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

- (1) Le paragraphe 3(1) de la *LIÉ* constitue-t-il une codification exhaustive de l'immunité des États contre les poursuites civiles au Canada? Le droit international rend-il le par. 3(1) de la *LIÉ* ambigu ou exige-t-il autrement qu'il soit interprété comme comprenant implicitement une exception à l'immunité des États en cas de torture?
- (2) L'exception à l'immunité des États prévue à l'al. 6a) de la *LIÉ* s'applique-t-elle à la réclamation de M. Hashemi?
- (3) Les intimés MM. Mortazavi et Bakhshi ont-ils droit à l'immunité accordée par la *LIÉ*?
- (4) Si aucune exception pour des actes de torture n'existe en application de la *LIÉ*, le par. 3(1) de cette loi est-il incompatible avec l'al. 2e) de la *Déclaration des droits*? Dans l'affirmative, le par. 3(1) est-il inopérant du fait de cette incompatibilité?

(5) If there is no exception for torture in the *SIA*, does s. 3(1) of that Act infringe s. 7 of the *Charter*? If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

VI. Analysis

A. *Background*

(1) State or Sovereign Immunity

[34] Functionally speaking, state immunity is a “procedural bar” which stops domestic courts from exercising jurisdiction over foreign states (J. H. Currie, *Public International Law* (2nd ed. 2008), at p. 365; H. Fox and P. Webb, *The Law of State Immunity* (3rd ed. 2013), at pp. 38-39; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at para. 60; *Germany v. Italy*, at para. 58). In this sense, state immunity operates to prohibit national courts from weighing the merits of a claim against a foreign state or its agents (Fox and Webb, at p. 82; F. Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts: The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings* (2010), at pp. 236-37).

[35] Conceptually speaking, state immunity remains one of the organizing principles between independent states (*R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 43). It ensures that individual nations and the international order remain faithful to the principles of sovereignty and equality (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, at p. 236; C. Emanuelli, *Droit international public: Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne* (3rd ed. 2010), at p. 294). Sovereignty guarantees a state's ability to exercise authority over persons and events within its territory without undue external interference. Equality, in international law, is the recognition that no one state is above another

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

VI. Analyse

A. *Contexte*

(1) Immunité des États ou immunité de juridiction

[34] Sur le plan pratique, l'immunité des États constitue un « obstacle procédural » qui empêche les tribunaux nationaux d'exercer leur juridiction sur des États étrangers (J. H. Currie, *Public International Law* (2^e éd. 2008), p. 365; H. Fox et P. Webb, *The Law of State Immunity* (3^e éd. 2013), p. 38-39; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, par. 60; *Allemagne c. Italie*, par. 58). En ce sens, l'immunité des États empêche les tribunaux nationaux de juger au fond une poursuite intentée contre un État étranger ou ses agents (Fox et Webb, p. 82; F. Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts : The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings* (2010), p. 236-237).

[35] Sur le plan conceptuel, l'immunité des États demeure un des principes fondateurs des relations entre États indépendants (*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 43). Elle garantit la fidélité de chaque nation et de l'ordre international aux principes de souveraineté et d'égalité (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, p. 236; C. Emanuelli, *Droit international public : Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne* (3^e éd. 2010), p. 294). La souveraineté garantit que l'État peut exercer son autorité à l'égard de personnes et de faits sur son territoire sans ingérence externe induite. En droit international, le principe de l'égalité reconnaît qu'aucun État

in the international order (*Schreiber*, at para. 13). The law of state immunity is a manifestation of these principles (*Hape*, at paras. 40-44; Fox and Webb, at pp. 25 and 76; *Germany v. Italy*, at para. 57).

[36] Beyond sovereign equality, other justifications for state immunity are grounded in the political realities of international relations in an imperfect world. One justification is that because it is “practical[ly] impossib[le]” to enforce domestic judgments against foreign states, domestic courts are not truly in a position to adjudicate claims in the first place (Fox and Webb, at p. 31). In this sense, it is counterproductive for a court to review the decisions of foreign states when doing so risks rupturing international relations without providing much hope of a remedy (*ibid.*; C. Forcese, “De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity” (2007), 52 *McGill L.J.* 127, at pp. 133-34).

[37] Two other justifications for state immunity are comity and reciprocity (Forcese, at p. 135; *Al-Adsani v. United Kingdom* (2001), 34 E.H.R.R. 273, at para. 54). Just as foreign states do not want to have their executive, legislative or public actions called into judgment in Canadian courts, so too Canada would prefer to avoid having to defend its actions and policies before foreign courts.

[38] State immunity plays a large role in international relations and has emerged as a general rule of customary international law (*Jones v. United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014, at para. 89; Fox and Webb, at p. 2). To be considered customary international law, a rule must be supported by state practice as well as *opinio juris*, an understanding on the part of states that the rule is obligatory as a matter of international law: *Hape*, at para. 46; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at para. 207. The I.C.J. has confirmed that the principle of state immunity meets both of these

n’est au-dessus d’un autre dans l’ordre international (*Schreiber*, par. 13). Les règles de droit relatives à l’immunité des États sont une expression de ces principes (*Hape*, par. 40-44; Fox et Webb, p. 25 et 76; *Allemagne c. Italie*, par. 57).

[36] Outre l’égalité souveraine, d’autres justifications de l’immunité des États se fondent sur les réalités politiques des relations internationales dans un monde imparfait. Une d’entre elles constate que, parce qu’il est [TRADUCTION] « pratiquement impossible » d’exécuter des jugements obtenus au pays contre des États étrangers, les tribunaux nationaux ne sont pas vraiment capables de disposer de telles demandes de toute façon (Fox et Webb, p. 31). En ce sens, il serait contre-productif pour un tribunal de contrôler les décisions d’un État étranger si, ce faisant, il risquait de provoquer une rupture des relations entre des pays en l’absence de tout espoir que le réclamant obtienne réparation (*ibid.*; C. Forcese, « De-immunizing Torture : Reconciling Human Rights and State Immunity » (2007), 52 *R.D. McGill* 127, p. 133-134).

[37] La courtoisie et la réciprocité justifient également l’immunité des États (Forcese, p. 135; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, n° 35763/97, 21 novembre 2001 (HUDOC), par. 54). Tout comme les États étrangers ne veulent pas que leurs mesures exécutives, législatives ou publiques soient remises en question devant les tribunaux canadiens, le Canada préfère éviter de devoir défendre ses mesures et politiques devant les tribunaux étrangers.

[38] L’immunité des États joue un rôle important dans les relations internationales et elle est devenue une règle générale du droit international coutumier (*Jones c. United Kingdom*, Nos. 34356/06, 40528/06, ECHR 2014, par. 89 (« *Jones* (ECRH) »); Fox et Webb, p. 2). Pour être considérée comme une partie du droit international coutumier, une règle doit être confirmée par la pratique des États et l’*opinio juris*, soit la reconnaissance par ces derniers du caractère obligatoire de la règle en droit international : *Hape*, par. 46; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, par. 207. La C.I.J. a confirmé

requirements (*Germany v. Italy*, at paras. 55-56). Given the presence of both state practice and *opinio juris*, it is now settled and unequivocal that immunity is more than a courtesy; it has a firm place in the international legal landscape (Fox and Webb, at p. 2).

[39] The content of state immunity has evolved over time. In its earliest incarnation, state immunity was understood to be a complete and absolute bar on the ability of one state to subject another to any scrutiny (Fox and Webb, at p. 26). This absolute prohibition is thought to have derived from the historical personal imperviousness of “monarchs and their representatives” (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, at p. 238). Over time, this immunity was transferred to the nation state as the head of state came to embody the state itself (*ibid.*). Any subjection of a foreign state to domestic courts was seen as incompatible with sovereign equality (J. H. Currie, C. Forcese, J. Harrington and V. Oosterveld, *International Law: Doctrine, Practice, and Theory* (2nd ed. 2014), at pp. 539-41; *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50, at p. 71).

[40] In the wake of the Second World War, the idea that a state and its officials could be immune from criminal proceedings appeared particularly incongruous in view of the atrocities that had been committed. The Nuremberg International Military Tribunal, in particular through art. 8 of its Charter, 82 U.N.T.S. 279, laid the foundations for a new approach to restricting state immunity in criminal proceedings. That approach has been evolving ever since.

[41] In parallel, the complete bar on bringing civil proceedings against a foreign state in domestic courts has also gradually relaxed. State immunity, once referred to as absolute immunity, slowly came to be qualified as “restrictive” immunity (Currie, Forcese, Harrington and Oosterveld, at p. 541). This transition was in part due to the greater role that states began to play in commercial and financial matters, and is

que le principe d’immunité des États satisfaisait à ces deux exigences (*Allemagne c. Italie*, par. 55-56). En raison de l’existence de la pratique des États et de l’*opinio juris*, il est maintenant établi, sans équivoque, que l’immunité représente plus qu’un geste de courtoisie; elle est fermement ancrée dans le paysage juridique international (Fox et Webb, p. 2).

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

[40] Toutefois, à la suite de la Seconde Guerre mondiale, la reconnaissance de l’immunité des États et de leurs agents à l’égard de poursuites criminelles semblait devenue particulièrement absurde devant les atrocités commises alors. Le Tribunal militaire international de Nuremberg, notamment en application de l’art. 8 de son Statut, 82 R.T.N.U. 279, a ainsi établi les fondements d’une nouvelle approche en faveur d’une restriction de l’immunité des États dans le cadre de procédures criminelles. Cette approche n’a pas cessé d’évoluer depuis.

[41] Parallèlement, l’interdiction de toute poursuite civile contre un État étranger devant les tribunaux nationaux s’est aussi graduellement assouplie. L’immunité des États, qualifiée un temps d’immunité absolue, a petit à petit été qualifiée d’immunité [TRADUCTION] « restreinte » (Currie, Forcese, Harrington et Oosterveld, p. 541). Cette transition a été due en partie au rôle accru joué par les États

reflected in the well-known distinction between the *acta imperii* of a state (acts of a governmental nature) and its *acta gestionis* (acts of a commercial nature) (Currie, at pp. 371-73; P. Ranganathan, “Survivors of Torture, Victims of Law: Reforming State Immunity in Canada by Developing Exceptions for Terrorism and Torture” (2008), 71 *Sask. L. Rev.* 343, at p. 350). As the international community began to accept that not all acts or decisions of states were quintessentially “sovereign” or “public” in nature, but that, at times, states behaved as “private” actors, the idea of an absolute bar on suing a foreign state became obsolete (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, at pp. 239-41; Currie, Forcese, Harrington and Oosterveld, at p. 541; Fox and Webb, at p. 32). Many states, including Canada, have legislated this version of restrictive immunity through a commercial activity exception to state immunity (*SIA*, s. 5; *Re Canada Labour Code*, at p. 73; *Schreiber*, at para. 33; *Kuwait Airways Corp. v. Iraq*, 2010 SCC 40, [2010] 2 S.C.R. 571, at paras. 13-17).

[42] In Canada, state immunity from civil suits is codified in the *SIA*. The purposes of the Act largely mirror the purpose of the doctrine in international law: the upholding of sovereign equality. The “cornerstone” of the Act is found in s. 3 which confirms that foreign states are immune from the jurisdiction of our domestic courts “[e]xcept as provided by th[e] Act” (*Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675 (C.A.), at para. 42; *SIA*, s. 3). Significantly, the *SIA* does not apply to criminal proceedings, suggesting that Parliament was satisfied that the common law with respect to state immunity should continue governing that area of the law (*SIA*, s. 18).

[43] When enacting the *SIA*, Parliament recognized a number of exceptions to the broad scope of state immunity. Besides the commercial activity exception, canvassed above, Canada has chosen to include exceptions to immunity in situations where a foreign state waives such right, as well as for cases

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

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

[43] Cependant, lorsqu’il a adopté la *LIÉ*, le Parlement a reconnu plusieurs exceptions à la vaste portée de l’immunité des États. Mise à part l’exception relative aux activités commerciales examinée précédemment, le Canada a choisi d’inclure des exceptions à l’immunité en cas de renonciation

involving: death, bodily injury, or damage to property occurring in Canada; maritime matters; and foreign state property in Canada (*SIA*, ss. 4, 6, 7 and 8; Currie, at pp. 395-400; Emanuelli, at pp. 346-49; J.-M. Arbour and G. Parent, *Droit international public* (6th ed. 2012), at pp. 500-508.3).

[44] In 2012, Parliament amended the *SIA* to include an additional exception to state immunity for certain foreign states that have supported terrorist activity (Arbour and Parent, at pp. 508.1-8.3). Under this new legislative regime, a foreign state may be sued in Canada if (1) the act that the state committed took place on or after January 1, 1985 and (2) the foreign state accused of supporting terrorism is included on a list created by the Governor in Council (*SIA*, s. 6.1; Library of Parliament, *Legislative Summary of Bill C-10* (2012), at s. 2.2.2.1). Although no argument concerning the nature or constitutionality of the terrorism exception was advanced before this Court, it is nonetheless relevant to the case at hand. If nothing else, it reveals that Parliament can and does take active steps to address, and in this case pre-empt, emergent international challenges (Ranganathan, at p. 386), thereby reinforcing the conclusion, discussed below, that the *SIA* is intended to be an exhaustive codification of Canadian law of state immunity in civil suits. I also note in passing, with all due caution, that when the terrorism exception bill was before Parliament, it was criticized on numerous occasions for failing to create an exception to state immunity for civil proceedings involving allegations of torture, genocide and other grave crimes (*Legislative Summary of Bill C-10*, s. 2.1.4). Indeed, Private Member Bill C-483 proposed to create such an exception but it never became law. More broadly, the amendment to the *SIA* brought by Parliament in 2012 demonstrates that forum states (i.e. states providing jurisdiction) have a large and continuing role to play in determining the scope and extent of state immunity.

à celle-ci par l'État étranger de même que dans le cas où il est question de décès, de dommages corporels ou de dommages aux biens survenus au Canada; en matière maritime; et à l'égard de biens détenus par un État étranger au Canada (*LIÉ*, art. 4, 6, 7 et 8; Currie, p. 395-400; Emanuelli, p. 346-349; J.-M. Arbour et G. Parent, *Droit international public* (6^e éd. 2012), p. 500-508.3).

[44] De plus, en 2012, le législateur a modifié la *LIÉ* en y ajoutant une exception à l'immunité de juridiction pour certains États étrangers qui ont appuyé des activités terroristes (Arbour et Parent, p. 508.1-508.3). Selon ce nouveau régime législatif, un État étranger peut être poursuivi au Canada s'il (1) a commis l'acte en question le 1^{er} janvier 1985 ou après cette date et s'il (2) est accusé d'appuyer le terrorisme et inscrit sur une liste dressée par le gouverneur en conseil (*LIÉ*, art. 6.1; Bibliothèque du Parlement, *Résumé législatif du projet de loi C-10* (2012), art. 2.2.2.1). Même si on n'a pas abordé la nature ou la constitutionnalité de l'exception relative au terrorisme devant la Cour, il s'agit néanmoins de questions pertinentes pour le présent dossier. À tout le moins, cette exception révèle que le législateur peut agir, et le fait, pour résoudre, et dans ce cas-ci pour prévenir, de nouveaux problèmes dans l'ordre international (Ranganathan, p. 386). Cela renforce la conclusion, dont il sera question ultérieurement, selon laquelle la *LIÉ* est censée constituer une codification exhaustive du droit canadien de l'immunité des États pour les instances civiles. Je note en outre au passage, avec toute la prudence qui s'impose, que le projet de loi sur l'exception relative au terrorisme, lorsqu'il était à l'étape des débats au Parlement, a été critiqué à de nombreuses reprises parce qu'il omettait de créer une exception à l'immunité des États dans le cas d'instances civiles où étaient présentées des allégations de torture, de génocide ou d'autres crimes graves (*Résumé législatif du projet de loi C-10*, art. 2.1.4). En effet, le projet de loi C-483 d'initiative parlementaire proposait de créer une telle exception, mais il n'a jamais été adopté. Plus généralement, la modification apportée par le législateur à la *LIÉ* en 2012 illustre que l'État du for (c.-à-d. celui qui attribue la juridiction) joue toujours un rôle important et continu lorsqu'il s'agit d'établir la portée et l'étendue de l'immunité de juridiction.

[45] It follows that state immunity is not solely a rule of customary international law. It also reflects domestic choices made for policy reasons, particularly in matters of international relations. As Fox and Webb note, although immunity as a general rule is recognized by international law, the “precise extent and manner of [the] application” of state immunity is determined by forum states (p. 17). In Canada, therefore, it is first towards Parliament that one must turn when ascertaining the contours of state immunity.

(2) Torture

[46] As discussed below, in drafting the *SIA*, Canada has made a choice to uphold state immunity as the oil that allows for the smooth functioning of the machinery of international relations. Canada has given priority to a foreign state’s immunity over civil redress for citizens who have been tortured abroad. This policy choice is not a comment about the evils of torture, but rather an indication of what principles Parliament has chosen to promote given Canada’s role and that of its government in the international community. The *SIA* cannot be read as suggesting that Canada has abandoned its commitment to the universal prohibition of torture. This commitment is strong, and developments in recent years have confirmed it.

[47] In 2002, in the case of *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, although there were “compelling indicia” to confirm that the prohibition of torture had reached peremptory status, the Court did not make a binding statement to this effect (paras. 62-65). Twelve years later, our Court cannot entertain any doubt that the prohibition of torture has reached the level of a peremptory norm (a peremptory norm, or *jus cogens* norm is a fundamental tenet of international law that is non-derogable: Currie, at p. 583; Emanuelli, at pp. 168-69; *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, art. 53).

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

(2) Torture

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

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

[48] There are a number of multilateral instruments which explicitly prohibit torture (see *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 5; *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, G.A. Res. 3452 (XXX), U.N. Doc. A/3452/XXX, December 9, 1975, art. 3; *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, art. 3; *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 7; and generally the United Nations CAT). International jurisprudence also recognizes the prohibition of torture as a non-derogable norm (see Ranganathan, at pp. 381-82). For instance, the House of Lords in the case of *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270, concluded that “there is no doubt that the prohibition on torture” is a peremptory norm (para. 43; see also *Al-Adsani v. United Kingdom*, at para. 61; *Prosecutor v. Anto Furund’ija*, Case No. IT-95-17/1-T, December 10, 1998 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia), aff’d Case No. IT-95-17/1-A, July 21, 2000).

[49] The prohibition of torture is a peremptory international norm. But, in Canada, torture is also clearly prohibited by conventions and legislation. Canada is a party to the CAT, which has been in force for over twenty years. The CAT serves many purposes. In part, it defines torture (art. 1), and requires that a state party take legislative and administrative measures to prevent acts of torture (arts. 2, 3 and 4), investigate potential acts of torture believed to have been committed on its territory (art. 12), and provide means by which victims of torture may obtain redress (art. 14).

[50] I note in passing that, unlike my colleague Justice Abella, I cannot interpret art. 14 of the CAT as requiring Canada to implement a universal civil jurisdiction for acts of torture. The *Travaux Préparatoires* leading to the signing of the CAT do not

[48] Un grand nombre d’instruments multilatéraux interdisent explicitement la torture (voir la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 5; la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A.G. Rés. 3452 (XXX), Doc. N.U. A/3452/XXX, 9 décembre 1975, art. 3; la *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, art. 3; le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 7; et, de manière générale, la CCT des Nations Unies). La jurisprudence internationale reconnaît également que l’interdiction de la torture est une norme à laquelle on ne peut déroger (voir Ranganathan, p. 381-382). Par exemple, dans l’arrêt *Jones c. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270 (« *Jones* (HL) »), la Chambre des lords a conclu que [TRADUCTION] « il ne fait aucun doute que l’interdiction de la torture » constitue une norme impérative (par. 43; voir aussi *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, par. 61; *Procureur c. Anto Furund’ija*, Affaire n° IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998 (Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie), conf. par Affaire n° IT-95-17/1-A, 21 juillet 2000).

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

[50] Je signale au passage que, contrairement à ma collègue la juge Abella, je ne puis interpréter l’art. 14 de la CCT comme imposant au Canada la mise en œuvre d’une compétence universelle en matière civile pour les actes de torture. Les travaux

clearly suggest a purposeful abandonment by party states of the territoriality restriction which at one point was contained in the draft language of art. 14. Indeed, the change in the language which led to the removal of the territoriality restriction appears to have been prompted by a suggestion made by the United States which sought to harmonize art. 14 with the definition of torture contained at art. 1 by broadening its language (U.N. Commission on Human Rights, *Summary prepared by the Secretary-General in accordance with Commission resolution 18 (XXXIV)*, U.N. Doc. E/CN.4/1314, December 19, 1978, at para. 45). The European Court of Human Rights reached the same conclusion recently, albeit for different reasons (*Jones v. United Kingdom*, at para. 208).

[51] Torture is also a criminal offence in Canada. Section 269.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, states that “[e]very official, or every person acting at the instigation of or with the consent or acquiescence of an official, who inflicts torture on any other person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.”

[52] If the Canadian government were to carry out acts of torture, such conduct would breach international law rules and principles that are binding on Canada, would be illegal under the *Criminal Code*, and would also undoubtedly be unconstitutional. As was held in *Suresh*, the adoption of the *Charter* confirmed Canada’s strict opposition to government-sanctioned torture. In particular, torture is blatantly contrary to s. 12 of the *Charter*. The Court stated:

A punishment is cruel and unusual if it “is so excessive as to outrage standards of decency”: see *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at pp. 1072-73, *per* Lamer J. (as he then was). It must be so inherently repugnant that it could never be an appropriate punishment, however egregious the offence. Torture falls into this category. The prospect of torture induces fear and its consequences may be devastating, irreversible, indeed, fatal. Torture may be meted out indiscriminately or arbitrarily for no particular offence. Torture has as its end the denial of a person’s humanity; this end is outside the legitimate domain of a

préparatoires ayant mené à la signature de la *CCT* n’indiquent pas clairement un abandon intentionnel par les États parties de la restriction territoriale, un abandon que contenait pourtant une ébauche du libellé de l’art. 14. En fait, la modification du libellé qui a provoqué le retrait de la restriction territoriale semble résulter d’une suggestion des États-Unis qui souhaitaient harmoniser l’art. 14 avec la définition de la torture à l’art. 1 par un élargissement de la portée du terme « agent » (Commission des droits de l’homme des Nations Unies, *Résumé établi par le Secrétaire général conformément à la résolution 18 (XXXIV) de la Commission*, Doc. N.U. E/CN.4/1314, 19 décembre 1978, par. 45). La Cour européenne des droits de l’homme a conclu de la même manière récemment, mais pour d’autres motifs (*Jones* (ECHR), par. 208).

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

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

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

criminal justice system As such, torture is seen in Canada as fundamentally unjust. [para. 51]

Torture is also likely contrary to s. 7 of the *Charter*.

[53] Canada does not condone torture, nor are Canadian officials permitted to carry out acts of torture. However, the issue in the present case is not whether torture is abhorrent or illegal. That is incontestably true. The question before the Court is whether one can sue a foreign state in Canadian courts for torture committed abroad. The answer to that question lies in the interpretation of the *SIA*, and its interaction with international law, the *Charter* and the *Bill of Rights*.

B. *Section 3(1) of the State Immunity Act*

- (1) Is Section 3(1) of the State Immunity Act a Complete Codification of State Immunity From Civil Proceedings in Canada?

[54] In my view, the *SIA* is a complete codification of Canadian law as it relates to state immunity from civil proceedings. In particular, s. 3(1) of the Act exhaustively establishes the parameters for state immunity and its exceptions.

[55] There is academic support for the view that the *SIA* is not truly exhaustive, and that despite the express language found in s. 3(1), the common law and international law necessarily inform its interpretation (F. Larocque, “La *Loi sur l’immunité des États* canadienne et la torture” (2010), 55 *McGill L.J.* 81, at pp. 92-93). In Professor Larocque’s opinion, nothing in the Act expressly excludes the application of the common law (p. 94). In his view, to understand the *SIA* as a comprehensive code without consideration of the common law is to freeze

infraction en particulier. Le but ultime de la torture est de priver une personne de son humanité. Ce but ne fait pas partie du domaine légitime du système de justice pénale [. . .] En ce sens, la torture est considérée au Canada comme fondamentalement injuste. [par. 51]

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

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

B. *Paragraphe 3(1) de la Loi sur l’immunité des États*

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

[54] À mon avis, la *LIÉ* codifie de manière exhaustive le droit canadien concernant la question de l’immunité des États à l’encontre de poursuites civiles. Plus particulièrement, le par. 3(1) de la *LIÉ* établit tous les paramètres de cette immunité et de ses exceptions.

[55] Il est certain que des auteurs appuient la thèse voulant que cette loi ne soit pas vraiment exhaustive et que, malgré les termes exprès du par. 3(1), la common law et le droit international en guident nécessairement l’interprétation (F. Larocque, « La *Loi sur l’immunité des États* canadienne et la torture » (2010), 55 *R.D. McGill* 81, p. 92-93). Selon le professeur Larocque, rien dans la *LIÉ* n’écarte expressément l’application de la common law (p. 94). À son avis, la reconnaissance de la *LIÉ* comme un code exhaustif sans tenir compte de la common law

state immunity in time, and to foreclose its development in line with international norms (pp. 100-2).

[56] With all due respect, I am of the view that the *SIA* provides an exhaustive list of exceptions to state immunity. For that reason, reliance need not, and indeed cannot, be placed on the common law, *jus cogens* norms or international law to carve out additional exceptions to the immunity granted to foreign states pursuant to s. 3(1) of the *SIA*. The *SIA*, in its present form, does not provide for an exception to foreign state immunity from civil suits alleging acts of torture occurring outside Canada. This conclusion does not freeze state immunity in time. Any ambiguous provisions of the Act remain subject to interpretation, and Parliament is at liberty to develop the law in line with international norms as it did with the terrorism exception.

[57] Certain of the interveners rely on a statement made in *Kuwait Airways* as evidence that the evolution of common law may have led to new exceptions to the principles of immunity from jurisdiction (see *Kuwait Airways*, at para. 24). This reliance is misplaced. In *Kuwait Airways*, the only conclusion was that, in that particular case, it was unnecessary to determine whether the *SIA* is exhaustive “or whether the evolution of international law and of the common law has led to the development of new exceptions to the principles of immunity from jurisdiction and immunity from execution” (*ibid.*). The time has now come to answer that question.

[58] In my opinion, the words of s. 3(1) of the *SIA* completely oust the common law and international law as a source of potential exceptions to the immunity which it provides. The plain and ordinary meaning of the words “[e]xcept as provided by this Act” is that it is the Act, and the Act alone, that may provide exceptions to the immunity granted pursuant to s. 3(1) of the *SIA* (*Bouzari*, at para. 57). Words as explicit as “[e]xcept as provided by this Act” demonstrate that Parliament intended for the legislation to displace the common law (*Gendron*

revient à figer l’immunité des États dans le temps et à empêcher qu’elle évolue conformément aux normes internationales (p. 100-102).

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

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

[58] À mon avis, le libellé du par. 3(1) de la *LIÉ* écarte entièrement la common law et le droit international comme sources de nouvelles exceptions à l’immunité qu’elle accorde. Selon le sens clair et ordinaire des mots « [s]auf exceptions prévues dans la présente loi », c’est la *LIÉ*, et seulement la *LIÉ*, qui peut prévoir des exceptions à l’immunité accordée par le par. 3(1) de la *LIÉ* (*Bouzari*, par. 57). Des mots aussi explicites que « [s]auf exceptions prévues dans la présente loi » démontrent l’intention du législateur d’écarter la common law

v. *Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at p. 1319). I cannot think of words that could be more “irresistibl[y] clea[r]” (*Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614).

(2) Does International Law Render Section 3(1) of the State Immunity Act Ambiguous or Otherwise Require it To Be Interpreted to Include an Exception to State Immunity in Cases of Torture?

[59] A number of interveners argue that s. 3(1) of the Act is ambiguous and should therefore be interpreted in accordance with the common law, the *Charter* and international law. The intervener the Canadian Civil Liberties Association submits that the *SIA* is ambiguous because it does not clearly extend to cases involving alleged breaches of *jus cogens* norms (factum, at paras. 8-10). The British Columbia Civil Liberties Association (“BCCLA”) similarly asserts that s. 3 of the Act is ambiguous (factum, at para. 8). The intervener Amnistie internationale, Section Canada francophone argues that s. 3 of the Act only shields foreign states with respect to their [TRANSLATION] “public acts”, acts which do not include torture (factum, at para. 1).

[60] The current state of international law regarding redress for victims of torture does not alter the *SIA*, or make it ambiguous. International law cannot be used to support an interpretation that is not permitted by the words of the statute. Likewise, the presumption of conformity does not overthrow clear legislative intent (see S. Beaulac, “*Texture ouverte*”, *droit international et interprétation de la Charte canadienne*”, in E. Mendes and S. Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (5th ed. 2013), at pp. 231-35). Indeed, the presumption that legislation will conform to international law remains just that — merely a presumption. This Court has cautioned that the presumption can be rebutted by the clear words of the statute under consideration (*Hape*, at paras. 53-54). In the present

(*Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l’Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, p. 1319). Il ne me vient à l’esprit aucun mot qui puisse être plus [TRADUCTION] « irrésistiblement clair » (*Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614).

(2) Le droit international rend-il le par. 3(1) de la Loi sur l’immunité des États ambigu ou exige-t-il autrement qu’il soit interprété comme comprenant une exception à l’immunité des États en cas de torture?

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

[60] L’état actuel du droit international sur les réparations destinées aux victimes de torture ne modifie pas la loi et ne la rend pas ambiguë. On ne saurait utiliser le droit international pour étayer une interprétation à laquelle fait obstacle le texte de la loi. De même, la présomption de conformité ne permet pas d’écarter l’intention claire du législateur (voir S. Beaulac, « *Texture ouverte* », *droit international et interprétation de la Charte canadienne* », dans E. Mendes et S. Beaulac, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (5^e éd. 2013), p. 231-235). De fait, la présomption voulant que la loi respecte le droit international ne demeure que cela — une simple présomption. Or, selon la Cour, celle-ci peut être réfutée par les termes clairs de la loi en cause (*Hape*, par. 53-54). En l’espèce,

case, the *SIA* lists the exceptions to state immunity exhaustively. Canada's domestic legal order, as Parliament has framed it, prevails.

[61] Even if an exception to state immunity in civil proceedings for acts of torture had reached the status of a customary rule of international law, which, as I conclude below, it has not, such an exception could not be adopted as a common law exception to s. 3(1) of the *SIA* as it would be in clear conflict with the *SIA* (*Hape*, at para. 36). Moreover, the mere existence of a customary rule in international law does not automatically incorporate that rule into the domestic legal order (L. LeBel and G. 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. 35). Should an exception to state immunity for acts of torture have become customary international law, such a rule could likely be *permissive* — and not *mandatory* — thereby, requiring legislative action to become Canadian law (*Hape*, at para. 36; dissenting reasons of La Forest J. in *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at pp. 734-35; LeBel and Chao, at p. 36; G. van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (2nd ed. 2008), at pp. 218-23).

[62] Further, the reading of "except as provided by", which indicates an exhaustive list, is in line with the purpose and scheme of the legislation. A complete codification of state immunity that ousts the common law and international law, and provides specific exceptions, in no way frustrates the goals of sovereign equality, reciprocity and comity.

[63] The above is not to suggest that international law and the common law may never be used to *interpret* the *SIA*. On the contrary, to borrow Lord Diplock's words, the provisions of the *SIA* fall to be construed against the background of those principles of public international law that are generally recognized by the family of nations (*Alcom*

la *LIÉ* énumère toutes les exceptions à l'immunité des États. L'ordre juridique interne du Canada, tel qu'instauré par le Parlement, prévaut.

[61] Même si une exception à l'immunité des États quant aux poursuites civiles pour des actes de torture avait acquis désormais le statut d'une règle coutumière de droit international — ce qui, comme je le conclurai plus loin, n'est pas le cas —, une telle exception ne pourrait être adoptée comme exception de common law au par. 3(1), car elle entrerait clairement en conflit avec la *LIÉ* (*Hape*, par. 36). De plus, la simple existence d'une règle coutumière de droit international n'entraîne pas son incorporation automatique dans l'ordre juridique interne (L. LeBel et G. Chao, « The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation : Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 23, p. 35). Si une exception à l'immunité des États pour des actes de torture avait désormais le statut de règle de droit international coutumier, une telle règle pourrait vraisemblablement être *permissive* — et non pas *obligatoire* — et, de ce fait, devrait faire l'objet d'une mesure législative au Canada pour y devenir la loi (*Hape*, par. 36; motifs dissidents du juge La Forest dans *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, p. 734-735; LeBel et Chao, p. 36; G. van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (2^e éd. 2008), p. 218-223).

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

[63] Les commentaires précédents ne veulent pas dire que le droit international et la common law ne peuvent jamais servir à *interpréter* la *LIÉ*. Au contraire, pour reprendre les termes utilisés par lord Diplock, les dispositions de la *LIÉ* doivent être interprétées à la lumière des principes de droit international public qui sont généralement reconnus

Ltd. v. Republic of Columbia, [1984] 1 A.C. 580, at p. 597). Thus, if certain provisions of the *SIA* were genuinely ambiguous or required clarification, it would be appropriate for courts to look to the common law and international law for guidance (*Schreiber*, at para. 50; *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517, at p. 541). However, the plain language of s. 3(1) read alongside the purpose of the Act eliminates the possibility of relying on the common law or international law to find new exceptions to state immunity. I therefore find that the Court of Appeal was correct in its conclusion that the *SIA* contains a complete code of exceptions to immunity (paras. 38-42). I now turn to the interpretation and application of the *SIA* to the case at hand.

C. Section 6(a) of the State Immunity Act

[64] Although the appellants have not directly appealed Morissette J.A.'s interpretation of s. 6(a) of the *SIA*, it is necessary to determine the true scope of the legislation before analysing its constitutionality. If Mr. Hashemi's psychological suffering is captured by the personal injury exception to state immunity set out at s. 6(a), he will have no reason to argue that the statute is unconstitutional, although the estate's constitutional challenge may proceed. The Court therefore intends to discuss the meaning of s. 6(a) and whether Mr. Hashemi is entitled to rely on the exception that it sets out.

[65] The *amicus*, in his supplementary submissions, argues that the s. 6(a) "personal or bodily injury" exception to state immunity cannot be engaged in this case. According to the *amicus*, the exception at s. 6(a) does not apply where the alleged events that caused the personal injury or death did not take place in Canada. In the alternative, the *amicus* submits that the "personal or bodily injury" exception at s. 6(a) does not apply where the alleged injury is not a physical injury. Thus, Mr. Hashemi's allegations of psychological harm would not fall within the scope of s. 6(a).

par le concert des nations (*Alcom Ltd. c. Republic of Columbia*, [1984] 1 A.C. 580, p. 597). En conséquence, si certaines dispositions de la *LIÉ* étaient véritablement ambiguës ou nécessitaient des précisions, les tribunaux pourraient légitimement s'appuyer sur la common law et le droit international pour en préciser le sens (*Schreiber*, par. 50; *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517, p. 541). Cependant, le libellé clair du par. 3(1), interprété en corrélation avec l'objet de la *LIÉ*, écarte la possibilité de se fonder sur la common law ou le droit international pour reconnaître de nouvelles exceptions à l'immunité des États. J'estime par conséquent que la Cour d'appel a conclu à bon droit que la *LIÉ* renferme un code complet des exceptions à l'immunité (par. 38-42). Je passe maintenant à l'interprétation et à l'application de la *LIÉ* en l'espèce.

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

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

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

[66] A number of interveners made submissions regarding the proper interpretation of “personal or bodily injury” under s. 6(a) of the Act. The BCCLA argues that s. 6(a) should be interpreted broadly to include psychological injury. In its view, psychological integrity is an integral part of one’s physical integrity (factum, at para. 22). In the same vein, Canadian Lawyers for International Human Rights (“CLAIHR”) submits that the Quebec Court of Appeal erred in holding that serious psychological trauma suffered in Canada cannot come within the exception to state immunity found at s. 6(a) of the *SIA*. In CLAIHR’s view, the Court of Appeal’s attempt to distinguish physical injuries from psychological injuries is inconsistent with s. 15 of the *Charter*. Further, CLAIHR points to recent medical research suggesting that there is no distinction between psychological and physical injuries. Finally, CLAIHR argues that *Schreiber* is not a full answer to the issues in this case.

[67] Given the above arguments, the Court is being presented with two questions. First, is it necessary for the tort or civil delict which caused the death or personal injury to have occurred in Canada in order for the exception to immunity to apply? If not, is it possible for Mr. Hashemi’s allegations of psychological harm to fit within the definition of “personal or bodily injury” under s. 6(a) of the Act?

[68] For ease of reference, the wording of s. 6(a) reads as follows:

A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to . . . any death or personal or bodily injury . . . that occurs in Canada.

[69] Upon first reading, the wording of s. 6(a) could be interpreted in one of two ways. For the exception to be engaged, the Act requires either (1) that the injury manifest itself in Canada, even where the acts causing the death or injury occurred outside Canada, or (2) that the acts causing injury or death occur within Canada. The wording of s. 6(a) is not

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

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

[68] Par souci de commodité, le texte de l’al. 6a) est reproduit ci-après :

L’État étranger ne bénéficie pas de l’immunité de juridiction dans les actions découlant [. . .] des décès ou dommages corporels survenus au Canada;

[69] À première vue, le texte de l’al. 6a) peut être interprété de deux façons. Pour que l’exception entre en jeu, il faut aux termes de la loi que soit (1) les dommages se manifestent au Canada même si les actes qui les ont causés ou qui ont causé la mort ont été posés ailleurs, soit (2) que ces actes aient été posés au Canada. Le libellé de l’al. 6a) n’est donc

nearly as clear as the language of s. 3(1) discussed earlier with respect to the exceptions.

[70] However, when the words of s. 6(a) are examined in conjunction with the purpose of the Act, it becomes apparent that the second interpretation of s. 6(a) is far more tenable. As stated above, the purpose of the Act is to ensure that the underlying rationales for the doctrine of state immunity are upheld in Canada. If the statute were read in the manner proposed by certain of the interveners, an individual could be involved in an incident in a foreign country or be engaged in an altercation with agents of a foreign government while in that state's territory, have his or her injuries manifest themselves only upon returning to Canada, and then, once in Canada, institute proceedings against the foreign state for the extraterritorial incident. Even if the claim were not a meritorious one, a foreign state might nonetheless need to defend itself in Canada against this kind of claim. Such a situation would put the foreign state's decisions and actions in its own territory directly under the scrutiny of Canada's judiciary — the exact situation sovereign equality seeks to avoid.

[71] Further, interpreting s. 6(a) as requiring solely the injury or death to have occurred in Canada would lead to absurd results. It would mean that two individuals could suffer the exact same treatment in a foreign country, but the ability to bring a civil suit would be determined solely on the jurisdiction where each individual's injuries manifest themselves. Bork J. of the United States Court of Appeals for the District of Columbia considered a provision analogous to s. 6 in the case of *Persinger v. Islamic Republic of Iran*, 729 F.2d 835 (1984), and addressed this absurdity. Section 1605(a)(5) of the *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. (“FSIA”), § 1605(a)(5), reads:

A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States . . . in [cases where money] . . . damages are sought against a foreign state for personal injury or death, . . . occurring in the United

manifestement pas aussi clair que celui du par. 3(1) dont j'ai déjà discuté au sujet des exceptions.

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

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

[TRADUCTION] L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction devant les tribunaux des États-Unis [. . .] dans les [cas où] [. . .] des dommages-intérêts sont réclamés contre lui pour dommages corporels ou

States and caused by the tortious act or omission of that foreign state

In determining that parents of a hostage held in Tehran could not sue Iran in American courts for emotional and mental distress suffered by them in the United States, Bork J. wrote:

Indeed, [the proposed interpretation] would have the result that had one hostage died in Tehran and another been released and died in the United States, both deaths being due to injuries inflicted while they were held hostage, the district court would have jurisdiction over the second suit but not over the first. Such results would deprive the statute of any policy coherence. [p. 843]

Indeed, this kind of distinction would be arbitrary and irrational, and cannot have been the intention of Parliament (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 310-12).

[72] By contrast, an interpretation of s. 6(a) that requires the tort causing the personal injury or death to have occurred in Canada upholds the purposes of sovereign equality without leading to absurd results. It accords with the theory of sovereign equality to allow foreign states to be sued in Canada for torts allegedly committed by them within Canadian boundaries. As explored above, sovereignty is intimately tied to independence. State independence relates to the “exclusive competence of the State in regard to its own territory” (*Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. Netherlands*, Award (1928), II R.I.A.A. 829, at p. 838; Fox and Webb, at p. 74). If a foreign state is committing torts within Canadian controlled boundaries, Canada has the competence (derived from its independence) to bring the foreign state within Canada’s adjudicative jurisdiction. There would thus be a sufficient connection with the forum state to justify bringing the foreign state’s actions under Canadian scrutiny. In this way, the territorial tort exception to state immunity maintains an appropriate balance between “the principles of territorial jurisdiction and state independence” (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, at p. 258). It enables a forum

décès [. . .] survenus aux États-Unis par suite de son omission ou de son acte délictuel . . .

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

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

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

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

state to exercise jurisdiction over foreign states within its borders without allowing the forum state to “sit in judgment of extraterritorial state conduct” (*ibid.*). It should be noted, though, that, according to a recent I.C.J. decision, the territorial tort exception does not apply to torts allegedly committed by armed forces acting in times of conflict (*Germany v. Italy*, at para. 78; *Fox and Webb*, at p. 462).

[73] I am therefore in agreement with the *amicus* with regard to s. 6(a) of the *SIA*. The “personal or bodily injury” exception to state immunity does not apply where the impugned events, or the tort causing the personal injury or death, did not take place in Canada. In coming to this conclusion, I endorse the statements from the Ontario Court of Appeal in both *Bouzari* (at para. 47) and *Castle v. United States Department of Justice (Attorney General)* (2006), 218 O.A.C. 53, at para. 7, in which that court decided that s. 6 was meant to provide an exception for torts taking place on Canadian soil. Indeed, this seems to be the general international consensus surrounding legislated tort exceptions (see H. Fox, “State Immunity and the International Crime of Torture”, [2006] *E.H.R.L.R.* 142, at p. 155).

[74] However, even if the alternative interpretation of s. 6(a) were accepted, Mr. Hashemi’s circumstance would still not fall within the exception to state immunity. The “personal or bodily injury” exception to state immunity does not apply where the alleged injury does not stem from a physical breach of personal integrity.

[75] In *Schreiber*, our Court confirmed that “the scope of the exception in s. 6(a) is limited to instances where mental distress and emotional upset were linked to a physical injury” (para. 42). Only when psychological distress manifests itself after a physical injury will the exception to state immunity be triggered. In other words, “some form of a breach of physical integrity must be made out” (para. 62).

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

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

[74] Par contre, même si l’autre interprétation de l’al. 6a) de la *LIÉ* était admise, la situation de M. Hashemi ne relèverait toujours pas de l’exception à l’immunité des États. En effet, l’exception des « dommages corporels » à cette immunité ne s’applique pas si le préjudice allégué ne découle pas d’une atteinte à l’intégrité physique d’une personne.

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

[76] Contrary to the submissions made by the intervener CLAIHR, *Schreiber* was neither incorrectly decided nor is the principle derived from *Schreiber* inapplicable to the case at hand. I come to these conclusions for a number of reasons.

[77] First, in order to maintain coherence with the civil law, it is necessary to interpret “*dommages corporels*” in the French version of s. 6(a) of the *SIA* as requiring physical harm (*Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168, at paras. 100-101). Second, considering the lack of ambiguity in the French wording of the provision, there is no need to resort to *Charter* values to interpret s. 6(a) (see *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 611, at para. 15). Finally, although the facts in *Schreiber* were indeed different, the Court in that case did turn its mind to situations analogous to the present case. The Court noted that when torture involves “physical interference” with the person, *that* individual will have experienced a “*préjudice corporel*” regardless of signs of physical injury to the body (*Schreiber*, at para. 63). The “*préjudice corporel*” will not, however, extend to those who, although close to the victim, experienced a “*préjudice moral*” (mental injury) with no physical breach.

[78] It is my view, then, that *Schreiber* is good law and perfectly applicable to the case at hand. Even if current medical research maintains that it is often difficult to distinguish between physical and psychological injuries, I agree with the *amicus* that “[t]he fact that psychological trauma may cause physiological reactions does not alter the fact that no [physical] injuries have been pleaded as having been suffered by Mr. Hashemi” (supplemental factum, at para. 30). Mr. Hashemi did not plead any kind of physical harm or any injury to his physical integrity. Therefore, his claim is barred by the statute on two grounds. First, the alleged tort did not “occur in Canada” within the meaning of the *SIA*. Second, Mr. Hashemi has not claimed any “*dommag[e] corporel[l]*” which could potentially have

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

[77] Premièrement, pour maintenir l’uniformité avec le droit civil, il faut considérer que les mots « dommages corporels » utilisés à l’al. 6a) de la *LIÉ* exigent la présence d’une atteinte à l’intégrité physique (*Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168, par. 100-101). Deuxièmement, vu l’absence d’ambiguïté dans la version française de la disposition, point n’est besoin de recourir aux valeurs de la *Charte* pour interpréter l’al. 6a) (voir *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 611, par. 15). Enfin, même si les faits de l’arrêt *Schreiber* étaient bel et bien différents, la Cour s’est penchée dans cette affaire sur des circonstances semblables à celles de la présente espèce et a signalé que, lorsque la torture implique une « contrainte physique » de la personne, *cette* dernière subit un « préjudice corporel », peu importe les traces de préjudice sur le corps (*Schreiber*, par. 63). Le « préjudice corporel » n’englobe toutefois pas les personnes qui, malgré leur proximité avec la victime, n’ont subi qu’un « préjudice moral » sans qu’il soit porté atteinte à leur intégrité physique.

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

brought him within the exception stated at s. 6(a), had the tort occurred in Canada.

D. *Applicability of the State Immunity Act to Public Officials Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi*

[79] The final issue relating to statutory interpretation is whether Saeed Mortazavi and Mohammad Bakhshi are immune from legal action by operation of the *SIA*. The resolution of this issue hinges on answering three questions, namely: (1) Are public officials acting in their official capacity included in the term “government” as it is used in the *SIA*? (2) Were Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi acting in their official capacity in their interactions with Ms. Kazemi? and (3) Can acts of torture be “official acts” for the purposes of the *SIA*? In my view, the above questions must be answered in the affirmative, with the result that Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi are immune from civil suit in the underlying claim pursuant to s. 3(1) of the *SIA*.

- (1) Are Public Officials Acting in Their Official Capacity Included in the Term “Government” as It Is Used in the *State Immunity Act*?

[80] Section 3(1) of the *SIA* provides that a “foreign state” is immune from the jurisdiction of any court in Canada. “Foreign state” is defined in s. 2 as follows:

“foreign state” includes

- (a) any sovereign or other head of the foreign state or of any political subdivision of the foreign state while acting as such in a public capacity,
- (b) any government of the foreign state or of any political subdivision of the foreign state, including any of its departments, and any agency of the foreign state, and

allégué avoir subi des « dommages corporels » qui auraient pu faire en sorte que sa situation relève de l’exception énoncée à l’al. 6a) si le délit avait été commis au Canada.

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

[79] La dernière question d’interprétation législative soulevée par le présent pourvoi est celle de savoir si l’application de la *LIÉ* met Saeed Mortazavi et Mohammad Bakhshi à l’abri des poursuites judiciaires. La réponse dépend de celle donnée à trois autres questions : (1) Les fonctionnaires dans l’exercice de leurs fonctions officielles sont-ils visés par le terme « gouvernement » au sens où il faut l’entendre pour l’application de la *LIÉ*? (2) MM. Mortazavi et Bakhshi exerçaient-ils leurs fonctions officielles lorsqu’ils ont interagi avec M^{me} Kazemi? Et (3) des actes de torture peuvent-ils constituer des « actes officiels » pour l’application de la *LIÉ*? À mon avis, ces questions doivent recevoir une réponse affirmative, avec pour résultat que MM. Mortazavi et Bakhshi sont à l’abri de toute poursuite relativement à la réclamation sous-jacente, en application du par. 3(1) de la *LIÉ*.

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

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

« État étranger » Sont assimilés à un État étranger :

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

(c) any political subdivision of the foreign state;

[81] The appellants submit that the courts below erred in holding that the *SIA* extends to all state officials acting within the scope of their duties. They argue that the only beneficiaries of immunity under the Act are the legal entity of the foreign state and the sovereign or other head of state when acting in a public capacity. In their view, unless foreign officials claim diplomatic or consular immunity, they will be subject to common law immunities and the private international law rules of every province.

[82] The *amicus* takes the position that all foreign public officials acting in their official capacity (i.e., civil servants, government employees, functionaries, etc.) fall within the purview of the term “government” under s. 2 of the *SIA*. The *amicus* notes that although “government” is not defined in the *SIA*, the use of the term elsewhere in the Act supports an interpretation of “government” that includes individual public officials. Further, the term “government” under the *Charter* and in other contexts includes public officials.

[83] According to the intervenor Redress Trust Ltd. (“Redress”), immunity for torture should not extend to foreign public officials. In its opinion, under international law, individual perpetrators of torture cannot avoid accountability for their wrongful conduct by hiding behind their official status. In its view, permitting the appellants’ claim does not undermine the principle of state immunity any more than what is already allowed by the principle of individual criminal responsibility of state officials under international criminal law.

[84] On the plain wording of the Act, it is unclear which actors Parliament intended to capture when it included the term “government” in the definition of “foreign state”. The term “government” is capable of referring to many different entities and individuals, including but not limited to: legislatures, the executive, entities receiving government funding

c) les subdivisions politiques de cet État.

[81] Les appelants soutiennent que les juridictions inférieures se sont trompées en concluant que la *LIE* s’applique à tous les fonctionnaires qui agissent dans les limites de leurs fonctions. Ils ajoutent que seuls l’État comme entité juridique et le souverain ou chef de cet État dans l’exercice de ses fonctions officielles bénéficient de l’immunité prévue par la loi. À leur avis, les fonctionnaires ne sont protégés que par les immunités de common law et assujettis aux règles de droit international privé de chaque province, à moins qu’ils revendiquent l’immunité diplomatique ou consulaire.

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

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

[84] Il est difficile de savoir, à la lecture du simple libellé de la loi, qui le législateur voulait viser lorsqu’il a inséré le terme « gouvernement » dans la définition d’« État étranger ». En effet, ce terme est susceptible de désigner une multitude d’entités et de personnes différentes, notamment : les législatures, l’exécutif, les entités financées par l’État et

and which are subject to government control, and public officials. The absence of an explicit reference to “public officials” in the Act requires that the term “government” be interpreted in context, and, as previously mentioned, against the backdrop of international law.

[85] At the outset, I note that the definition of the term “foreign state” at s. 2 of the *SIA* is open-ended, as indicated by the use of the word “includes”. When this statutory language is placed in context, in conjunction with the purpose of the Act, it becomes clear that public officials must be included in the meaning of “government” in s. 2 of the *SIA*. The reality is that governmental decisions are carried out by a state’s servants and agents. States are abstract entities that can only act through individuals. Significantly, s. 14(1)(c) of the Act provides that a certificate issued by the Minister of Foreign Affairs as to whether a person or *persons* are to be regarded as the head or government of a foreign state is conclusive evidence of any matter that is stated in it. It is difficult to conceive of a reason for which “persons” might be regarded as “government” under the Act if not to be provided immunity pursuant to s. 3(1).

[86] This contextual interpretation, dictated by common sense, is further supported by the *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (2004) (not yet in force), which defines “State” as including “representatives of the State acting in that capacity” (art. 2(1)(b)(iv)). It is also supported by international jurisprudence, reflecting a growing consensus on this issue in a number of jurisdictions: see *Jones v. United Kingdom*, at paras. 96 and 202; *Prosecutor v. Blaškić* (1997), 110 I.L.R. 607, at p. 707; *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, at paras. 30 and 65-69.

[87] Excluding public officials from the meaning of government would completely thwart the purposes of the *SIA*. I agree with the following statement of the European Court of Human Rights:

assujetties à son contrôle ainsi que les fonctionnaires. Comme la *LIÉ* n’utilise pas expressément le mot « fonctionnaire », le terme « gouvernement » doit être interprété selon son contexte et, comme je l’ai déjà mentionné, à la lumière du droit international.

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

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

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

Since an act cannot be carried out by a State itself but only by individuals acting on the State's behalf, where immunity can be invoked by the State then the starting point must be that immunity . . . applies to the acts of State officials. If it were otherwise, State immunity could always be circumvented by suing named officials.

(*Jones v. United Kingdom*, at para. 202)

[88] Within Canada itself, the Ontario Court of Appeal noted in *Jaffe v. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745, that public officials were not included under the Act:

To avoid having its action dismissed on the ground of state immunity, a plaintiff would have only to sue the functionaries who performed the acts. In the event that the plaintiff recovered judgment, the foreign state would have to respond to it by indemnifying its functionaries, thus, through this indirect route, losing the immunity conferred on it by the Act. [p. 759]

[89] The appellants argue that a civil suit against the two individual respondents — even if it were successful — would not necessarily lead to an award of damages against the state, and therefore Iran would not necessarily suffer any financial loss. In their view, the proceedings against Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi would have the effect of jeopardizing only the personal patrimony of those two individuals (A.F., at para. 167).

[90] Even if the appellants were correct in their contention, a matter of which I am not convinced, their argument is premised on a misunderstanding of the purposes of state immunity. Avoiding both the enforcement of an award of damages against a state and the state's indemnification of its agents are but two of the many purposes served by state immunity. In practice, suing a government official in his or her personal capacity for acts done while in government has many of the same effects as suing the state, effects that the *SIA* seeks to avoid. Allowing civil claims against individual public officials would in effect require our courts to scrutinize other states' decision making as carried out by their public officials. The foreign state would suffer very similar

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

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

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

[TRADUCTION] Pour éviter que son action soit rejetée en raison de l'immunité des États, le demandeur n'aurait qu'à poursuivre les fonctionnaires ayant exécuté les actes en cause. Si le demandeur avait gain de cause, l'État étranger serait obligé d'y réagir en indemnisant ses fonctionnaires, ce qui lui ferait perdre indirectement l'immunité que lui confère la *LIÉ*. [p. 759]

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

[90] Même si l'argument des appelants était valable — ce dont je ne suis pas convaincu —, il repose sur une conception erronée de l'objet de l'immunité des États. Éviter tant l'exécution contre un État d'une condamnation à des dommages-intérêts et l'indemnisation par l'État de ses fonctionnaires ne constitue que deux des nombreux objectifs de l'immunité des États. En pratique, une poursuite engagée contre un fonctionnaire à titre personnel pour des actes commis alors qu'il faisait partie de la fonction publique entraîne plusieurs des mêmes conséquences qu'une poursuite intentée contre l'État, des effets que la *LIÉ* vise à éviter. L'autorisation de poursuites civiles contre des fonctionnaires, en particulier, obligerait en fait nos tribunaux à

reputational consequences, could be forced to defend itself in Canada, and could still potentially suffer the same costs than if it were found liable itself (if, for example, the individual defendants attempted to obtain indemnification from the state domestically). In *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, Lord Bingham reached the same conclusion while considering a slightly different argument:

It is, however, clear that a civil action against individual torturers based on acts of official torture does indirectly implead the state since their acts are attributable to it. Were these claims against the individual defendants to proceed and be upheld, the interests of the Kingdom [of Saudi Arabia] would be obviously affected, even though it is not a named party. [para. 31]

[91] The appellants also rely on the U.S. Supreme Court decision in *Samantar v. Yousuf*, 560 U.S. 305 (2010) (“*Samantar*”), to argue that the *SIA* does not apply to public officials. In *Samantar*, victims of torture in Somalia sought damages from Mohamed Ali Samantar, the former Prime Minister of Somalia. The question before the U.S. Supreme Court was whether the *FSIA* provided immunity to an individual sued for actions taken in his official capacity. The court interpreted the *FSIA*, and concluded that the definition of “foreign state” does not include an official acting on behalf of the foreign state. Thus, the court held that foreign official immunity is governed by the common law.

[92] *Samantar* is distinguishable from the present case. The decision in *Samantar* hinged on the specific language found at § 1603 of the *FSIA*. A number of differences between Canadian and U.S. legislation render *Samantar* inapplicable to the case at hand. First, as the *amicus* points out, the *FSIA* does not contain a definition of “foreign state” which includes “government”, the precise word our Court is tasked with interpreting in the instant case. Second, in the *FSIA*, when Congress intended to refer to officials, it did so expressly. The express mention of officials in some parts of the *FSIA* but not in the definition of “foreign state” indicates that

examiner les décisions d’États étrangers qu’auraient prises leurs agents. Ces États subiraient ainsi une atteinte fort semblable à leur réputation, pourraient devoir se défendre au Canada et se trouveraient exposés aux mêmes coûts que s’ils étaient eux-mêmes déclarés responsables (si, par exemple, les défendeurs individuels tentaient de se faire indemniser par l’État, dans leur pays). En examinant un argument légèrement différent, lord Bingham a tiré la même conclusion dans *Jones* (HL) :

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

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

[92] L’affaire *Samantar* peut être distinguée de la présente espèce. En effet, la décision rendue dans cette affaire portait sur le libellé explicite du § 1603 de la *FSIA*. Or, plusieurs différences entre la loi canadienne et la loi américaine rendent l’arrêt *Samantar* inapplicable en l’espèce. Tout d’abord, comme le souligne l’*amicus curiae*, la *FSIA* ne contient pas de définition d’« État étranger » où figure le terme « gouvernement », le mot même que la Cour est appelée à interpréter en l’espèce. Ensuite, lorsque le Congrès a voulu traiter des fonctionnaires dans la *FSIA*, il l’a fait en termes exprès. Cette mention expresse dans certaines parties de la *FSIA*,

Congress did not intend to include officials in the broader definition of “foreign state” under § 1603. Unlike the *FSIA*, express reference to officials can be found nowhere in the *SIA*. Therefore, the statutory interpretation argument of “implied exclusion”, which was helpful to the U.S. Supreme Court in *Samantar*, cannot be made in our case (see generally Sullivan, at p. 244).

[93] Given the above, I conclude that public officials, being necessary instruments of the state, are included in the term “government” as used in the *SIA*. That being said, public officials will only benefit from state immunity when acting in their official capacity. This conclusion leads me to the question of whether the individual respondents were acting in their official capacity when they allegedly tortured Ms. Kazemi so as to render them immune from civil proceedings in Canada.

- (2) Were Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi Acting in Their Official Capacity When Carrying out the Torture of Ms. Kazemi?

[94] The appellants’ pleadings state that Mr. Mortazavi, the Chief Public Prosecutor for Tehran, ordered, oversaw, and actively participated in Ms. Kazemi’s torture. The pleadings further state that Mr. Bakhshi, in his former role as the Deputy Chief of Intelligence for Evin prison, interrogated, assaulted and tortured Ms. Kazemi. Moreover, the facts as pleaded state that Ms. Kazemi’s ordeal occurred on government premises, namely in the prison and in the military hospital, and that Ms. Kazemi was at all times under government control, even, sadly, after her death. The news of Ms. Kazemi’s death was reported by a government agency. In short, based on the allegations alone, the acts committed by Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi have all the bearings of official acts, and no suggestion was made that either of these public officials were acting in their personal capacity or in a way that was unconnected to their roles as state functionaries.

mais pas dans la définition du terme « État étranger », indique que le Congrès ne voulait pas inclure les fonctionnaires dans la définition large de ce terme qui figure au § 1603. Or, on ne trouve dans la *LIÉ* aucune telle mention expresse des fonctionnaires. Par conséquent, l’argument fondé sur l’interprétation de la loi par « exclusion implicite », qui a été utile pour la Cour suprême des États-Unis dans *Samantar*, ne peut être plaidé avec succès en l’espèce (voir, de façon générale, Sullivan, p. 244).

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

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

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

[95] Though the acts allegedly committed by Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi shock the conscience, I am not prepared to accept that the acts were unofficial merely because they were atrocious. The question to be answered is not whether the acts were horrific, but rather, whether the acts were carried out by the named respondents in their role as “government”. The heinous nature of torture does not transform the actions of Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi into private acts, undertaken outside of their official capacity. On the contrary, it is the state-sanctioned or official nature of torture that makes it such a despicable crime.

[96] Unsurprisingly, the very definition of torture contained in the *CAT* requires that it be “inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity” (art. 1). For clarity, and to address my colleague Justice Abella’s concern, it is the official nature of the conduct which gives rise to torture, and not the opposite. In this sense, I am of the view that torture is an official act in the circumstances of the present case. Support for this conclusion can be found in the reasoning of Lord Bingham and Lord Hoffmann in the case of *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, upheld as sound by the European Court of Human Rights. I agree with Lord Bingham that, by definition, torture is necessarily an official act of the state. He wrote:

It is, I think, difficult to accept that torture cannot be a governmental or official act, since under article 1 of the Torture Convention torture must, to qualify as such, be inflicted by or with the connivance of a public official or other person acting in an official capacity. [para. 19]

Lord Hoffmann noted that if certain governmental acts are “official enough” to come under the *CAT*, they are also “official enough” to attract immunity (para. 83).

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

[96] Il n’est donc pas étonnant que la définition même de torture énoncée dans la *CCT* exige que celle-ci soit « infligé[e] par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite » (art. 1). Par souci de clarté, et pour répondre aux réserves exprimées par ma collègue la juge Abella, il convient de préciser que c’est la nature officielle de la conduite qui fait qu’il y a torture, et non l’inverse. J’estime donc que la torture infligée dans les circonstances de la présente espèce a constitué un acte officiel. Le raisonnement des lords Bingham et Hoffmann dans l’arrêt *Jones* (HL), jugé fondé par la Cour européenne des droits de l’homme, appuie cette conclusion. Je conviens avec lord Bingham que, par définition, la torture est nécessairement un acte officiel de l’État. Il écrit :

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

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

[97] I generally agree. It is logically difficult for the appellants to simultaneously claim that the acts done to Ms. Kazemi fall within the definition of torture and thereby engage the protection of art. 14 of the *CAT*, but that the acts are not official enough to trigger immunity. I would, however, note that wilful blindness by a state to the activities of private individuals or groups carried out for the benefit of that state may be a rare case where torture may meet the official definition in art. 14, but where state immunity would not necessarily be conferred on the individuals committing the acts. But, that is not the case before us.

[98] As a result, the *SIA* applies to Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi. Given that they were public officials acting in their official capacity, Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi are captured by the term “government” found at s. 2 of the *SIA*. By virtue of that statute, they are immune from the jurisdiction of Canadian courts.

(3) Can Acts of Torture Be “Official Acts” for the Purposes of the *State Immunity Act*?

[99] The intervener the Canadian Centre for International Justice (“CCIJ”) submits that *jus cogens* violations, such as acts of torture, can never constitute “official conduct” under international and common law. The CCIJ therefore implicitly invites this Court to construe the term “government” as excluding public officials engaging in acts of torture. Unlike certain interveners who call for a blanket exception to state immunity in cases of torture, the exception proposed by the CCIJ would apply only to public officials.

[100] My colleague Justice Abella’s dissent appears to echo in part the CCIJ’s submissions. As I understand it, my colleague suggests that the meaning of “government” in s. 2 of the *SIA* must

[97] Je partage cette opinion dans l’ensemble. En toute logique, il est difficile pour les appelants de prétendre à la fois que les actes posés à l’endroit de M^{me} Kazemi répondent à la définition de torture et déclenchent ainsi l’application de la protection offerte par l’art. 14 de la *CCT*, mais que les actes ne sont pas assez officiels pour faire intervenir l’immunité. Je tiens toutefois à souligner que l’aveuglement volontaire dont fait preuve un État au sujet d’activités auxquelles se livreraient des individus ou des groupes privés à son profit pourrait être un des rares cas où la torture pourrait être visée par la définition officielle qu’en donne l’art. 14, mais où l’immunité des États ne serait pas nécessairement accordée aux auteurs des actes. Nous ne sommes toutefois pas saisis, en l’espèce, d’une telle situation.

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

(3) Des actes de torture peuvent-ils constituer des « actes officiels » pour l’application de la *Loi sur l’immunité des États*?

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

[100] La dissidence de ma collègue semble faire écho en partie aux arguments du CCJI. Selon ce que je comprends de ses motifs, la juge Abella suggère que le terme « gouvernement » utilisé à l’art. 2

be construed in accordance with customary international law. According to my colleague, the right to reparation for violations of human rights and the non-official nature of acts done in violation of *jus cogens* are two rules of customary international law which together call for a construction of “government” that excludes government officials conducting acts of torture. With respect, this conclusion is based on a number of arguments that are inconsistent with the current state of relevant law, including customary international law.

[101] As far as the right to reparation is concerned, I find no evidence in the cases reviewed by my colleague demonstrating the existence of a rule of customary international law to the effect that courts have universal civil jurisdiction to hear civil cases alleging acts in violation of *jus cogens*. On the contrary, most of these cases have affirmed state immunity in civil proceedings alleging acts of torture. However, even if such a rule of customary international law existed, it would have to be weighed against other rules of customary international law and, namely the rule of state immunity. As the I.C.J. found in a similar context, I see no contradiction in the co-existence of a right to reparation and state immunity (*Germany v. Italy*, at paras. 92-96).

[102] Further, my colleague Justice Abella concludes that states are moving towards the proposition that government officials are not immune from civil suits for torture. Her reasons point to the equivocal state of the customary international law of immunity for violations of *jus cogens* norms as an indication that public officials may be sued in our domestic courts for torture committed aboard (para. 174). But customary international law is, by its very nature, unequivocal. It is not binding law if it is equivocal. In the absence of consistent state practice one way or another, and of *opinio juris* as to the binding effect of a state practice, no rule of customary international law is established. The “state of flux” of international law pertaining to official immunities for *jus cogens* violations is such that it may not be used to interpret domestic legislation or the common

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

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

[102] De plus, ma collègue la juge Abella conclut que les États semblent pencher en faveur de la proposition selon laquelle, lorsqu’ils ont commis des actes de torture, leurs agents ne sont pas à l’abri des poursuites civiles. Dans ses motifs, elle invoque le caractère équivoque du droit international coutumier en matière d’immunité pour les violations des normes du *jus cogens* comme une indication selon laquelle les fonctionnaires peuvent être poursuivis devant les tribunaux canadiens pour des actes de torture commis à l’étranger (par. 174). Or, le droit international coutumier, de par sa nature même, ne saurait être équivoque. En effet, s’il est équivoque, il n’a pas force obligatoire. En l’absence d’une pratique uniforme des États dans un sens ou dans l’autre et d’une *opinio juris* quant au caractère obligatoire de cette pratique, aucune règle de droit

law in the same manner that courts might employ customary international law (see, for example, *Hape*, at para. 39). As a result, the presumption of conformity cannot be considered in construing the terms of the *SIA* (discussed in *Hape*, at paras. 53-54). With respect, international jurisprudence is at best “equivocal” concerning this area of the law. There is still very strong support for the conclusion that immunity from civil suits extends to public officials engaging in acts of torture, and it is therefore not possible to conclude that either a consistent state practice or *opinio juris* to the contrary effect exists (*Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*; *Jones v. United Kingdom*; *Germany v. Italy*; *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*; *Al-Adsani v. United Kingdom*).

[103] While an exception to immunity for *jus cogens* violations exists in the criminal context, no such exception has developed in the civil context. My colleague Justice Abella as well as Breyer J. of the United States Supreme Court take issue with this distinction, essentially arguing that the existence of universal criminal jurisdiction contemplates the existence of universal civil jurisdiction as well (*Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), at pp. 762-63). In my view, principled grounds justify the distinction between the exception to immunity in the civil versus the criminal context. These include the “long pedigree” of exceptions to immunity in criminal proceedings, and the “screening mechanisms” that are available to governments in criminal suits as compared to civil suits (see generally C. A. Bradley and L. R. Helfer, “International Law and the U.S. Common Law of Foreign Official Immunity” (2010), *Sup. Ct. Rev.* 213, at pp. 247-48).

[104] Whether or not these distinctions are convincing as a matter of policy is of secondary importance. The fact of the matter is that Canada has expressly created an exception to immunity for

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

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

[104] Que ces distinctions convainquent ou non au niveau des principes de politique générale, il faut constater que le Canada a expressément créé une exception à l’immunité pour les procédures

criminal proceedings, and has stopped short of doing so for civil suits involving *jus cogens* violations (*SIA*, s. 18; a similar exception also exists in the United Kingdom's *State Immunity Act 1978*, 1978, c. 33, s. 16(4)). Much like the I.C.J., I am convinced that the fact that universal criminal jurisdiction exists has no bearing in the present case (*Germany v. Italy*, at para. 87). The two types of proceeding are seen as fundamentally different by a majority of actors in the international community (*Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, at paras. 20 and 32).

[105] Further, there is a significant practical difficulty in allowing an exception to state immunity in civil suits alleging acts of torture committed abroad. Unlike the exceptions that are expressly set out in the *SIA* and which rely on preliminary or ancillary facts, an exception based on violations of *jus cogens* would require a judge seized of a matter raising allegations of torture to inquire into the merits of the claim at a preliminary stage regardless of whether those allegations are grounded in fact. In effect, a foreign defendant would be forced to mount a defence against the substance of a claim alleging acts of torture merely to obtain a determination of whether he or she is immune from suit. This clearly defeats the purpose of state immunity, namely to bar a court from hearing a case on its merits *in limine*. In theory, the same practical difficulty applies to criminal proceedings involving violations of *jus cogens*. However, the decision to bring criminal charges against a foreign state official is made based on the strength of investigations and legal opinions. In practice, this filters out vexatious charges.

[106] While the Fourth Circuit United States Court of Appeals has recently decided that torture cannot be qualified as an official act for the purposes of immunity (*Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012) (“*Samantar I*”) (appeal pending)), that case is of little weight in light of conflicting jurisprudence from other Circuits and the pending appeal of that decision to the Supreme Court of the United States (*Matar v. Dichter*, 563 F.3d 9 (2nd Cir.

pénales, sans poser le même geste à l'égard des poursuites civiles mettant en cause des violations du *jus cogens* (*LIÉ*, art. 18; une exception similaire existe également au Royaume-Uni, voir la *State Immunity Act 1978*, 1978, ch. 33, par. 16(4)). Tout comme la C.I.J., je suis convaincu que l'existence d'une compétence universelle en matière pénale n'a aucune incidence en la présente espèce (*Allemagne c. Italie*, par. 87). La majorité des acteurs de la communauté internationale considère toujours que les deux types de procédure demeurent fondamentalement différents (*Jones* (HL), par. 20 et 32).

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

[106] Bien que la Cour d'appel du Fourth Circuit des États-Unis ait récemment décidé que la torture ne peut constituer un acte officiel pour l'application de l'immunité (*Yousuf c. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012) (« *Samantar II* ») (appel en instance)), cette décision revêt peu d'importance à la lumière des décisions contradictoires rendues dans d'autres Circuits et de l'appel en instance dans cette affaire devant la Cour suprême des États-Unis (*Matar*

2009); *Belhas v. Ya'alon*, 515 F.3d 1279 (D.C. Cir. 2008); *Ye v. Zemin*, 383 F.3d 620 (7th Cir. 2004)). Moreover, *Samantar II* was decided in the context of a very different legislative and governmental backdrop. The court in that case expressly stated that Congress's enactment of the *Torture Victim Protection Act of 1991*, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73, 28 U.S.C. § 1350, was "instructive" in reaching its determination (p. 774). The court also gave "substantial weight" to the Statement of Interest issued by the State Department suggesting that the court should deny the foreign defendant immunity (p. 773). Essentially, the court relied heavily on governmental intentions when deciding to deny immunity.

[107] In the case at hand, Canada has no equivalent to the *Torture Victim Protection Act of 1991* that would create a cause of action for torture committed abroad, nor have we been presented with a statement of any sort from the government suggesting that Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi should be denied immunity. Parliament has given no indication whatsoever that the courts are to deem torture an "unofficial act" and that a universal civil jurisdiction has been created allowing foreign officials to be sued in our courts. Creating this kind of jurisdiction would have a potentially considerable impact on Canada's international relations. This decision is to be made by Parliament, not the courts.

[108] I further note that the development of the common law should be gradual and that it should develop in line with norms accepted throughout the international community. As was determined in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, "[c]ertainty in the law requires that courts follow and apply authoritative precedents. Indeed, this is the foundational principle upon which the common law relies" (para. 38). 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

c. Dichter, 563 F.3d 9 (2nd Cir. 2009); *Belhas c. Ya'alon*, 515 F.3d 1279 (D.C. Cir. 2008); *Ye c. Zemin*, 383 F.3d 620 (7th Cir. 2004)). De plus, *Samantar II* a été jugée dans un contexte législatif et gouvernemental fort différent. Dans cette affaire, la cour a expressément affirmé que l'adoption de la *Torture Victim Protection Act of 1991*, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73, 28 U.S.C. § 1350, par le Congrès était [TRADUCTION] « instructive » à l'égard de la décision qu'elle devait rendre (p. 774). La cour a également accordé un « poids considérable » à la déclaration d'intérêt publiée par le Département d'État, ce qui suggérerait qu'elle devrait refuser l'immunité au défendeur étranger (p. 773). Essentiellement, la cour s'est en grande partie appuyée sur les intentions du gouvernement pour écarter l'immunité.

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

[108] Je rappelle également que l'évolution de la common law devrait s'effectuer graduellement et conformément aux normes acceptées dans l'ensemble de la communauté internationale. Comme l'a conclu la Cour dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1001, « [l]a notion de certitude du droit exige que les tribunaux suivent et appliquent les précédents qui font autorité. C'est d'ailleurs l'assise fondamentale de la common law » (par. 38). Les tribunaux ne devraient pas se servir de la common law pour trancher des questions complexes de politique en l'absence d'un fondement juridique solide ou d'un ensemble de précédents applicables et clairs qui

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 (*Jones v. United Kingdom*, at para. 213). The “bulk of the authority” in this situation confirms that a “State’s right to immunity may not be circumvented by suing its servants or agents instead” (*ibid.*).

[109] Given the definition of torture outlined above and the lack of evidence of an exception to state immunity for a *ius cogens* violation, I hold that it is possible for torture to be an official act. I agree with Lord Hoffmann in *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia* that “[i]t 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” or by the forum state (para. 63).

[110] This therefore confirms that neither Mr. Hashemi nor Ms. Kazemi’s estate may avail themselves of a Canadian court in order to sue Iran or its functionaries for Ms. Kazemi’s torture and death. The next question becomes whether the *SIA*, as interpreted, withstands constitutional scrutiny.

E. *The State Immunity Act and the Canadian Bill of Rights*

[111] Section 2(e) of the *Bill of Rights* provides that “no law of Canada shall be construed or applied so as to . . . deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations”.

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 (*Jones* (ECHR), par. 213). Or, la « jurisprudence dominante » quant à une situation telle celle qui nous occupe confirme qu’« on ne peut contourner le droit d’un État à l’immunité en poursuivant plutôt ses fonctionnaires ou ses agents » (*ibid.*).

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

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

E. *La Loi sur l’immunité des États et la Déclaration canadienne des droits*

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

[112] The appellants argue that, as a quasi-constitutional statute, the *Bill of Rights* should be given a liberal and purposive interpretation. The appellants submit that the *SIA* does not extinguish substantive rights, but rather creates a procedural bar, and that this procedural bar is incompatible with the fairness guarantees contained in s. 2(e) of the *Bill of Rights*.

[113] The Attorney General of Canada argues that the *Bill of Rights* only protects rights that existed when it was enacted in 1960. At that time, foreign states enjoyed absolute immunity. Since, in 1960, there was no right to sue a foreign state for tortious acts committed abroad, the appellants' argument that s. 2(e) of the *Bill of Rights* guarantees an ability to sue cannot succeed.

[114] The Attorney General of Canada further submits that, in any event, s. 2(e) of the *Bill of Rights* does not provide a right of access to courts or a right to sue, but is merely a procedural right to natural justice within an existing adjudicative process. Where no existing process is in place or where, as here, Canadian courts are statutorily barred from exercising adjudicative jurisdiction, s. 2(e) does not apply.

[115] The intervenor the Iran Human Rights Documentation Center ("IHRDC") submits that the appellants cannot obtain a fair hearing in Iran, and as such, the *SIA* contravenes s. 2(e) of the *Bill of Rights*. In its view, this Court's jurisprudence and international law maintain that a fair hearing requires an independent judiciary not subject to political influence or outside pressure. The IHRDC submits that Iran lacks this impartial and independent judicial system.

[116] I agree with the Attorney General of Canada that the challenge based on s. 2(e) of the *Bill of Rights* should be dismissed on the basis that s. 2(e) does not create a self-standing right to a fair hearing where the law does not otherwise allow for an

[112] Les appelants soutiennent que, puisqu'il s'agit d'une loi de nature quasi constitutionnelle, il convient d'interpréter la *Déclaration des droits* de manière libérale et téléologique. La *LIÉ*, ajoutent-ils, n'a pas pour effet de supprimer des droits fondamentaux, mais crée plutôt une fin de non-recevoir procédurale incompatible avec les garanties d'équité qu'offre l'al. 2e) de la *Déclaration des droits*.

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

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

[115] L'intervenant Iran Human Rights Documentation Centre (« IHRDC ») soutient que les appelants ne peuvent pas escompter un procès équitable en Iran et que, dans ces conditions, la *LIÉ* porte atteinte à l'al. 2e) de la *Déclaration des droits*. À son avis, la jurisprudence de la Cour et le droit international établissent qu'un procès équitable requiert un appareil judiciaire indépendant, libre de toute influence politique ou pression externe. L'IHRDC ajoute que l'Iran ne dispose pas d'un tel système judiciaire impartial et indépendant.

[116] Je conviens avec le procureur général du Canada qu'il faut rejeter la contestation fondée sur l'al. 2e) de la *Déclaration des droits* parce que cette disposition ne crée pas un droit autonome à un procès équitable dans les cas où la loi ne prévoit

adjudicative process. Instead, s. 2(e) guarantees fairness in the context of a hearing before a Canadian court or a tribunal.

[117] In *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40, the Court held that s. 2(e) of the *Bill of Rights* did not impose a duty upon Parliament to provide a hearing to veterans prior to the adoption of legislation that would affect their financial interests. The Court concluded that “[the *Bill of Rights*] protections are operative only in the application of law to individual circumstances in a proceeding before a court, tribunal or similar body” (para. 61). Thus, s. 2(e) was found to only apply in the context of a proceeding before a court or tribunal; it does not create a right to a hearing where none otherwise exists by operation of law.

[118] To engage the right to a fair hearing guaranteed by s. 2(e), a court or tribunal must properly have jurisdiction over a matter. State immunity is a procedural bar that blocks the exercise of jurisdiction before a hearing can even take place. Therefore, it is irrelevant that a person’s substantive claim has not been extinguished. The existence of state immunity means that regardless of an underlying substantive claim and of its merits, no jurisdiction exists in Canada to adjudicate that claim. Similarly, the applicability of state immunity does not depend on the impartiality of the judicial system of the foreign state. The jurisdictional bar exists notwithstanding the lack of fair proceedings or of an impartial judicial structure in the foreign state. Section 2(e) of the *Bill of Rights* does not operate to remove this type of jurisdictional prohibition. Rather, s. 2(e) guarantees a fair procedure only when a process is already in place in Canada to determine individuals’ rights.

pas autrement l’existence d’un tel procès. Cet alinéa garantit plutôt l’équité dans le contexte d’une audience tenue devant une cour de justice ou un tribunal administratif au Canada.

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

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

[119] For that reason, *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, does not assist the appellants in this case. In *Singh*, the Court was tasked with determining whether the procedures for adjudicating refugee status contained in the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, were in accordance with s. 7 of the *Charter* and s. 2(e) of the *Bill of Rights*. Although three of the six judges who took part in that judgment concluded that the adjudicative procedures were in conflict with s. 2(e), it should be stated that access to an adjudicator was already foreseen within the framework of the *Immigration Act, 1976*. By contrast, in the case at hand, no access to a method of resolution exists. State immunity prohibits that access. Much more analogous to the present situation is the case of *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2013 SCC 66, [2013] 3 S.C.R. 866.

[120] In *Amaratunga*, the Court upheld the principles set out in *Authorson* in the context of jurisdictional immunity of international organizations. In that case, a former employee sued an international organization for wrongful dismissal in the Nova Scotia Supreme Court. The organization successfully claimed immunity from the action under the *Northwest Atlantic Fisheries Organization Privileges and Immunities Order*, SOR/80-64. The Court concluded that the organization was entitled to immunity from the wrongful dismissal claim and that s. 2(e) of the *Bill of Rights* was not infringed. The Court relied on *Authorson* and the Quebec Court of Appeal decision in the present appeal:

As for the *Canadian Bill of Rights*, the “right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations” recognized in s. 2(e) does not create a substantive right to make a claim. Rather, it provides for a fair hearing if and when a hearing is held. (See also *Islamic Republic of Iran v. Hashemi*, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567, at para. 109; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40, at paras. 59-61.) . . .

[119] Pour cette raison, l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, n’est d’aucun secours aux appelants en l’espèce. Dans cette affaire, la Cour devait décider si la procédure que prévoyait la *Loi sur l’immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, pour déterminer le statut de réfugié respectait l’art. 7 de la *Charte* et l’al. 2e) de la *Déclaration des droits*. Même si trois des six juges qui ont participé à ce jugement ont conclu que les procédures juridictionnelles contrevenaient à l’al. 2e), il convient de noter qu’un accès à un arbitre était déjà prévu sous le régime de la *Loi sur l’immigration de 1976*. Par contraste, dans le cas présent, il n’existe aucun mode de résolution du litige de cette nature. L’immunité des États l’interdit. Une affaire nettement plus semblable à la présente est celle qui a donné lieu à l’arrêt *Amaratunga c. Organisation des pêches de l’Atlantique Nord-Ouest*, 2013 CSC 66, [2013] 3 R.C.S. 866.

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

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

The fact that the appellant has no forum in which to air his grievances and seek a remedy is unfortunate. However, it is the nature of an immunity to shield certain matters from the jurisdiction of the host state's courts. [Emphasis added; paras. 61 and 63.]

The same holds true in the instant case. Section 2(e) of the *Bill of Rights* does not apply to this situation. It offers protection only if and when a hearing is held.

F. *The Charter and the Constitutionality of the State Immunity Act*

[121] The final question to be determined on this appeal is whether s. 3(1) of the *SIA* infringes s. 7 of the *Charter*. In the following part of my reasons, I first consider whether the appellants have established that the impugned law imposes limits on security of the person, thus engaging s. 7. I then consider whether any such limits on security of the person are in violation of the principles of fundamental justice.

(1) Security of the Person

[122] The appellants argue that s. 3(1) exacerbates trauma because it bars individuals from seeking redress after they or a family member have been tortured. This aggravation of the trauma exceeds the threshold required to trigger a security of the person interest. In oral argument, the appellants posited that, when torture is being carried out “with impunity”, there can be no doubt that a victim or a family member of a victim, a person of reasonable sensibility, would feel psychological distress beyond the ordinary anxiety caused by the vicissitudes of life (transcript, at pp. 13-14).

[123] The Attorney General of Canada responds that s. 7 of the *Charter* is not engaged because Mr. Hashemi alleges only that he has suffered psychological harm flowing from the torture suffered by

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

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

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

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

(1) La sécurité de la personne

[122] Les appelants soutiennent que le par. 3(1) aggrave le traumatisme subi, car il empêche une personne d'obtenir réparation après qu'elle-même ou un membre de sa famille a été torturé. Cette aggravation du traumatisme subi dépasse le niveau requis pour faire intervenir le droit à la sécurité de la personne. Dans leur plaidoirie, les appelants ont émis l'hypothèse que, lorsque la torture est exercée [TRADUCTION] « en toute impunité », on ne peut douter qu'une victime ou un membre de sa famille, une personne ayant une sensibilité raisonnable, éprouverait des sentiments de détresse psychologique, au-delà de l'anxiété ordinaire que provoquent les vicissitudes de la vie (transcription, p. 13-14).

[123] Le procureur général du Canada réplique que l'art. 7 de la *Charte* ne s'applique pas, car M. Hashemi allègue seulement que la torture subie par sa mère et l'impossibilité d'obtenir réparation

his mother and the inability to seek redress in Iran, and not harm resulting from his inability to sue Iran whilst in Canada. In addition, the Attorney General of Canada points out that there is no evidence to show that a prohibition on civil proceedings hampers the rehabilitation of victims of torture (factum, at para. 98). Finally, the Attorney General posits that the harm suffered by Mr. Hashemi was neither “profound [nor] serious” as is required by s. 7 (para. 101).

[124] The intervener Redress takes the position that international law supports Mr. Hashemi’s claim that s. 3(1) of the *SIA* has operated to cause him psychological trauma. Redress submits that a substantial body of international jurisprudence supports the position that denying an effective remedy for torture causes psychological harm. In its view, this denial of redress is so psychologically harmful to victims and their next of kin that s. 7 of the *Charter* is engaged.

[125] State action may engage security of the person when that action has an impact on an individual’s psychological integrity (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, and *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307). In *G. (J.)*, Chief Justice Lamer wrote that in order to engage the security of the person,

the impugned state action must have a serious and profound effect on a person’s psychological integrity. The effects . . . must be assessed objectively, with a view to their impact on the psychological integrity of a person of reasonable sensibility. This need not rise to the level of nervous shock or psychiatric illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety. [Emphasis added; para. 60.]

[126] As Bastarache J. noted in *Blencoe*, when psychological integrity is at issue, two requirements

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

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

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

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

[126] Ainsi que l’a fait remarquer le juge Bastarache dans l’arrêt *Blencoe*, lorsqu’une affaire

must be met in order to trigger the right to security of the person. First, the psychological prejudice that an individual experiences must be serious. Second, there must be a sufficient causal connection between the psychological prejudice and the actions of the state so that the harm may be said to result from state action (*Blencoe*, at para. 57).

- (a) *Does the Inability to Seek Civil Redress Impose Serious Psychological Prejudice on Victims of Torture and Their Immediate Families?*

[127] It is suggested that laws that prohibit victims of torture and their immediate family members from seeking redress through civil proceedings may be seen as having harmful psychological effects. In this case, Mr. Hashemi's mother was beaten, was sexually assaulted, and died in Iran. Due to the *SIA*, Mr. Hashemi cannot seek civil redress in Canada for these atrocities. The question is: does the effect of s. 3(1) of the *SIA* cause a victim of torture or their next of kin such serious harm so as to engage the s. 7 security of the person interest?

[128] Although it would be preferable to have this evidence admitted through properly qualified experts at the trial level, I am prepared to accept as a general proposition for the sake of argument alone that impunity for torture can cause significant psychological harm to victims of torture and their family members. This position finds support in international jurisprudence.

[129] The Inter-American Court of Human Rights has made a number of statements regarding the effect of impunity on victims of torture or their next of kin. One of the strongest of such statements is found in *Tibi v. Ecuador* (2004), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 114, in which Cançado Trindade J. noted in his separate opinion:

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

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

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

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

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

Impunity worsens the psychological suffering inflicted both on the direct victim and on his or her next of kin and other persons with whom he or she lived. Actually, it causes new psychosocial damage. Covering up what happened, or indifference regarding the criminal acts, constitutes a new aggression against the victim and his or her next of kin, disqualifying their suffering. The realization of justice is, therefore, extremely important for the rehabilitation of the victims of torture (as a form of reparation), since it attenuates their suffering, and that of their beloved ones, by recognizing what they have suffered. [para. 33]

(See also *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (2002), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 91, at paras. 64-65.)

[130] While it is not clear that a lack of civil redress due to state immunity is tantamount to impunity, it is not an exaggeration to say that the interest in finding closure after suffering torture touches upon the core of human dignity. If an inability to seek civil redress prohibits victims of torture or their next of kin from finding closure, I accept that it causes them serious psychological harm.

(b) *Is there a Sufficient Causal Connection Between the Alleged Harm and the State Action?*

[131] While the most severe and immediate source of the psychological harm suffered by Mr. Hashemi in the instant situation is undeniably the torture suffered by Ms. Kazemi in Iran, this would not necessarily eliminate any contributory role of Canada to Mr. Hashemi's suffering. As we stated in *Bedford*, "[a] sufficient causal connection standard does not require that the impugned government action or law be the only or the dominant cause of the prejudice suffered by the claimant" (para. 76; see also *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 21).

[132] In terms of causation, this case presents many similarities to *Bedford*. In *Bedford*, the Attorneys General of Canada and Ontario argued that

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

(Voir aussi *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (2002), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 91, par. 64-65.)

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

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

[131] Même si, dans le cas qui nous occupe, la source la plus grave et la plus immédiate du préjudice psychologique souffert par M. Hashemi est indéniablement la torture que M^{me} Kazemi a subie en Iran, cela n'éliminerait pas forcément toute contribution du Canada à ses souffrances. Comme nous l'enseigne l'arrêt *Bedford*, « [l]a norme du lien de causalité suffisant n'exige pas que la mesure législative ou autre reprochée à l'État soit l'unique ou la principale cause du préjudice subi par le demandeur » (par. 76; voir aussi *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 21).

[132] À l'égard du lien de causalité, la présente espèce offre de nombreuses similitudes avec l'affaire *Bedford*. Dans cette dernière, les procureurs

“the source of the harm [was] third parties — the johns who use and abuse prostitutes and the pimps who exploit them” (para. 84). The Court dismissed that argument and stated:

It makes no difference that the conduct of pimps and johns is the immediate source of the harms suffered by prostitutes. The impugned laws deprive people engaged in a risky, but legal, activity of the means to protect themselves against those risks. The violence of a john does not diminish the role of the state in making a prostitute more vulnerable to that violence. [para. 89]

[133] In this case, the Attorney General of Canada argues that Iran, not Canada, caused the immediate harm suffered by Ms. Kazemi and Mr. Hashemi due to both the torture Iranian officials inflicted and Iran’s ineffective justice system. However, it is irrelevant whether the torture in Iran is the immediate source of the harm suffered by Mr. Hashemi. If evidence properly introduced at trial demonstrated that the *SIA* deprives people whose family members have been tortured of the ability to heal from the trauma that they have experienced, the Canadian state might, nonetheless, have sufficiently contributed to causing serious psychological harm. Therefore, for the purpose of engaging s. 7, the fact that the foreign state caused the original violence would not necessarily diminish the role of the Canadian state in impeding the healing of Canadian victims of torture or their family members.

[134] Based on the above analysis, it is arguable that s. 3(1) of the *SIA* might cause such serious psychological prejudice that the security of the person is engaged and violated. But, in any event, I do not find it necessary to decide whether s. 3(1) of the *SIA* engages the security of the person interest under s. 7 of the *Charter*, given my conclusion (discussed below) that the operation of s. 3(1) does not violate any principles of fundamental justice.

généraux du Canada et de l’Ontario plaident que « le préjudice est imputable à des tiers, en l’occurrence les hommes qui ont recours aux services des prostituées et qui maltraitent celles-ci, ainsi que les proxénètes qui les exploitent » (par. 84). La Cour a rejeté cet argument :

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

[133] En l’espèce, le procureur général du Canada plaide que le préjudice immédiat dont ont souffert M^{me} Kazemi et M. Hashemi a été causé non pas par le Canada, mais par l’Iran, en raison des actes de torture infligés par ses agents ainsi que de l’inefficacité de son système de justice. Cependant, que la torture pratiquée en Iran soit ou non la source immédiate du préjudice que M. Hashemi a subi n’est pas pertinent. Si une preuve dûment introduite au procès établissait que la *LIÉ* prive des personnes dont des proches ont été torturés de la possibilité de guérir du traumatisme qu’elles ont vécu, l’État canadien pourrait néanmoins être considéré comme ayant suffisamment contribué à causer un grave préjudice psychologique. Par conséquent, pour l’application de l’art. 7, le fait que l’État étranger ait causé la violence initiale ne minimiserait pas nécessairement le rôle joué par l’État canadien en faisant obstacle à la guérison de victimes canadiennes de torture ou de membres de leur famille.

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

(2) Principles of Fundamental Justice

[135] In order to conclude to a breach of s. 7 of the *Charter*, it must be demonstrated that a principle of fundamental justice has been violated due to the application of s. 3(1) of the *SIA* to the claims at issue.

[136] The appellants argue that given (a) Canada's domestic laws on torture, (b) Iran's failure to deliver justice to the appellants, and (c) Canada's international law obligations by virtue of art. 14(1) of the *CAT*, the blanket immunity provided by the *SIA* in this particular case is incompatible with principles of fundamental justice. The appellants submitted in oral argument that art. 14 requires Canada to ensure that a civil remedy be available to victims of torture committed in foreign countries and that this obligation is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 (transcript, at p. 15).

[137] The respondent the Attorney General of Canada argues that the appellants adopt an erroneous approach to s. 7 of the *Charter* by failing to identify a specific principle of fundamental justice that has been violated by Canadian state action in this case. The respondent submits that international law does not support the appellants' reading of art. 14 of the *CAT* and that, in interpreting art. 14 in this matter, the appellants are effectively asking our Court to recognize a new, substantive principle: the right to a civil remedy in Canada for victims of torture. He further submits that the claimed right to a civil remedy in Canada for victims of torture does not meet the criteria for a new principle of fundamental justice.

[138] For ease of reference, art. 14(1) of the *CAT* reads:

Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation, including the means for as full rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an

(2) Les principes de justice fondamentale

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

[136] Les appelants soutiennent que, en raison a) des lois internes du Canada en matière de torture, b) du défaut de l'Iran de rendre justice aux appelants et c) des obligations imposées au Canada en droit international par le par. 14(1) de la *CCT*, l'immunité générale que confère la *LIE* dans la présente affaire est incompatible avec les principes de justice fondamentale. Ainsi, selon la plaidoirie des appelants, l'art. 14 oblige le Canada à veiller à ce que l'on assure une réparation civile aux victimes d'actes de torture commis à l'étranger et cette obligation constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 (transcription, p. 15).

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

[138] Par souci de commodité, je reproduis le texte du par. 14(1) de la *CCT* :

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

act of torture, his dependants shall be entitled to compensation.

[139] In order for a rule or principle to be a principle of fundamental justice, “it must be a legal principle about which there is significant societal consensus that it is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and it must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person” (*R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 113).

[140] There is no consensus that art. 14 should be interpreted in the manner the appellants suggest. In fact, although conflicting views have been vigorously advanced, the interpretation of art. 14 by some party states and by international and domestic judicial authorities support the respondent’s contention that art. 14 ensures redress and compensation for torture committed within the forum state’s own territorial jurisdiction.

[141] First, both the United States and Canada have taken the position that art. 14 does not require ratifying states to provide civil remedies for torture committed in foreign countries. When the U.S. provided notice of its ratification of the *CAT* in 1994, it expressed its understanding “that article 14 requires a state party to provide a private right of action for damages only for acts of torture committed in territory under the jurisdiction of that state party” (*Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, at para. 20). As the Attorney General and the *amicus* point out, Canada has also confirmed that art. 14 establishes an obligation to ensure redress where an act of torture took place within the state’s own jurisdiction — not where the torture occurred outside the forum state (United Nations, *Review of Canada’s Sixth Report on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (2012) (online), at para. 339). Although the interpretation of an article by a limited number of party states is non-determinative of that article’s meaning, there is no

victime résultant d’un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation.

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

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

[141] Tout d’abord, tant les États-Unis que le Canada ont exprimé l’avis que l’art. 14 n’oblige pas les États l’ayant ratifié à prévoir des réparations civiles pour des actes de torture commis dans un pays étranger. Lorsque les États-Unis ont donné avis qu’ils ratifiaient la Convention en 1994, ils ont expliqué que [TRADUCTION] « l’art. 14 exige qu’un État partie prévoie un droit d’action privé à l’égard de dommages-intérêts uniquement pour les actes de torture commis sur le territoire relevant de la compétence de cet État partie » (*Jones* (HL), par. 20). Comme le procureur général et l’*amicus curiae* le font remarquer, le Canada a également confirmé que l’art. 14 établit l’obligation d’assurer une réparation lorsqu’un acte de torture a eu lieu sur le territoire même de l’État — et non lorsqu’un tel acte a eu lieu en dehors de l’État du for (Nations Unies, *Examen du sixième rapport du Canada sur la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (2012) (en ligne), par. 339). Même si l’interprétation que font quelques États parties d’un article n’est pas

evidence that the majority of signatories interpret art. 14 in the manner that the appellants contend (M. Nowak and E. McArthur, with the contribution of K. Buchinger et al., *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary* (2008), at pp. 492 and 502).

[142] Further, national and international jurisprudence heavily favours the Attorney General's interpretation of the *CAT*. In fact, neither the appellants nor the interveners have identified a single court or international tribunal that has interpreted art. 14 in the way they suggest.

[143] In *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, one of the issues before the House of Lords was whether the U.K. was required to provide legal redress under art. 14 of the *CAT*. The House of Lords concluded:

Secondly, article 14 of the Torture Convention does not provide for universal civil jurisdiction. It appears that at one stage of the negotiating process the draft contained words, which mysteriously disappeared from the text, making this clear. But the natural reading of the article as it stands in my view conforms with the US understanding noted above, that it requires a private right of action for damages only for acts of torture committed in territory under the jurisdiction of the forum state. This is an interpretation shared by Canada, as its exchanges with the Torture Committee make clear. The correctness of this reading is confirmed when comparison is made between the spare terms of article 14 and the much more detailed provisions governing the assumption and exercise of criminal jurisdiction. [para. 25]

[144] As stated above, the European Court of Human Rights recently confirmed this decision: *Jones v. United Kingdom*. That court noted that no decision of the I.C.J. or of any international arbitral tribunal had interpreted art. 14 as requiring ratifying states to provide civil remedies for torture committed abroad (para. 208).

déterminante pour ce qui est de ce qu'il signifie, rien ne permet de penser que la majorité des signataires interprètent l'art. 14 comme le prétendent les appelants (M. Nowak et E. McArthur, avec la contribution de K. Buchinger et autres, *The United Nations Convention Against Torture : A Commentary* (2008), p. 492 et 502).

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

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

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

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

[145] Furthermore, the appellants' interpretation of art. 14 is not necessarily supported by the language of that provision. It is true that art. 14 does not expressly state that there is a territorial limit on a state's obligation to provide civil recourse for torture. As the appellants point out, this can be contrasted with other provisions of the *CAT* which create obligations limited to the "territory under [the state's] jurisdiction" (see, for example, art. 12). However, the wording of art. 14 can also be contrasted with art. 5(1)(c), which expressly grants a state universal criminal jurisdiction when the victim of torture is a national of that particular state and the state deems the establishment of jurisdiction appropriate (see Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, at p. 261). I am therefore not convinced that the absence of an express territorial limit can be determinative of the meaning of art. 14.

[146] Finally, the appellants rely on comments made by the United Nations Committee against Torture, a committee established to monitor and report on states' compliance with the *CAT*. The intervener the Canadian Bar Association urges the Court to place heavy reliance on the Committee's comments. The Committee has clearly expressed the view that art. 14 requires states to provide a means of redress to all victims of torture, regardless of where the torture was committed. For example, in its *General comment No. 3 (2012): Implementation of article 14 by State parties*, U.N. Doc. CAT/C/GC/3, released in December 2012, the Committee stated:

The Committee considers that the application of article 14 is not limited to victims who were harmed in the territory of the State party or by or against nationals of the State party. The Committee has commended the efforts of States parties for providing civil remedies for victims who were subjected to torture or ill-treatment outside their territory. This is particularly important when a victim is unable to exercise the rights guaranteed under article 14 in the territory where the violation took place. Indeed, article 14 requires States parties to ensure that all victims of torture and ill-treatment are able to access remedy and obtain redress.

[145] De plus, le libellé même de l'art. 14 ne supporte pas nécessairement l'interprétation proposée par les appelants. Certes, cet article n'indique pas expressément qu'il existe une limite territoriale à l'obligation d'un État de prévoir une réparation civile en cas de torture. Comme le soulignent les appelants, cette rédaction peut être mise en apposition avec celle de dispositions autres de la *CCT* qui créent des obligations limitées au « territoire sous [l]a juridiction [de l'État] » (voir, p. ex, l'art. 12). Cependant, le libellé de l'art. 14 peut aussi être contrasté avec celui de l'al. 5(1)c), qui reconnaît expressément une juridiction criminelle universelle étatique lorsque la victime d'actes de torture est un ressortissant de cet État en particulier et que l'État considère que la détermination de la compétence est appropriée (voir Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, p. 261). Je ne suis donc pas convaincu que l'absence d'une limite territoriale expresse peut être déterminante quant au sens à donner à l'art. 14.

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

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

Similarly, granting immunity, in violation of international law, to any State or its agents or to non-State actors for torture or ill-treatment, is in direct conflict with the obligation of providing redress to victims. When impunity is allowed by law or exists de facto, it bars victims from seeking full redress as it allows the violators to go unpunished and denies victims full assurance of their rights under article 14. The Committee affirms that under no circumstances may arguments of national security be used to deny redress for victims. [paras. 22 and 42]

[147] In my view, despite their importance, the Committee's comments should not be given greater weight than the pronouncements of state parties and judicial authorities. If anything, the Committee's comments only indicate that there is an absence of consensus around the interpretation of art. 14. When a party points to a provision in an international treaty as evidence of a principle of fundamental justice, a court must determine (a) whether there is significant international consensus regarding the interpretation of the treaty, and (b) whether there is consensus that the particular interpretation is fundamental to the way in which the international legal system ought to fairly operate (*Malmo-Levine*, at para. 113; *Suresh*, at para. 46). The absence of such consensus weighs against finding that the principle is fundamental to the operation of the legal system. As indicated above, when it comes to art. 14, no such consensus exists.

[148] Further, while the Committee's comments may be helpful for purposes of interpretation (see *Suresh*, at para. 73), they do not overrule adjudicative interpretations of the articles in the *CAT* (*Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, at para. 23). At best, they form part of a dialogue within the international community where no consensus has yet developed on an interpretation of art. 14 that would recognize the existence of a mandatory universal civil jurisdiction for acts of torture committed outside the boundaries of contracting states.

De même, le fait d'assurer l'immunité, en violation du droit international, à tout État ou à ses agents ou à des acteurs extérieurs à l'État pour des actes de torture ou de mauvais traitements est directement en conflit avec l'obligation d'assurer une réparation aux victimes. Quand l'impunité est permise par la loi ou existe de fait, elle empêche les victimes d'obtenir pleinement réparation car elle permet aux responsables de violations de rester impunis et dénie aux victimes le plein exercice des autres droits garantis à l'article 14. Le Comité affirme qu'en aucune circonstance la nécessité de protéger la sécurité nationale ne peut être invoquée comme argument pour refuser aux victimes le droit à réparation. [par. 22 et 42]

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

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

[149] Even if we were to adopt the appellants' interpretation of art. 14 and there was international consensus on this issue, it must be noted that the existence of an article in a treaty ratified by Canada does not automatically transform that article into a principle of fundamental justice. Canada remains a dualist system in respect of treaty and conventional law (Currie, at p. 235). This means that, unless a treaty provision expresses a rule of customary international law or a peremptory norm, that provision will only be binding in Canadian law if it is given effect through Canada's domestic law-making process (*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 69; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, at pp. 172-73; Currie, at p. 235). The appellants have not argued, let alone established, that their interpretation of art. 14 reflects customary international law, or that it has been incorporated into Canadian law through legislation.

[150] It is true that the *Charter* will often be understood to provide protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents to which Canada is a party (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at pp. 348-49, *per* Dickson C.J., dissenting). In my view, however, this presumption operates principally as an interpretive tool in assisting the courts in delineating the breadth and scope of *Charter* rights (see *Health Services and Support*, at paras. 71-79; see also Beaulac, at pp. 231-39). International Conventions may also assist in establishing the elements of the *Malmo-Levine* test for recognition of new principles of fundamental justice (see *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 10). But not all commitments in international agreements amount to principles of fundamental justice. Their nature is very diverse. International law is ever changing. The interaction between domestic and international law must be managed carefully in light of the principles governing what remains

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

[150] Il est vrai que l'on considère souvent que la *Charte* offre une protection au moins aussi importante que celle qu'accordent des dispositions semblables énoncées dans des documents internationaux sur les droits de la personne auxquels le Canada est partie (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 348-349, le juge en chef Dickson, dissident). À mon avis, toutefois, cette présomption sert principalement d'outil d'interprétation en vue d'aider les tribunaux à délimiter l'étendue et la portée des droits que garantit la *Charte* (voir *Health Services and Support*, par. 71-79; voir aussi Beaulac, p. 231-239). Les conventions internationales peuvent également aider à établir les éléments du test énoncé dans l'arrêt *Malmo-Levine* à propos de la reconnaissance de nouveaux principes de justice fondamentale (voir *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 10). Mais les engagements pris dans des ententes internationales ne sont pas tous assimilables à des principes de justice fondamentale. Leur nature est très diversifiée.

a dualist system of application of international law and a constitutional and parliamentary democracy. The mere existence of an international obligation is not sufficient to establish a principle of fundamental justice. Were we to equate all the protections or commitments in international human rights documents with principles of fundamental justice, we might in effect be destroying Canada's dualist system of reception of international law and casting aside the principles of parliamentary sovereignty and democracy.

[151] That being said, I am prepared to accept that *jus cogens* norms can generally be equated with principles of fundamental justice and that they are particularly helpful to look to in the context of issues pertaining to international law. Just as principles of fundamental justice are the “basic tenets of our legal system” (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503), *jus cogens* norms are a higher form of customary international law. In the same manner that principles of fundamental justice are principles “upon which there is some consensus that they are vital or fundamental to our societal notion of justice” (*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 590), *jus cogens* norms are customs accepted and recognized by the international community of states from which no derogation is permitted (*Bouzari*, at paras. 85-86; *van Ert*, at p. 29).

[152] This recognition, however, does not bolster the appellants' argument. 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 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.

Le droit international est en constante évolution. L'interaction entre le droit national et le droit international doit être gérée avec soin, à la lumière des principes régissant ce qui demeure un système dualiste d'application du droit international et une démocratie constitutionnelle et parlementaire. La simple existence d'une obligation internationale ne suffit pas pour établir l'existence d'un principe de justice fondamentale. S'il fallait assimiler à des principes de justice fondamentale toutes les mesures de protection ou tous les engagements qui sont énoncés dans des documents internationaux en matière de droits de la personne, on risquerait en fait de détruire le système dualiste canadien de réception du droit international et d'écartier les principes de souveraineté parlementaire et de démocratie.

[151] Cela dit, je suis disposé à admettre que l'on peut généralement assimiler les normes du *jus cogens* à des principes de justice fondamentale et qu'il est particulièrement utile de les examiner dans le contexte de questions relevant du droit international. À l'instar des principes de justice fondamentale qui constituent les « préceptes fondamentaux de notre système juridique » (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503), les normes du *jus cogens* représentent une forme supérieure de droit international coutumier. Tout comme les principes de justice fondamentale sont des principes qui « doivent être le fruit d'un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590-591), les normes du *jus cogens* sont des coutumes auxquelles adhère la communauté internationale des États et à l'égard desquelles aucune dérogation n'est autorisée (*Bouzari*, par. 85-86; *van Ert*, p. 29).

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

[153] 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. I agree with these courts and tribunals that the peremptory norm prohibiting torture has not yet created an exception to state immunity from civil liability in cases of torture committed abroad.

[154] In *Germany v. Italy*, the I.C.J. considered whether Germany could benefit from state immunity in respect of its violations of international humanitarian law in Italy during the Second World War. The court observed that there was a substantial body of state practice which demonstrated that customary international law did not consider a state's entitlement to immunity as being dependent upon the gravity of the act of which it was accused or the peremptory nature of the rule which it was alleged to have violated (paras. 89-91).

[155] In *Jones v. United Kingdom*, the European Court of Human Rights reviewed judicial decisions from around the world, and concluded:

In recent years, both prior to and following the House of Lords judgment in the present case, a number of national jurisdictions have considered whether there is now a *jus cogens* exception to State immunity in civil claims against the State

However, it is not necessary for the Court to examine all of these developments in detail since the recent judgment of the International Court of Justice in *Germany v. Italy* . . . — which must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international law — clearly establishes that, by February 2012, no *jus cogens* exception to State immunity had yet crystallised. [paras. 197-98]

[156] Similarly, in *Fang v. Jiang*, [2007] N.Z.A.R. 420, the High Court of New Zealand agreed with

[153] Plusieurs cours de justice nationales et tribunaux internationaux se sont penchés sur cette question et ils ont systématiquement confirmé que la réponse est non : le droit international coutumier n'étend pas l'interdiction de la torture au point d'exiger une réparation civile pour des actes de torture commis dans un État étranger. Je reconnais avec ces cours et tribunaux que la norme impérative qui interdit la torture n'a pas encore entraîné la création d'une exception à l'immunité des États contre toute responsabilité civile à l'égard d'actes de torture commis à l'étranger.

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

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

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

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

[156] De même, dans l'arrêt *Fang c. Jiang*, [2007] N.Z.A.R. 420, la Haute Cour de Nouvelle-Zélande

the House of Lords in *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia* and held that there was no exception to state immunity claims in situations of torture.

[157] Taking the above as indicative of lack of state practice and *opinio juris*, I must conclude that Canada is not obligated by the *jus cogens* prohibition on torture to open its courts so that its citizens may seek civil redress for torture committed abroad. This is not the meaning and scope of the peremptory norm. Consequently, failing to grant such access would not be a breach of the principles of fundamental justice. However, I agree with the I.C.J. in *Germany v. Italy* that “recognizing the immunity of a foreign State in accordance with customary international law does not amount to recognizing as lawful a situation created by the breach of a *jus cogens* rule, or rendering aid and assistance in maintaining that situation” (para. 93).

[158] The David Asper Centre for Constitutional Rights (“DAC”) and the International Human Rights Program (“IHRP”) submit that s. 3(1) of the *SIA* is unconstitutional to the extent that it prevents access to an effective remedy for gross human rights violations. They argue that it is a principle of fundamental justice that “where there is a right there must be a remedy for its violation” (factum, at para. 6).

[159] While I agree that “where there is a right, there must be a remedy for its violation” is a legal maxim, I cannot accept that it necessarily constitutes a principle of fundamental justice. While 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. Remedies are by no means automatic or unlimited; there is no societal consensus that an effective remedy is always guaranteed to compensate for every rights violation.

a souscrit à l’arrêt rendu par la Chambre des lords dans l’affaire *Jones* (HL) et conclu que, dans les cas de torture, il n’existait aucune exception au principe de l’immunité des États.

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

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

[159] Je reconnais que la formule « là où il y a un droit, il y a une réparation » est une maxime juridique, mais je ne puis admettre qu’elle exprime forcément un principe de justice fondamentale. Certes, les droits seraient dénués de tout contenu s’il n’existait jamais un moyen de remédier à leur violation. Toutefois, en réalité, certains droits peuvent exister même si des obstacles de nature procédurale sont susceptibles de restreindre les réparations pour leur violation. Les réparations ne sont nullement automatiques ou illimitées; il n’existe aucun consensus au sein de la société pour admettre qu’une réparation efficace est toujours disponible pour indemniser toute violation d’un droit.

[160] Substantive rights are frequently implemented within a framework of procedural limitations. There are numerous examples of substantive rights with procedural limitations in Canada. For instance, Canadians have a right to be free from defamation or libel, but in order to sue in Canada, the plaintiff must prove that there is a real and substantial connection between the alleged tortious action and the forum (*Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666). Further, Canadians have a right to be free from assault, but in order to sue for consequential relief, they must bring their claim within a specified period of time (see, for example, the *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, ss. 4 and 10).

[161] Similarly, individuals have a right to be free from torture, but state immunity is a procedural bar which prevents an individual from bringing a civil claim against a foreign state. State immunity regulates a state's exercise of jurisdiction over another foreign state, which is a procedural matter. This regulation is distinct from the substantive law which would determine whether the alleged acts of torture were lawful (*Germany v. Italy*, at para. 93; *Fox and Webb*, at p. 21).

[162] The interveners the DAC and the IHRP have failed to establish that there is consensus that people must always have a right to an effective remedy and that this is necessary to the functioning of the legal system (factum, at paras. 17 and 20). As indicated above, there are many examples in Canadian law where remedies are subordinated to other concerns in appropriate contexts. Society does not always deem it essential that the right to a remedy “trump all other concerns in the administration of justice” (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, at para. 10).

[163] Similarly, there is no evidence of a consensus that the particular remedy requested in this instance (a civil action in domestic courts for human

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

[161] Dans le même ordre d'idées, les particuliers ont le droit de ne pas être soumis à la torture, mais l'immunité des États constitue une fin de non-recevoir procédurale qui empêche une personne d'intenter une poursuite civile contre un État étranger. L'immunité des États régleme l'exercice de la compétence d'un État sur un autre État, et il s'agit là d'une règle de nature procédurale. Cette réglementation est distincte du droit substantiel, qui déterminerait si les actes de torture allégués étaient licites (*Allemagne c. Italie*, par. 93; *Fox et Webb*, p. 21).

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

[163] De la même façon, rien ne démontre qu'il existe un consensus pour admettre que la réparation particulière que l'on demande en l'espèce —

rights violations committed abroad) is necessary to the proper functioning of the international legal system. Although my colleague Justice Abella and many interveners point to international instruments touting the importance of effective remedies, these instruments are not consistently interpreted as ensuring access to domestic courts to pursue civil actions for torture committed abroad to the detriment of all other interests. Indeed, it is clear that, in the international community, the right to a civil remedy will give way to procedural bars that are crucial to the functioning of sovereign equality such as state immunity (see, for example, *Germany v. Italy*, at paras. 82 and 84).

[164] Further, I have difficulty accepting that the maxim “where there is a right, there must be a remedy for its violation” discloses a manageable standard as required by *Malmo-Levine*. The DAC and the IHRP rely on this Court’s decisions in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, and *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, in attempting to define the term “remedy”, or more precisely “an appropriate and just remedy”. Our Court found that “an appropriate and just remedy” will (1) meaningfully vindicate the rights and freedoms of the claimants, (2) employ means that are legitimate within the framework of our constitutional democracy, (3) be a judicial remedy which vindicates the right while invoking the function and powers of the court, and (4) be fair to the party against whom the order is made (*Doucet-Boudreau*, at paras. 55-58).

[165] While these are helpful guiding principles, they are not concrete enough to guarantee a predictable result. Determining whether a remedy will truly compensate for a violation of one’s rights is an intensely personal and subjective matter. What will vindicate the violation of one person’s rights will not come close to satisfying another individual.

une action civile devant un tribunal interne pour des violations des droits de la personne commises à l’étranger — soit nécessaire au bon fonctionnement du système de justice internationale. Bien que ma collègue la juge Abella et bon nombre d’intervenants invoquent divers instruments internationaux où l’on souligne l’importance de réparations efficaces, on ne considère pas systématiquement que ces instruments garantissent un accès aux tribunaux internes pour intenter des actions civiles fondées sur des actes de torture commis à l’étranger, au détriment de tout autre intérêt. En fait, il est clair que, dans la communauté internationale, le droit à une réparation civile demeure circonscrit par les fins de non-recevoir procédurales qui sont cruciales au fonctionnement du principe de l’égalité souveraine, comme l’immunité des États (voir, p. ex., *Allemagne c. Italie*, par. 82 et 84).

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

[165] En dépit de leur utilité, ces principes directeurs ne sont pas suffisamment concrets pour garantir un résultat prévisible. Déterminer si une réparation indemniserait véritablement la violation des droits dont est victime une personne est une question éminemment personnelle et subjective. Ce qui permettra de compenser la violation des droits d’une personne sera loin de satisfaire une autre personne.

[166] Much like the notion of “the best interests of the child” discussed in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, the idea of “an appropriate and just remedy” and “meaningful vindication” to properly compensate for a rights violation

is inevitably highly contextual and subject to dispute; reasonable people may well disagree about the result that its application will yield It does not function as a principle of fundamental justice setting out our minimum requirements for the dispensation of justice.

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

[167] For these reasons, I conclude that while the application of s. 3(1) of the *SIA* in cases of torture may engage security of the person, no identifiable principle of fundamental justice has been violated. As a result, s. 3(1) of the *SIA* does not violate s. 7 of the *Charter*.

VII. Conclusion

[168] With regard to exceptions to state immunity, Professor H. H. Koh famously asked, “if contracts, why not torture?” (“Transnational Public Law Litigation” (1991), 100 *Yale L.J.* 2347, at p. 2365). The answer is simple. Parliament has decided as much.

[169] State immunity is a complex doctrine that is shaped by constantly evolving international relations. Determining the exceptions to immunity requires a thorough knowledge of diplomacy and international politics and a careful weighing of national interests. Since the introduction of the *SIA*, such a task belongs to Parliament or the government, though decisions and laws pertaining to international affairs may be subject to constitutional scrutiny under the *Charter*. In this sense, there is no *Charter* free zone and the courts may have to play a part, as they have done in the past (*Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441;

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

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

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

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

VII. Conclusion

[168] Au sujet des exceptions à l’immunité des États, le professeur H. H. Koh a posé sa célèbre question : [TRADUCTION] « si c’est valable pour le commerce, pourquoi pas pour la torture? » (« Transnational Public Law Litigation » (1991), 100 *Yale L.J.* 2347, p. 2365). La réponse à cette question est simple : parce que le législateur en a décidé ainsi.

[169] L’immunité des États constitue une doctrine complexe, façonnée par l’évolution constante des relations internationales. La détermination des exceptions à cette immunité exige une parfaite connaissance de la diplomatie et des politiques internationales ainsi qu’une délicate mise en balance des intérêts nationaux. Depuis l’adoption de la *LIÉ*, cette tâche incombe au Parlement ou au gouvernement, encore que les décisions et les lois portant sur les affaires internationales puissent faire l’objet d’un contrôle constitutionnel fondé sur la *Charte*. En ce sens, il n’existe aucune zone soustraite à l’application de la *Charte*, et les tribunaux peuvent avoir

Khadr). It is not, however, this Court's task to intervene in delicate international policy making.

[170] Parliament has the power and the capacity to decide whether Canadian courts should exercise civil jurisdiction. Parliament has the ability to change the current state of the law on exceptions to state immunity, just as it did in the case of terrorism, and allow those in situations like Mr. Hashemi and his mother's estate to seek redress in Canadian courts. Parliament has simply chosen not to do it yet.

[171] Given the above reasoning, I would dismiss the appeal without costs and answer the constitutional questions as follows:

(1) Is s. 3(1) of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, inconsistent with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44?

No.

(2) If so, is s. 3(1) of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, inoperable by reason of such inconsistency?

It is not necessary to answer this question.

(3) Does s. 3(1) of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

(4) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

un rôle à jouer, comme ils l'ont fait dans le passé (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Khadr*). Il n'appartient toutefois pas à la Cour d'intervenir dans le délicat secteur de l'élaboration des politiques internationales.

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

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

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

Non.

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

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

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

Non.

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

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

The following are the reasons delivered by

[172] ABELLA J. (dissenting) — The prohibition on torture is a peremptory norm — *jus cogens* — under international law. That means that the international community has agreed that the prohibition cannot be derogated from by any state.¹ The *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1465 U.N.T.S. 85, was adopted by the United Nations General Assembly in 1984 and came into force in 1987. It is an international human rights instrument aimed at the prevention of torture and other cruel, inhuman, and degrading treatment or punishment around the world. The *Convention Against Torture* did not create the prohibition against torture, but was premised on its uncontroversial and universal acceptance.

[173] State practice is evolving over whether torture can qualify as official state conduct. The evolution emerges from the following conundrum: how can torture be an official function for the purpose of immunity under international law when international law itself universally prohibits torture (see *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147 (H.L.) (“*Pinochet No. 3*”). It seems to me that the legal fluidity created by this question and the challenges it imposes for the integrity of international law leave this Court with a choice about whether to extend immunity to foreign officials for such acts.

[174] In light of the equivocal state of the customary international law of immunity, the long-standing international acceptance of the principle of reparation manifested in Article 14 of the *Convention Against Torture*, and almost a century of increasing international recognition that human rights violations threaten global peace and stability, I see no reason to include torture in the category

¹ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3.

Version française des motifs rendus par

[172] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La prohibition de la torture est une norme impérative — de *jus cogens* — du droit international. Ceci veut dire que la communauté internationale a convenu qu’aucun État ne peut y déroger¹. L’Assemblée générale des Nations Unies a adopté en 1984 la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 1465 R.T.N.U. 85 (« *Convention contre la torture* »), qui est entrée en vigueur en 1987. Il s’agit d’un instrument international de défense des droits de la personne qui vise à prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dans le monde entier. La *Convention contre la torture* n’a pas créé la prohibition de la torture, mais elle repose sur l’acceptation incontestée et universelle de ce principe.

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

[174] Compte tenu du caractère équivoque du droit international coutumier en matière d’immunité, du fait que la communauté internationale souscrit de longue date au principe de réparation énoncé à l’art. 14 de la *Convention contre la torture*, ainsi que de la reconnaissance grandissante à l’échelle internationale, depuis près d’un siècle, que les violations des droits de la personne menacent la paix et

¹ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3.

of official state conduct attracting individual immunity. Equivocal customary international law should not be interpreted so as to block access to a civil remedy for torture, which, at a *jus cogens* level, is unequivocally prohibited. As a result, and with great respect, I do not agree with the majority that the defendants Saeed Mortazavi and Mohammad Bakhshi are immune from the jurisdiction of Canadian courts.

Analysis

[175] The doctrine of sovereign immunity limits a state's power to submit a foreign state to the jurisdiction of its courts. This limit is "the natural legal consequence of the obligation to respect the sovereignty of other States": Antonio Cassese, *International Law* (2nd ed. 2005), at p. 98 (emphasis deleted). Like the theory of sovereignty itself, the international law of state immunity has evolved significantly over the last century. What was once considered absolute is now recognized to be nuanced and contextual.

[176] In Canada, the doctrine of state immunity historically developed and was applied by Canadian courts under the common law and in accordance with customary practice. The formerly complete procedural bar once imposed by the doctrine has become increasingly restricted. As LeBel J. recognized in *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269,

[o]ver the years, the general principle of sovereign immunity has been attenuated somewhat, and certain exceptions to the general rule have emerged. Some authors have interpreted the emergence of exceptions to sovereign immunity as evidence of a new, restrictive immunity. [para. 15]

[177] Before 1982, Canadian courts had generally adhered to a theory of absolute state immunity, but in some cases adopted an increasingly restricted

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

Analyse

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

[176] Au Canada, le principe de l'immunité des États a historiquement été élaboré et appliqué par les tribunaux canadiens sous le régime de la common law et en conformité avec les pratiques coutumières. L'irrecevabilité autrefois complète qu'imposait ce principe est devenue de plus en plus restreinte. Comme l'a reconnu le juge LeBel dans l'arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269 :

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

[177] Avant 1982, les tribunaux canadiens adhéraient en général à un principe d'immunité absolue des États, mais, dans certaines affaires, ils ont

form of immunity determined by the subject matter of the state conduct in question. In light of the diverging practices in domestic courts at the time, Parliament enacted the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, whose purpose was to bring clarity by codifying the common law on the immunity of foreign states.

[178] The *State Immunity Act* sets out the following general rule for the immunity of a foreign state in Canadian courts:

3. (1) Except as provided by this Act, a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada.

[179] By its own terms, then, the theory of state immunity codified by the *State Immunity Act* through s. 3(1) is restricted through several internal statutory limitations. The immunity of a foreign state may be limited, for instance, by waiver (s. 4); in proceedings relating to the commercial activity of the foreign state (s. 5); in proceedings relating to death, personal injury or property damage that occurs in Canada (s. 6); in certain maritime proceedings (s. 7); and in respect of certain property located in Canada (s. 8).

[180] In 2012, Parliament amended the *State Immunity Act* to limit the immunity of a foreign state in proceedings against it in connection with its support for terrorism (s. 6.1).

[181] The doctrine of sovereign immunity is not entirely codified under the *State Immunity Act*. Section 18 specifies that the Act “does not apply to criminal proceedings or proceedings in the nature of criminal proceedings”. Accordingly, the *State Immunity Act* only addresses the circumstances in which Canadian courts are procedurally barred from taking jurisdiction over a foreign state in proceedings outside the criminal context.

adopté une forme d’immunité de plus en plus restreinte, déterminée par l’objet de la conduite étatique en question. À la lumière des différences de pratique entre les tribunaux canadiens de l’époque, le Parlement a adopté la *Loi sur l’immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, en vue d’apporter une certaine clarté en codifiant les règles de common law en matière d’immunité des États étrangers.

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

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

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

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

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

[182] While s. 3(1) of the *State Immunity Act* outlines the immunity of a “foreign state”, s. 2 defines it as follows:

“foreign state” includes

(a) any sovereign or other head of the foreign state or of any political subdivision of the foreign state while acting as such in a public capacity,

(b) any government of the foreign state or of any political subdivision of the foreign state, including any of its departments, and any agency of the foreign state, and

(c) any political subdivision of the foreign state;

[183] “Agency of a foreign state” and “political subdivision” are defined as follows:

“agency of a foreign state” means any legal entity that is an organ of the foreign state but that is separate from the foreign state;

“political subdivision” means a province, state or other like political subdivision of a foreign state that is a federal state.

[184] The only individuals expressly included in the definition of a “foreign state” are “any sovereign or other head of the foreign state . . . while acting as such in a public capacity”. There is no reference to public officials apart from heads of state. As the General Counsel for the Constitutional and International Law Section of the Department of Justice said in speaking to the Standing Committee on Justice and Legal Affairs: “. . . this proposed act deals with states, not with individuals” (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, No. 60, 1st Sess., 32nd Parl., February 4, 1982, at p. 32).

[185] The Ontario Court of Appeal was of the view in *Jaffe v. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745, that the silence in the *State Immunity Act* on the immunity of lower-level individual officials who work for and on behalf of the state means that the common law determines when immunity applies to lower level officials:

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

« État étranger » Sont assimilés à un État étranger :

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

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

c) les subdivisions politiques de cet État.

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

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

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

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

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

The fact that the Act is silent on its application to employees of the foreign state can only mean that Parliament is content to have the determination of which employees are entitled to immunity determined at common law. It will be a matter of fact for the court to decide in each case whether any given person performing a particular function is a functionary of the foreign state.

... *There is nothing in the State Immunity Act which derogates from the common law principle that, when acting in pursuit of their duties, officials or employees of foreign states enjoy the benefits of sovereign immunity.* [Emphasis added; pp. 759-60.]

[186] At the very least, the silence creates an ambiguity as to whether the *State Immunity Act* applies to lower-level officials. Resolving that ambiguity is assisted by reference to customary international law (Jutta Brunnée and Stephen J. Toope, “A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts” (2002), 40 *Can. Y.B. Int’l L.* 3, at pp. 50-51). Under customary international law, there is a distinction between the blanket immunity *ratione personae* of high-ranking individuals such as the head of state, and the immunity *ratione materiae* for former heads of state and lower-ranking officials which applies only in respect of official acts performed for or on behalf of the state. These doctrines recognize the unique role and responsibility of heads of state. Immunity *ratione personae* shields individuals in the state’s highest positions of authority and, in so doing, preserves their ability to carry out the governance of the state. Immunity *ratione materiae*, on the other hand, confers immunity on foreign officials for acts performed while in office only if they are official acts performed on behalf of the state (John H. Currie, Craig Forcese, Joanna Harrington and Valerie Oosterveld, *International Law: Doctrine, Practice, and Theory* (2nd ed. 2014), at pp. 554-55).

[187] For a practice to become custom, its observance must be seen by states to be obligatory (Currie, Forcese, Harrington and Oosterveld, at p. 116, citing James L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*

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

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

[186] Le moins que l’on puisse dire, c’est que ce silence crée une ambiguïté quant à la question de savoir si la *Loi sur l’immunité des États* s’applique aux agents de rang inférieur, et pour la dissiper il est utile de se référer au droit international coutumier (Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002), 40 *Can. Y.B. Int’l L.* 3, p. 50-51). Or, il existe dans ce droit une distinction entre l’immunité générale *ratione personae*, dont bénéficient les personnes d’un rang supérieur comme les chefs d’État, et l’immunité *ratione materiae*, qui s’applique aux anciens chefs d’État et aux agents de rang inférieur et qui ne vaut que pour les actes officiels accomplis pour l’État ou en son nom. Ces principes reconnaissent le rôle et la responsabilité uniques des chefs d’État. L’immunité *ratione personae* protège les personnes qui occupent au sein de l’État les postes de pouvoir les plus élevés et, ce faisant, préserve leur capacité d’assurer la gouvernance de l’État. En revanche, l’immunité *ratione materiae* confère l’immunité aux agents étrangers pour les actes qu’ils accomplissent dans le cadre de leurs fonctions, mais uniquement s’il s’agit d’actes officiels accomplis pour le compte de l’État (John H. Currie, Craig Forcese, Joanna Harrington et Valerie Oosterveld, *International Law : Doctrine, Practice, and Theory* (2^e éd. 2014), p. 554-555).

[187] Pour qu’une pratique devienne une coutume, il faut que les États jugent impératif de l’observer (Currie, Forcese, Harrington et Oosterveld, p. 116, citant James L. Brierly, *The Law of Nations : An Introduction to the International Law of Peace*

(6th ed. 1963), at pp. 59-60). In my view, in determining whether the claims in this case are barred by immunity, we should consider what the international community has said about individual redress for gross violations of peremptory norms.

[188] Under international law generally, the protection for and treatment of individuals as legal subjects has evolved dramatically. And with that evolving protection has come the recognition of a victim's right to redress for a violation of fundamental human rights. The claims for civil damages brought by Zahra Kazemi's estate and her son Stephan Hashemi are founded on Canada's and Iran's obligations under international human rights law and the *jus cogens* prohibition against torture. These claims must be situated in the context of the significant development of the principle of reparation under public international law throughout the twentieth century. At its most fundamental, the principle of reparation means that when the legal rights of an individual are violated, the wrongdoer owes redress to the victim for harm suffered. The aim of the principle of reparation is restorative.

[189] This principle is foundational in domestic legal systems. One of the justifications advanced for tort law, for example, is the "obligation of reparation", which Professor Stephen R. Perry describes as the theory of corrective justice ("The Moral Foundations of Tort Law" (1992), 77 *Iowa L. Rev.* 449, at pp. 450-51, citing Neil MacCormick, *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, chapter 11, "The Obligation of Reparation" (1982)). Professor Ernest Weinrib writes that "corrective justice is the justificatory structure that renders tort law intelligible from within" ("The Special Morality of Tort Law" (1989), 34 *McGill L.J.* 403, at p. 413). The principle of reparation is of course not unique to tort law and underlies many legal processes.

(6^e éd. 1963), p. 59-60). À mon avis, pour déterminer si, en l'espèce, les demandes sont irrecevables en raison du principe de l'immunité, il faut examiner ce qu'a affirmé la communauté internationale sur les recours individuels pour violations flagrantes de normes impératives.

[188] De façon générale, en droit international, le régime de protection et de traitement des personnes en tant que sujets de droit a radicalement évolué. Cette protection en évolution s'est en outre accompagnée de la reconnaissance du droit des victimes à une réparation en cas de violation de droits fondamentaux de la personne. Les poursuites en dommages-intérêts que la succession de feu Zahra Kazemi et son fils Stephan Hashemi ont engagées au civil reposent sur les obligations qu'impose le droit international en matière de droits de la personne au Canada et à l'Iran et sur la prohibition de la torture fondée sur le *jus cogens*. Ces poursuites doivent être situées dans le contexte de la nette évolution du principe de réparation en droit international public depuis le début du xx^e siècle, un principe qui, dans son aspect le plus fondamental, signifie que, s'il y a violation des droits d'un individu, l'auteur de cette violation doit réparation à la victime pour le préjudice qu'elle a subi. L'objectif de ce principe est de nature réparatrice.

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

[190] The principle of reparation is also well established in public international law and has been extensively reviewed in the academic literature: see Andrea Gattini, “Reparations to Victims”, in Antonio Cassese, ed., *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (2009), at p. 487; Eva Dwertmann, *The Reparation System of the International Criminal Court: Its Implementation, Possibilities and Limitations* (2010); Riccardo Pisillo Mazzeschi, “Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview” (2003), 1 *J.I.C.J.* 339; Liesbeth Zegveld, “Victims’ Reparations Claims and International Criminal Courts: Incompatible Values?” (2010), 8 *J.I.C.J.* 79.

[191] As the Permanent Court of International Justice stated in the 1928 *Case Concerning the Factory at Chorzów* (1928), P.C.I.J. (Ser. A) No. 17:

The essential principle contained in the actual notion of an illegal act — a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals — is that *reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed*. [Emphasis added; p. 47.]

[192] The Inter-American Court of Human Rights explained it as follows in 1989:

It is a principle of international law, which jurisprudence has considered “even a general concept of law,” that every violation of an international obligation which results in harm creates a duty to make adequate reparation. Compensation, on the other hand, is the most usual way of doing so (*Factory at Chorzów*, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 21 and *Factory at Chorzów*, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 29; *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 184).

Reparation of harm brought about by the violation of an international obligation consists in full restitution (*restitutio in integrum*), which includes the restoration of the prior situation, the reparation of the consequences

[190] Le principe de la réparation est également bien établi en droit international public et il a été abondamment étudié dans les ouvrages de doctrine : voir Andrea Gattini, « Reparations to Victims », dans Antonio Cassese, dir., *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (2009), p. 487; Eva Dwertmann, *The Reparation System of the International Criminal Court : Its Implementation, Possibilities and Limitations* (2010); Riccardo Pisillo Mazzeschi, « Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights : An Overview » (2003), 1 *J.I.C.J.* 339; Liesbeth Zegveld, « Victims’ Reparations Claims and International Criminal Courts : Incompatible Values? » (2010), 8 *J.I.C.J.* 79.

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

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

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

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

La réparation du préjudice causé par la violation d’une obligation internationale consiste en une réparation intégrale (*restitutio in integrum*), ce qui comprend le rétablissement de la situation antérieure, la réparation des

of the violation, and indemnification for patrimonial and non-patrimonial damages, including emotional harm.

Indemnification for human rights violations is supported by international instruments of a universal and regional character. The Human Rights Committee, created by the International Covenant of Civil and Political Rights of the United Nations, has repeatedly called for, based on the Optional Protocol, indemnification for the violation of human rights recognized in the Covenant (see, for example, communications 4/1977; 6/1977; 11/1977; 132/1982; 138/1983; 147/1983; 161/1983; 188/1984; 194/1985; etc., Reports of the Human Rights Committee, United Nations). The European Court of Human Rights has reached the same conclusion based upon Article 50 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

(*Godínez-Cruz v. Honduras*, July 21, 1989 (Reparations and Costs), at paras. 23, 24 and 26)

[193] Historically, reparations under public international law were limited to interstate reparations for violations of the laws of nations. It has increasingly been recognized, however, that individuals too are entitled to reparation for violations of individually held rights under international law (see Dwertmann, at p. 22; Gattini; Mazzeschi).

[194] While early international criminal proceedings did little to recognize victims' rights, several international courts now recognize victims' rights to reparations against individual perpetrators of international crimes. This shift is, in part, the result of the recognition of the principle of reparation as a general principle of international law in the enabling treaties and statutes of these courts and the advocacy of victims' rights organizations and scholars since the 1960s. The movement became all the more pronounced in the aftermath of widespread atrocities in the 1990s and influenced the drafters of the *Rome Statute of the International Criminal Court*, U.N. Doc. A/CONF.183/9, July 17, 1998, to "ensure victims a greater role in proceedings before

conséquences de la violation ainsi qu'une indemnisation pour les dommages patrimoniaux et non patrimoniaux, ce qui englobe le préjudice affectif.

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

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

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

[194] Les premières poursuites criminelles en droit international ne se souciaient guère des droits des victimes, mais plusieurs tribunaux internationaux reconnaissent de nos jours les droits qu'ont les victimes à une réparation à l'encontre d'auteurs individuels de crimes internationaux. Ce changement résulte, en partie, de la reconnaissance du fait que le principe de la réparation est un principe général de droit international reconnu par les lois et les traités portant création de ces tribunaux et, aussi, des campagnes de promotion menées par des juristes et des organismes de défense des droits des victimes depuis les années 1960. Le mouvement a pris encore plus d'ampleur dans le sillage des atrocités commises à grande échelle dans les années 1990 et il a

the ICC than before any other international tribunal” (Charles P. Trumbull IV, “The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings” (2008), 29 *Mich. J. Int’l L.* 777, at p. 780). Incorporating victims’ rights into international criminal proceedings is now viewed by many as a significant mechanism of transitional justice and a means of advancing reconciliation.

[195] The right of individuals to reparation is most evidently established under international human rights law. Reparations are a “secondary” right, deriving from the violation of a recognized legal right (Zegveld, at pp. 82-83). It is, as a result, not surprising that the expansion of international human rights law protecting the rights of individuals has generated corresponding rights to “remedy, both substantive and procedural, for individuals suffering injury from unlawful conduct by state authorities” (Zegveld, at p. 83).

[196] Individuals are also granted a remedial right in numerous international human rights conventions: *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Article 8; *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (entered into force March 23, 1976), Articles 2 and 9 to 14; *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 660 U.N.T.S. 195 (entered into force January 4, 1969), Article 6; *Convention Against Torture* (entered into force June 26, 1987), Article 14; *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3 (entered into force September 2, 1990), Article 39; and *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, G.A. Res. 45/158, U.N. Doc. A/Res/45/158, December 18, 1990 (in force July 1, 2003), Articles 15, 16(9), 18(6) and 83. Regional human rights treaties have also established

amené les rédacteurs du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Doc. N.U. A/CONF.183/9, 17 juillet 1998, à [TRADUCTION] « s’assurer que les victimes jouent, dans les instances introduites devant la CPI, un rôle plus important que devant n’importe quel autre tribunal international » (Charles P. Trumbull IV, « The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings » (2008), 29 *Mich. J. Int’l L.* 777, p. 780). Nombreux sont ceux qui considèrent aujourd’hui que la reconnaissance des droits des victimes dans le cadre des instances criminelles internationales constitue un important mécanisme de justice transitoire et un moyen de favoriser la réconciliation.

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

[196] Les individus se voient également reconnaître un droit à réparation par de nombreuses conventions internationales en matière de droits de la personne : la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 8; le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976), art. 2 et 9 à 14; la *Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 660 R.T.N.U. 195 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969), art. 6; la *Convention contre la torture* (entrée en vigueur le 26 juin 1987), art. 14; la *Convention relative aux droits de l’enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990), art. 39; et la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, A.G. Rés. 45/158, Doc. N.U. A/Res/45/158, 18 décembre 1990 (entrée en vigueur le

an individual right to a remedy for violations of the rights protected under the treaties (Articles 5(5) and 13 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, and Articles 10 and 25(1) of the *American Convention on Human Rights*, 1144 U.N.T.S. 123).

[197] The United Nations General Assembly has provided significant guidance on victims' rights to reparations under international law. The General Assembly first recognized victims' rights to access to justice and redress in 1985 (*Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, G.A. Res. 40/34, U.N. Doc. A/Res/40/34, November 29, 1985). And, in the 1990s, Theo van Boven and M. Cherif Bassiouni each produced U.N. reports recommending comprehensive guidelines on victims' rights.²

[198] Building on these recommendations and on the developments in the international human rights Conventions listed in the previous paragraph, in 2005, the General Assembly adopted the *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law*, G.A. Res. 60/147, U.N. Doc. A/Res/60/147, December 16, 2005. This resolution recognizes a state's obligation to provide access to justice and effective remedies, including reparations, to victims of serious or gross human rights and humanitarian law violations. It defines reparations as

1^{er} juillet 2003), art. 15, par. 16(9) et 18(6) et art. 83. Sur le plan régional, divers traités en matière de droits de la personne établissent aussi un droit de recours individuel en cas de violation des droits que protègent ces traités (par. 5(5) et art. 13 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221; et art. 10 et par. 25(1) de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 1144 R.T.N.U. 123).

[197] L'Assemblée générale des Nations Unies a publié d'importantes directives sur le droit des victimes à une réparation en droit international. Elle a tout d'abord reconnu, en 1985, le droit des victimes à l'accès à la justice et à des recours (*Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, A.G. Rés. 40/34, Doc. N.U. A/Res/40/34, 29 novembre 1985). Ensuite, dans les années 1990, Theo van Boven et M. Cherif Bassiouni ont tous deux produit un rapport de l'ONU recommandant l'élaboration de lignes directrices exhaustives sur les droits des victimes².

[198] Prenant appui sur ces recommandations ainsi que sur l'évolution, exposée au paragraphe précédent, des conventions internationales en matière de droits de la personne, l'Assemblée générale a adopté en 2005 les *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, A.G. Rés. 60/147, Doc. N.U. A/Res/60/147, 16 décembre 2005. Cette résolution reconnaît l'obligation qu'a un État d'assurer l'accès à la justice et à des recours efficaces, y compris à des mécanismes de réparation, aux

2 Commission on Human Rights, *Report of the independent expert on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms*, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1998/43, U.N. Doc. E/CN.4/1999/65, February 8, 1999; Commission on Human Rights, *Revised set of basic principles and guidelines on the right to reparation for victims of gross violations of human rights and humanitarian law prepared by Mr. Theo van Boven pursuant to Sub-Commission decision 1995/117*, U.N. Doc E/CN.4/Sub.2/1996/17, May 24, 1996.

2 Commission des droits de l'homme, *Rapport de l'expert indépendant M. Cherif Bassiouni, sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales, présenté en application de la résolution 1998/43 de la Commission des droits de l'homme*, Doc. N.U. E/CN.4/1999/65, 8 février 1999; Commission des droits de l'homme, *Ensemble révisé de principes fondamentaux et de directives concernant le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire, établi par M. Theo van Boven en application de la décision 1995/117 de la Sous-Commission*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 mai 1996.

including “restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition”³ and provides that reparations be proportional to the gravity of the violation and harm suffered. The Preamble emphasizes that the resolution does not *create* a right to reparation, but merely identifies methods for the “implementation of *existing legal obligations* under international human rights law”.

[199] As all this shows, an individual’s right to a remedy against a state for violations of his or her human rights is now a recognized principle of international law.⁴

[200] The as yet unsettled question remains, however, whether state immunity denies victims of torture access to a civil remedy. Jurisprudentially, like Polaroid photographs, the picture is becoming clearer, but it still lacks focus.

[201] In the context of civil proceedings, American courts have concluded that acts in violation of *jus cogens* cannot constitute official sovereign acts. In *Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012) (appeal pending) (“*Samantar I*”), the Court of Appeal for the Fourth Circuit considered whether Mohamed Ali Samantar, a former high-level government official from Somalia who was a resident in the United States, could benefit from immunity for alleged acts of torture, arbitrary detention and extrajudicial killing committed in Somalia. Traxler C.J. concluded that under international law, “officials from other countries are not entitled to foreign official immunity for *jus cogens* violations, even if the acts were performed in the defendant’s official capacity” (p. 777). Because *jus cogens* violations are not legitimate state acts, the performance of such an act

victimes de violations graves ou flagrantes du droit relatif aux droits de l’homme et du droit humanitaire. Elle précise par ailleurs que les réparations peuvent revêtir les formes suivantes : « restitution, indemnisation, réadaptation, satisfaction et garanties de non-répétition³ » et que les réparations doivent être proportionnelles à la gravité de la violation et du préjudice subi. Son préambule souligne que la résolution ne *crée* pas de droit à une réparation, mais évoque simplement des méthodes pour « l’exécution d’*obligations juridiques qui existent déjà* en vertu du droit international relatif aux droits de l’homme ».

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

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

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

³ *Basic principles and guidelines*, at para. 18.

⁴ For a detailed review of the evolution of victims’ rights under international law, see M. Cherif Bassiouni, “International Recognition of Victims’ Rights” (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 203.

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

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

does not qualify as an “official act” justifying immunity *ratione materiae*.

[202] This conclusion was further supported by Congress’s enactment of the *Torture Victim Protection Act of 1991*, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73, 28 U.S.C. § 1350 (“*TVPA*”) which created an express private right of action for individuals victimized by torture. Although no similar legislation exists in Canada, Congress’s enactment of the *TVPA* serves as further evidence of state practice confirming that *jus cogens* violations are not official acts which are entitled to immunity *ratione materiae*. The Senate Report about the *TVPA* explained that “because no state officially condones torture or extrajudicial killings, few such acts, if any, would fall under the rubric of ‘official actions’ taken in the course of an official’s duties” (No. 249, 102nd Cong., 1st Sess. (1991), at p. 6).

[203] At the International Court of Justice (“I.C.J.”), in *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p.3, Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal referred to the growing acceptance in the academic literature, state practice and international jurisprudence that *jus cogens* violations do not constitute “official acts” for the purpose of immunity *ratione materiae*:

It is now increasingly claimed in the literature (see for example, Andrea Bianchi, “Denying State Immunity to Violators of Human Rights”, 46 *Austrian Journal of Public and International Law* (1994), pp. 227-228) that serious international crimes cannot be regarded as official acts because they are neither normal State functions nor functions that a State alone (in contrast to an individual) can perform (Goff, J. (as he then was) and Lord Wilberforce articulated this test in the case of *1^o Congreso del Partido* (1978) QB 500 at 528 and (1983) AC

en question » (p. 777). Comme les violations du *jus cogens* ne sont pas des actes étatiques légitimes, leur exécution n’en fait pas des « actes officiels » justifiant l’immunité *ratione materiae*.

[202] Cette conclusion est par ailleurs étayée par l’adoption, par le Congrès des États-Unis, de la *Torture Victim Protection Act of 1991*, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73, 28 U.S.C. § 1350 (« *TVPA* »), qui crée un droit d’action privé et explicite pour les individus victimes de torture. Même s’il n’existe aucun texte de loi semblable au Canada, le fait que le Congrès ait adopté la *TVPA* est une preuve de plus de l’existence d’une pratique étatique qui confirme que les violations du *jus cogens* ne sont pas considérées comme des actes officiels donnant droit à l’immunité *ratione materiae*. Le rapport que le Sénat a publié sur la *TVPA* explique que [TRADUCTION] « comme aucun État ne tolère officiellement la torture ou les exécutions sommaires, rares sont les actes de cette nature, s’il y en a, qui se situeraient dans la catégorie des “actes officiels” exécutés dans le cadre des fonctions d’un agent de l’État » (n^o 249, 102nd Cong., 1st Sess. (1991), p. 6).

[203] À la Cour internationale de justice (« C.I.J. »), dans le *Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont fait allusion à l’acceptation grandissante, tant dans les ouvrages de doctrine que dans les pratiques étatiques et la jurisprudence internationale, du fait que les violations du *jus cogens* ne constituent pas des « actes officiels » pour l’application du principe de l’immunité *ratione materiae* :

On affirme maintenant de plus en plus en doctrine (voir, par exemple, Andrea Bianchi, « Denying State Immunity to Violators of Human Rights », *Austrian Journal of Public and International Law* (1994), vol. 46, p. 227-228) que les crimes internationaux graves ne peuvent être considérés comme des actes officiels parce qu’ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu’un État seul (par opposition à un individu) peut exercer. (Goff, J. (comme il se nommait alors) et lord Wilberforce ont explicité ce critère dans l’affaire

244 at 268, respectively). This view is underscored by the increasing realization that State-related motives are not the proper test for determining what constitutes public State acts. The same view is gradually also finding expression in State practice, as evidenced in judicial decisions and opinions. (For an early example, see the judgment of the Israel Supreme Court in the *Eichmann* case; Supreme Court, 29 May 1962, 36 *International Law Reports*, p. 312.) See also the speeches of Lords Hutton and Phillips of Worth Matravers in *R. v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others*, ex parte *Pinochet* (“*Pinochet III*”); and of Lords Steyn and Nicholls of Birkenhead in “*Pinochet I*”, as well as the judgment of the Court of Appeal of Amsterdam in the *Bouterse* case (Gerechtshof Amsterdam, 20 November 2000, para. 4.2.) [para. 85]

[204] More recently, however, the I.C.J. in *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*,⁵ in addressing the scope of state immunity under customary international law with respect to *jus cogens* violations, concluded that its availability was not dependent on the gravity of the unlawful act which the state is alleged to have committed. Significantly, however, it made clear that it was only considering immunity for acts committed by the state, specifically emphasizing that it was not considering the availability of immunity for individual state officials:

[T]he Court must emphasize that it is addressing only the immunity of the State itself from the jurisdiction of the courts of other States; the question of whether, and if so to what extent, immunity might apply in criminal proceedings against an official of the State is not in issue in the present case. [para. 91]

[205] The availability of state immunity for *jus cogens* violations rests on the underlying rationale that such immunity is necessary to allow the government to continue functioning in its own territory. By declining to extend the reach of its conclusion to individual foreign officials, the I.C.J. implicitly acknowledged that immunity *ratione materiae*

du 1^o *Congreso del Partido* (1978) QB 500, p. 528, et (1983) AC 244, p. 268, respectivement.) Cette opinion est mise en évidence par la prise de conscience accrue du fait que les mobiles liés à l'État ne constituent pas le critère approprié pour déterminer ce qui constitue des actes publics de l'État. La même opinion trouve en outre progressivement son expression dans la pratique des États, comme l'attestent des décisions et avis judiciaires. (Pour un exemple déjà ancien, voir l'arrêt de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann*; Cour suprême, 29 mai 1962, *International Law Reports*, vol. 36, p. 312.) Voir aussi les discours de lord Hutton et lord Phillips of Worth Matravers dans l'affaire *R. v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others*, ex parte *Pinochet* (« *Pinochet III* »); et de lord Steyn et lord Nicholls of Birkenhead dans l'affaire « *Pinochet I* » ainsi que le jugement de la Cour d'appel d'Amsterdam dans l'affaire *Bouterse* (Gerechtshof Amsterdam, 20 novembre 2000, par. 4.2.) [par. 85]

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

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

[205] Dans le cas d'une violation du *jus cogens*, le droit à l'immunité de juridiction de l'État existe parce qu'elle est nécessaire pour permettre au gouvernement de continuer à fonctionner sur son propre territoire. En refusant d'étendre la portée de sa conclusion à des représentants étrangers particuliers, la C.I.J. a implicitement reconnu que, dans les

⁵ Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

⁵ Arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99.

in civil proceedings can be developed on a different trajectory than state immunity (Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (3rd ed. 2013), at p. 569).

[206] The evolutionary nature of the law of immunity for torture was recognized most recently in *Jones v. United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014. Four individuals had started civil proceedings in the United Kingdom against the Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and against individual state officials, acting as agents of Saudi Arabia, for alleged incidents of torture.

[207] The European Court of Human Rights extensively reviewed the international jurisprudence, noting that state practice on the question of immunity *ratione materiae* for incidents of torture was “in a state of flux” (para. 30). It recognized the existence of “some emerging support in favour of a special rule or exception in public international law in cases concerning civil claims for torture lodged against foreign State officials” because torture was not lawfully within the scope of official authority (para. 213; see, e.g., *Samantar II* as well as *Xuncax v. Gramajo*, 886 F.Supp. 162 (D. Mass. 1995), and *Cabiri v. Assasie-Gyimah*, 921 F.Supp. 1189 (S.D.N.Y. 1996)). Nevertheless, it was of the view that there was not yet sufficient international support for denying immunity to individual defendants against a *civil* claim based on torture.

[208] This decision, however, does not foreclose the possibility that torture is beyond the protection of immunity *ratione materiae*. What it manifestly *does* support is the recognition that, at present, state practice is evolving. The evolution, in my view, reveals a palpable, albeit slow trend in the international jurisprudence to recognize that torture, as a violation of a peremptory norm, does not constitute officially sanctioned state conduct for the purposes of immunity *ratione materiae*.

instances de nature civile, l’immunité *ratione materiae* peut suivre une trajectoire différente de celle de l’immunité des États (Hazel Fox et Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (3^e éd. 2013), p. 569).

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

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

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

[209] I have some difficulty, therefore, understanding why the treatment of immunity for civil claims should be different from that for criminal proceedings. As Judge Kalaydjieva said in her dissenting opinion in *Jones v. United Kingdom*:

Like Lord Justice Mance [at the Court of Appeal] I find it difficult to “accept that general differences between criminal and civil law justif[y] a distinction in the application of immunity in the two contexts”, especially in view of developments in this field, not least following the findings of the House of Lords in the case of *Pinochet* (*No. 3*) that there would be “no immunity from criminal prosecution in respect of an individual officer who had committed torture abroad in an official context.” I also find it “not easy to see why civil proceedings against an alleged torturer could be said to involve a greater interference in the internal affairs of a foreign State than criminal proceedings against the same person” and also “incongruous that if an alleged torturer was within the jurisdiction of the forum State, he would be prosecuted pursuant to Article 5(2) of the Convention against Torture and no immunity could be claimed, but the victim of the alleged torture would be unable to pursue any civil claim”. [pp. 62-63]

[210] This is only reinforced by the fact that many jurisdictions permit civil recovery against perpetrators in the context of criminal proceedings. As Ben Batros and Philippa Webb write, “the criminal courts of many states, including Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Luxembourg and The Netherlands, combine civil and criminal proceedings, allowing victims to be represented, and to recover damages, in the criminal proceeding itself”: “Accountability for Torture Abroad and the Limits of the Act of State Doctrine: Comments on *Habib v. Commonwealth of Australia*” (2010), 8 *J.I.C.J.* 1153, at p. 1169.

[211] Accordingly, while it can be said that customary international law permits states to recognize

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

[TRADUCTION] À l’instar du lord juge Mance [de la Cour d’appel] j’ai du mal à « admettre que les différences générales qui existent entre le droit criminel et le droit civil justifient que l’on fasse une distinction dans l’application de l’immunité dans les deux contextes », compte tenu surtout de l’évolution que connaît ce domaine, surtout à la suite des conclusions tirées par la Chambre des lords dans l’affaire *Pinochet* (*n° 3*), à savoir qu’il n’y aurait « aucune immunité contre une poursuite criminelle visant un agent particulier qui a commis des actes de torture à l’étranger dans un contexte officiel ». J’estime également qu’il « n’est pas facile de voir pourquoi une instance civile engagée contre l’auteur présumé d’actes de torture représenterait une ingérence dans les affaires internes d’un État étranger supérieure à celle qu’impliquerait une action criminelle engagée contre le même individu »; il est également « incongru que si l’auteur présumé d’actes de torture relevait de la compétence de l’État du for, il serait poursuivi en vertu du par. 5(2) de la *Convention contre la torture* et qu’aucune immunité ne pourrait être revendiquée, alors que la victime des prétendus actes de torture ne serait pas en mesure d’intenter une action civile ». [p. 62-63]

[210] Ces propos sont par ailleurs renforcés par le fait que de nombreux pays permettent d’obtenir une réparation civile à l’encontre d’auteurs d’actes illicites dans le cadre d’une action criminelle. Comme l’ont écrit Ben Batros et Philippa Webb, [TRADUCTION] « dans bien des États, dont l’Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, l’Allemagne, la Grèce, l’Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas, les tribunaux criminels joignent des actions civiles et criminelles, ce qui permet aux victimes d’être représentées et d’obtenir des dommages-intérêts, dans le cadre de l’action criminelle elle-même » : « Accountability for Torture Abroad and the Limits of the Act of State Doctrine : Comments on *Habib c. Commonwealth of Australia* » (2010), 8 *J.I.C.J.* 1153, p. 1169.

[211] En conséquence, bien que l’on puisse dire qu’il permet aux États de conférer l’immunité aux

immunity for foreign officials, as evidenced in *Jones v. United Kingdom*, it also does not preclude a state from denying immunity for acts of torture, as exemplified in *Pinochet No. 3* and *Samantar II*.

[212] In my view, this conclusion is reinforced by the steps the international community has taken towards ensuring individual accountability for the commission of torture under the *Convention Against Torture*.

[213] The purpose of the *Convention Against Torture* is consistent with a broad obligation to protect victims' rights to remedies for torture regardless of where it occurred. The *Convention* established a shared commitment to "make more effective the struggle against torture . . . throughout the world", as the Preamble states. In *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, the I.C.J. described the purpose of the *Convention's* obligations as *erga omnes partes*, that is, all state parties have an interest in complying with them:

As stated in its Preamble, the object and purpose of the *Convention* is "to make more effective the struggle against torture . . . throughout the world". The States parties to the *Convention* have a common interest to ensure, in view of their shared values, that acts of torture are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. . . . All the States parties "have a legal interest" in the protection of the rights involved (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 32, para. 33). These obligations may be defined as "obligations *erga omnes partes*" in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case. [para. 68]

[214] Of particular relevance, Article 14 of the *Convention Against Torture* states:

1. Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has

représentants étrangers, comme en témoigne l'arrêt *Jones c. United Kingdom*, le droit international coutumier n'empêche pas un État de refuser l'immunité pour des actes de torture, comme l'illustrent les affaires *Pinochet n° 3* et *Samantar II*.

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

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

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

[214] Élément particulièrement pertinent, l'art. 14 de la *Convention contre la torture* dispose :

1. Tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir

an enforceable right to fair and adequate compensation, including the means for as full rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an act of torture, his dependants shall be entitled to compensation.

2. Nothing in this article shall affect any right of the victim or other persons to compensation which may exist under national law.

[215] On a plain reading, Article 14 imposes an obligation on state parties to ensure that all victims of torture from their countries can obtain “redress and ha[ve] an enforceable right to fair and adequate compensation”. The text provides no indication that the “act of torture” must occur within the territory of the state party for the obligation to be engaged. If a state undertakes to ensure access to a remedy for torture committed abroad, this necessarily implicates the question of the immunity of the perpetrators of that torture.

[216] The absence of any territorial dimension to the provision is significant. When the parties to the *Convention Against Torture* wished to limit their obligations to their respective territorial jurisdictions, they did so expressly. The obligations imposed by Articles 2(1), 5(1)(a), 5(2), 11, 12, 13 and 16 of the *Convention*, for example, are limited or modified by the words “*in any territory under its jurisdiction*” (Harold Hongju Koh, “Memorandum Opinion on the Geographic Scope of the Convention Against Torture and Its Application in Situations of Armed Conflict”, U.S. Department of State, January 21, 2013, at pp. 16-20).

[217] The drafting history of Article 14 further suggests that the absence of territorial limits in it are revealing. While the Netherlands had proposed to include the words “committed in any territory under its jurisdiction”, this phrase was deleted from the text without any indication from either the *travaux préparatoires* or the commentary as to why: Manfred Nowak and Elizabeth McArthur, with the contribution of Kerstin Buchinger et al., *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary* (2008), at para. 15.

réparation et d’être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultant d’un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation.

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

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

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

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

[218] This has led some to suggest that the omission of the territorial limits was a mistake or an oversight: see Andrew Byrnes, “Civil Remedies for Torture Committed Abroad: An Obligation under the Convention against Torture?”, in Craig M. Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 537, at pp. 546 and 548. But even accepting that the omission of any territorial limit to Article 14 was an error, there are international procedures which set out how such a mistake could have been rectified. Article 40 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, governs the circumstances in which an amendment to a multilateral treaty can be made, and Article 79 sets out the appropriate procedures to be followed for the correction of an error in the text of a treaty. To date, no amendment or correction has been made to Article 14.

[219] Further confusion has arisen because of the declaration by the United States upon the ratification of the *Convention Against Torture* in October 1994, stating that its consent was conditional on the following “understanding”:

(3) That it is the understanding of the United States that article 14 requires a State Party to provide a private right of action for damages only for acts of torture committed in territory under the jurisdiction of that State Party.

(United Nations Treaty Collection, Status of *Convention Against Torture* (online), at p. 7)

[220] The House of Lords said in *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270, that “[n]o one has ever objected to that statement of understanding by the United States” (para. 57). But Germany had indicated in 1996 that the United States’ “understanding” was a non-binding declaration:

On 26 February 1996, the Government of Germany notified the Secretary-General that with respect to the

[218] Cela a amené certains à laisser entendre que l’omission des limites territoriales était une erreur ou un oubli : voir Andrew Byrnes, « Civil Remedies for Torture Committed Abroad : An Obligation under the Convention against Torture? », dans Craig M. Scott, dir., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 537, p. 546 et 548. Mais même en admettant que l’omission de toute limite territoriale à l’art. 14 a été une erreur, il existe des procédures internationales qui énoncent de quelle façon on aurait pu corriger pareille erreur. En effet, l’art. 40 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, régit les circonstances dans lesquelles il est possible d’apporter une modification à un traité multilatéral, et l’art. 79 décrit la marche à suivre à cet égard. À ce jour, aucune modification ou correction n’a été apportée à l’art. 14.

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

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

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

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

Le 26 février 1996, le Gouvernement allemand a notifié au Secrétaire général qu’en ce qui concerne [. . .]

. . . understandings under II (2) and (3) made by the United States of America upon ratification “*it is the understanding of the Government of the Federal Republic of Germany that [these understandings] do not touch upon the obligations of the United States of America as State Party to the Convention.*” [Emphasis added.]

(United Nations Treaty Collection, Status of *Convention Against Torture* (online), at fn. 26.)

[221] State parties to a treaty are not *presumed* to agree with a declared interpretation merely because they have not expressed an objection (International Law Commission’s *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, submitted to the U.N. General Assembly in 2011, U.N. Doc. A/66/10/Add.1, at paras. 2.9.8 and 2.9.9). At best, therefore, the impact of the United States’ “understanding” is inconclusive.

[222] Subsequent state practice and the views of the Committee against Torture further confirm that Article 14 does not embody a “mistake”, or that it is merely understood to be territorially limited. In any event, the United States’ position has shifted since the ratification of the *Convention Against Torture*, as evidenced by the enactment in 1991 of the *TVPA*, which provides a cause of action in s. 2(a) for the recovery of damages from “[a]n individual who, under actual or apparent authority, or color of law, of any foreign nation” subjects an individual to torture or extrajudicial killing. This led François Larocque to write that

whatever weight the US executive “understanding” of Article 14 might have had upon ratification of the CAT in 1990, it was almost certainly superseded by the statements of both houses of Congress when they enacted the *TVPA*. In their 1991 reports accompanying the *TVPA* bill, both the House of Representatives and the Senate explicitly noted that the *TVPA* was primarily intended to implement the Article 14 obligation to provide civil jurisdiction over torture. . . . [I]n its report, the Senate Committee on the Judiciary stated that “this legislation will carry out the intent of the CAT This legislation will do precisely that — by making sure that torturers and death squads

les interprétations énoncées au paragraphe II (2) et (3) faites par les États-Unis d’Amérique lors de la ratification “*le Gouvernement fédéral considère que ces réserves et interprétations ne modifient en rien les obligations des États-Unis d’Amérique en tant qu’État partie à la Convention.*” [Je souligne.]

(Collection des Traités des Nations Unies, État de la *Convention contre la torture* (en ligne), note 18.)

[221] L’approbation d’une déclaration interprétative ne peut être *présumée* du seul fait qu’un État partie à un traité ne s’y est pas opposé (*Guide de la pratique sur les réserves aux traités* de la Commission du droit international, texte soumis à l’Assemblée générale de l’ONU en 2011, Doc. N.U. A/66/10/Add.1, par. 2.9.8 et 2.9.9). Aux mieux, par conséquent, l’effet de la « déclaration interprétative » des États-Unis n’est pas concluant.

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

[TRADUCTION] [I]ndépendamment du poids qu’elle a pu avoir sur la ratification de la CCT en 1990, la « déclaration interprétative » des États-Unis au sujet de l’art. 14 de cet instrument a été presque à coup sûr supplantée par les déclarations des deux chambres du Congrès au moment de l’adoption de la *TVPA*. Dans leurs rapports de 1991 accompagnant le projet de *TVPA*, tant la Chambre des représentants que le Sénat ont explicitement signalé que la *TVPA* visait principalement à mettre en œuvre l’obligation, prévue à l’art. 14, de prévoir une action civile relativement aux actes de torture. [. . .] [D]ans son rapport, le Senate Committee on the Judiciary

will no longer have a safe haven in the United States.” [Emphasis added.]

(*Civil Actions for Uncivilized Acts: The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings* (2010), at pp. 262-63)

[223] The views of state parties to the *Convention Against Torture* confirm Larocque’s observation. The governments of Australia, the Swiss Confederation and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland submitted their views on Article 14 in an *amicus* brief to the Supreme Court of the United States in the case *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), by expressing that the *TVPA* “was passed by Congress to implement, in part, the Convention Against Torture and Other Cruel, [Inhuman] or Degrading Treatment or Punishment, which had been ratified by the United States” (p. 21).

[224] The opinion of the *Convention Against Torture’s* Committee against Torture is also instructive. The Committee consists of “ten experts of high moral standing and recognized competence in the field of human rights, who shall serve in their personal capacity” (Article 17). All state parties to the *Convention* are required under Article 19(1) to report to the Committee “on the measures they have taken to give effect to their undertakings under this Convention”, and the Committee is mandated under Article 19(3) to “make such general comments on the report as it may consider appropriate and shall forward these to the State Party concerned”. I agree with the intervenor the Canadian Bar Association that the Committee’s expertise lends support to the weight of its interpretation (see Michael O’Flaherty, “The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies” (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 27; International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, *Interim report on the impact of the work of the*

a déclaré : « . . . cette loi assurera la mise en œuvre de l’intention de la CCT [. . .] C’est exactement ce que fera cette loi — en veillant à ce que les tortionnaires et les membres des escadrons de la mort ne puissent plus trouver refuge aux États-Unis. » [Je souligne.]

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

[223] Les opinions des États parties à la *Convention contre la torture* confirment les observations du professeur Larocque. Les gouvernements de l’Australie, de la Confédération helvétique et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord ont fait part de leur opinion sur l’art. 14 dans un mémoire présenté à la Cour suprême des États-Unis dans le cadre de l’affaire *Sosa c. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), où, ont-ils fait valoir, la *TPVA* [TRADUCTION] « avait été adoptée par le Congrès pour mettre en œuvre, en partie, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, que les États-Unis ont ratifiée » (p. 21).

[224] L’opinion du Comité contre la torture qui a été créé par la *Convention* est elle aussi instructive. Ce Comité est formé de « dix experts de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine des droits de l’homme, qui siègent à titre personnel » (art. 17). Tous les États parties à la *Convention* sont tenus, en application du par. 19(1), de rendre compte au Comité des « mesures qu’ils ont prises pour donner effet à leurs engagements en vertu de la présente Convention », et le Comité est chargé, aux termes du par. 19(3), de « faire les commentaires d’ordre général sur le rapport qu’il estime appropriés et [transmettre] lesdits commentaires à l’État partie intéressé ». Je conviens avec l’intervenante, l’Association du Barreau canadien, que l’expertise des membres du Comité donnent du poids à l’interprétation qu’il préconise (voir Michael O’Flaherty, « The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies » (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 27; International Law Association, Committee on

United Nations human rights treaty bodies on national courts and tribunals (2002) (online).

[225] Notably, the *Report of the Committee against Torture* commended the United States in 2000 for the “broad legal recourse to compensation for victims of torture, whether or not such torture occurred in the United States of America” (U.N. Doc. G.A. A/55/44 (2000), at para. 178).

[226] In 2005, on the other hand, the Committee expressed concern about the absence of effective measures in Canada to provide civil compensation to victims of torture “in all cases” (United Nations, Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention*, U.N. Doc. CAT/C/CR/34/CAN, July 7, 2005, at para. 4(g)). These concerns were expressed shortly after the Ontario Court of Appeal, in *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, concluded that the *State Immunity Act* precludes access to a civil remedy for acts committed by foreign states, notwithstanding Article 14 of the *Convention Against Torture* (see Jennifer Besner and Amir Attaran, “Civil liability in Canada’s courts for torture committed abroad: The unsatisfactory interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can)” (2008), 16 *Tort L. Rev.* 150, at p. 160). In 2012, the Committee reiterated its concern about Canada’s failure to fully implement Article 14:

The Committee remains concerned at the lack of effective measures to provide redress, including compensation, through civil jurisdiction to all victims of torture, *mainly due to the restrictions under provisions of the State Immunity Act* (art. 14).

The State party should ensure that all victims of torture are able to access remedy and obtain redress, wherever acts of torture occurred and regardless of the nationality of the perpetrator . . . [Emphasis added.]

(*Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention*, U.N. Doc. CAT/C/CAN/CO/6, June 25, 2012, at para. 15)

International Human Rights Law and Practice, *Interim report on the impact of the work of the United Nations human rights treaty bodies on national courts and tribunals* (2002) (en ligne).

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

[226] En 2005, par contre, le Comité a fait part de son inquiétude à propos de l’absence au Canada de mesures d’indemnisation des victimes de torture « dans toutes les affaires » (Nations Unies, Comité contre la torture, *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l’article 19 de la Convention*, Doc. N.U. CAT/C/CR/34/CAN, 7 juillet 2005, al. 4(g)). Ces préoccupations ont été exprimées peu après que la Cour d’appel de l’Ontario, dans l’affaire *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, a conclu que la *Loi sur l’immunité des États* faisait obstacle à l’octroi d’une réparation civile pour les actes commis par des États étrangers, et ce, malgré l’art. 14 de la *Convention contre la torture* (voir Jennifer Besner et Amir Attaran, « Civil liability in Canada’s courts for torture committed abroad : The unsatisfactory interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can) » (2008), 16 *Tort L. Rev.* 150, p. 160). En 2012, le Comité a réitéré son inquiétude au sujet du défaut du Canada de mettre en œuvre l’art. 14 :

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

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

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

[227] It is important to note that the plaintiff's claim in *Bouzari* was against the Islamic Republic of Iran, not against individual officials. *Bouzari* addressed only the extent to which Article 14 requires state parties to deny a "foreign state" immunity in civil proceedings in Canada arising out of torture committed abroad.

[228] All this demonstrates that customary international law no longer *requires* that foreign state officials who are alleged to have committed acts of torture be granted immunity *ratione materiae* from the jurisdiction of Canadian courts. This interpretation is not only consistent with the text and purposes of Article 14 of the *Convention Against Torture*, it also finds growing expression in the practice of state parties to that treaty.

[229] The denial of immunity to individual state officials for acts of torture does not undermine the rationale for the doctrine of immunity *ratione materiae*. In the face of universal acceptance of the prohibition against torture, concerns about any interference with sovereignty which may be created by acting in judgment of an individual state official who violates this prohibition necessarily shrink. The very nature of the prohibition as a peremptory norm means that all states agree that torture cannot be condoned. Torture cannot, therefore, be an official state act for the purposes of immunity *ratione materiae*. That the *Convention Against Torture* defines its scope by reference to the fact that torture itself is necessarily carried out by the state and its officials does not detract from this universal understanding, or predetermine whether immunity must be extended to such conduct.

[230] I am therefore in agreement with Breyer J.'s concurring opinion in *Sosa v. Alvarez-Machain* that assuming civil jurisdiction over torture committed abroad will not impair the objectives sought to be protected by comity:

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

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

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

[230] Je souscris donc à l'opinion concordante du juge Breyer dans l'affaire *Sosa c. Alvarez-Machain*, selon laquelle le fait de reconnaître le pouvoir des juridictions civiles de juger les auteurs d'actes de torture commis à l'étranger ne nuira pas à l'atteinte des objectifs que la courtoisie vise à protéger :

Today international law will sometimes similarly reflect not only substantive agreement as to certain universally condemned behavior but also procedural agreement that universal jurisdiction exists to prosecute a subset of that behavior. . . . That subset includes torture, genocide, crimes against humanity, and war crimes. . . .

The fact that this procedural consensus exists suggests that recognition of universal jurisdiction in respect to a limited set of norms is consistent with principles of international comity. That is, allowing every nation's courts to adjudicate foreign conduct involving foreign parties in such cases will not significantly threaten the practical harmony that comity principles seek to protect. That consensus concerns criminal jurisdiction, but consensus as to universal criminal jurisdiction itself suggests that universal tort jurisdiction would be no more threatening. [Citations omitted; pp. 762-63.]

[231] As a result, in my view, the *State Immunity Act* does not apply to Mortazavi and Bakhshi, and the proceedings against them are not barred by immunity *ratione materiae*.

Appeal dismissed without costs, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Lawyers for International Human Rights: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener Amnistie internationale, Section Canada francophone: Juristes Power Law, Ottawa; CazaSaikaley, Ottawa.

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

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

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

Pourvoi rejeté sans dépens, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs des appelants : Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

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

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

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

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

Solicitors for the intervener Redress Trust Ltd.: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal and Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Waldman & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Branch MacMaster, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: David Matas, Winnipeg; Ethos Law Group, Vancouver; Noemi Gal-Or Inc., Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto and Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Centre for International Justice: Torys, Toronto.

Solicitors for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law: Simcoe Chambers, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Iran Human Rights Documentation Center: Barin Avocats, Montréal; McGill University, Montréal.

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

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

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

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

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

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

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

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