

L'ARRÊT *NEVSUN*, LE CAPITAINE KEYN ET LES NORMES PROHIBITIVES DE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER AU CANADA

Charles-Emmanuel Côté

Special Issue, January 2022

Hommage à Daniel Turp : *Amicorum discipulorumque liber*

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1087959ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1087959ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Côté, C.-E. (2022). L'ARRÊT *NEVSUN*, LE CAPITAINE KEYN ET LES NORMES PROHIBITIVES DE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER AU CANADA. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 51–71. <https://doi.org/10.7202/1087959ar>

Article abstract

The Supreme Court of Canada has just issued a landmark decision on the civil liability of Canadian corporations operating abroad, in *Nevsun Resources v. Araya*. It rejects the preliminary pleas raised by a mining company to defeat the claims of Eritrean refugees for abuse they allegedly suffered while working in a mine in their country of origin. One of the main arguments raised by *Nevsun* was the partial dismissal of the action regarding arguments based on international custom. The Supreme Court takes a long look at the doctrine of adoption of customary international law into Canadian law. In doing so, the Supreme Court completely misses the distinction between prohibitive and permissive norms of customary international law, with the majority considering the distinction unnecessary, while the dissenting judges complicate the doctrine of adoption by making a specious distinction between prohibitive norms and mandatory norms. In fact, this distinction has ancient roots and dates back to the 19th century and the *R v. Keyn* judgment of the English Court for Crown Cases Reserved. The distinction has been proposed to reconcile this famous judgment with the doctrine of adoption of custom in English law. The first part of this article examines the way in which the Supreme Court of Canada deals with the concept of prohibitive norms of customary international law in the *Nevsun* judgment. The second part highlights the old distinction inherited from the *Keyn* judgment between prohibitive norms and permissive norms of customary international law that the Supreme Court seems to have completely forgotten. The article concludes that this distinction addresses the legitimate concerns of the dissenting judges, while avoiding unnecessarily complicating the doctrine of adoption.

L'ARRÊT *NEVSUN*, LE CAPITAINE KEYN ET LES NORMES PROHIBITIVES DE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER AU CANADA

*Charles-Emmanuel Côté**

La Cour suprême du Canada vient de rendre une décision de première importance sur la responsabilité civile des sociétés canadiennes œuvrant à l'étranger, dans son arrêt *Nevsun Resources c. Araya*. Elle rejette les moyens préliminaires soulevés par une société minière pour faire tomber la réclamation de réfugiés érythréens pour des sévices qu'ils auraient subis à l'emploi d'une mine dans leur pays d'origine. L'un des principaux moyens soulevés par Nevsun était le rejet partiel de l'action concernant les arguments fondés sur la coutume internationale, ce qui explique pourquoi la Cour suprême se penche longuement sur la doctrine de l'adoption du droit international coutumier en droit canadien dans cette affaire. Ce faisant, la Cour suprême passe complètement à côté de la distinction entre normes prohibitives et normes permissives de droit international coutumier, les juges majoritaires considérant la distinction inutile, alors que les juges dissidents compliquent la doctrine de l'adoption en élaborant une distinction spécieuse entre normes prohibitives et normes impératives. En réalité, cette distinction a des racines anciennes et remonte au XIX^e siècle et à l'arrêt *R v. Keyn* de la *Court for Crown Cases Reserved* d'Angleterre. La distinction a été proposée pour réconcilier cet arrêt célèbre avec la doctrine de l'adoption de la coutume en droit anglais. Une première partie de l'article examine la manière dont la Cour suprême du Canada traite de la notion de norme prohibitive de droit international coutumier dans l'arrêt *Nevsun*. Une seconde partie met en lumière la distinction ancienne héritée de l'arrêt *Keyn* entre normes prohibitives et normes permissives de droit international coutumier que la Cour suprême semble avoir complètement oubliée. L'article conclut que cette distinction répond aux préoccupations légitimes de la dissidence, tout en évitant de complexifier inutilement la doctrine de l'adoption.

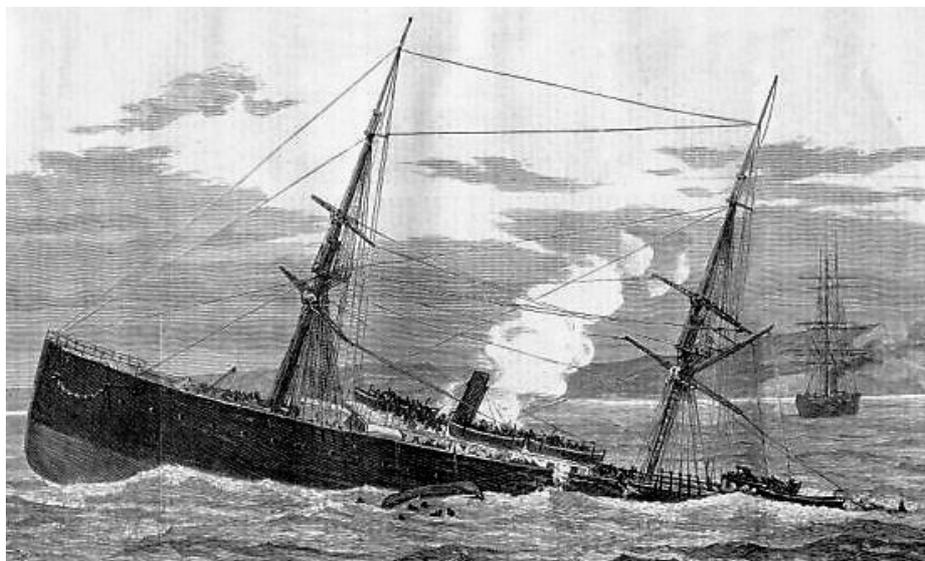
The Supreme Court of Canada has just issued a landmark decision on the civil liability of Canadian corporations operating abroad, in *Nevsun Resources v. Araya*. It rejects the preliminary pleas raised by a mining company to defeat the claims of Eritrean refugees for abuse they allegedly suffered while working in a mine in their country of origin. One of the main arguments raised by Nevsun was the partial dismissal of the action regarding arguments based on international custom. The Supreme Court takes a long look at the doctrine of adoption of customary international law into Canadian law. In doing so, the Supreme Court completely misses the distinction between prohibitive and permissive norms of customary international law, with the majority considering the distinction unnecessary, while the dissenting judges complicate the doctrine of adoption by making a specious distinction between prohibitive norms and mandatory norms. In fact, this distinction has ancient roots and dates back to the 19th century and the *R v. Keyn* judgment of the English Court for Crown Cases Reserved. The distinction has been proposed to reconcile this famous judgment with the doctrine of adoption of custom in English law. The first part of this article examines the way in which the Supreme Court of Canada deals with the concept of prohibitive norms of customary international law in the *Nevsun* judgment. The second part highlights the old distinction inherited from the *Keyn* judgment between prohibitive norms and permissive norms of customary international law that the Supreme Court seems to have completely forgotten. The article concludes that this distinction addresses the legitimate concerns of the dissenting judges, while avoiding unnecessarily complicating the doctrine of adoption.

La Corte Suprema de Canadá emitió una decisión crucial sobre la responsabilidad civil de las empresas canadienses que operan en el extranjero, en el caso *Nevsun Resources c. Araya*. El Tribunal rechazó los argumentos preliminares planteados por la empresa minera para invalidar una denuncia de refugiados eritreos por supuestos maltratos en una mina en su país de origen. Uno de los principales motivos alegados por Nevsun era la inadmisibilidad parcial de los argumentos basados en la costumbre internacional, por lo que la Corte Suprema entra en gran detalle sobre la doctrina de la adopción del derecho internacional consuetudinario en el derecho canadiense en este caso. Al hacerlo, la Corte Suprema pasa completamente

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval

por alto la distinción entre normas prohibitivas y permisivas del derecho internacional consuetudinario, ya que la mayoría considera que la distinción es innecesaria, mientras que el disenso complica la doctrina de la adopción al desarrollar una distinción engañosa entre normas prohibitivas y perentorias. En realidad, esta distinción tiene raíces antiguas, que se remontan al siglo XIX y a la decisión en el caso *R v. Keyn* de la *Court for Crown Cases Reserved* en Inglaterra. La distinción se propuso para conciliar este famoso caso con la doctrina de la adopción de la costumbre en el derecho inglés. La primera parte del artículo examina el tratamiento por la Corte Suprema de Canadá, de la noción de norma prohibitiva del derecho internacional consuetudinario en *Nevsun*. Una segunda parte pone de relieve la antigua distinción heredada de *Keyn* entre normas de derecho internacional consuetudinario prohibitivas y permisivas, que la Corte Suprema parece haber olvidado por completo. El artículo concluye que esta distinción responde a las preocupaciones legítimas del disenso, a la vez que evita una complejidad innecesaria en la doctrina de la adopción.

*Les derniers moments du Strathclyde. Le Franconia, à droite, se dirige vers Douvres*¹.



¹ Image tirée de Antoine Vanner, « Hit and Run at Sea 1876 » (16 février 2016), en ligne (blogue) : *Dawlish Chronicles. Duty and Daring in the Heyday of Empire* <dawlischronicles.blogspot.com/2016/02/hit-and-run-at-sea-1876.html> [perma.cc/8SPY-9ZRY].

La Cour suprême du Canada vient de rendre une décision de première importance sur la responsabilité civile des sociétés canadiennes œuvrant à l'étranger, dans son arrêt *Nevsun Resources Ltd c Araya*² (*Nevsun*). Elle rejette les moyens préliminaires soulevés par *Nevsun*, une société minière ayant son siège en Colombie-Britannique, pour faire tomber la réclamation de réfugiés érythréens pour des sévices qu'ils auraient subis à l'emploi d'une mine dans leur pays d'origine. La mine en question était exploitée par *Nevsun* avec le concours des autorités de l'Érythrée. La main-d'œuvre y aurait été soumise aux travaux forcés et à la torture, dans le cadre du service militaire obligatoire dans ce pays. Les plaignants invoquent la violation du droit canadien et de la coutume internationale comme fondement juridique de leur réclamation en dommages-intérêts. Un règlement amiable confidentiel intervenu par la suite a mis fin à l'affaire³, qui s'inscrit dans la recherche globale de moyens pour responsabiliser davantage les sociétés exploitant des entreprises à l'étranger⁴.

L'un des principaux moyens préliminaires soulevés par *Nevsun* était le rejet partiel de l'action concernant les arguments fondés sur la coutume internationale, en raison de leur inutilité et de leur manque évident de chance de succès⁵. Cela explique pourquoi la Cour suprême se penche longuement sur le droit international coutumier dans cette affaire. Elle devait statuer sur la question de savoir si un délit général existe dans la *common law* de la Colombie-Britannique pour violation de la coutume internationale, ou encore si cette dernière pouvait inspirer la création de quatre nouveaux délits nommés. Les juges de la majorité refusent de rejeter la réclamation à ce stade préliminaire. Ils constatent l'existence de normes coutumières pertinentes qui pourraient s'appliquer aux sociétés et aucune loi n'empêcherait leur réception en droit canadien et la reconnaissance d'un délit dans la *common law* de la province pour sanctionner leur violation. Les juges dissidents auraient rejeté la réclamation parce qu'ils sont d'avis que les normes coutumières identifiées ne s'appliquent pas aux sociétés et n'imposent pas la création d'un délit en droit interne. À titre subsidiaire, ils estiment que si ces normes coutumières imposaient au Canada de sanctionner leur violation en droit interne, elles ne pourraient pas être reçues automatiquement en droit canadien sans le concours du législateur.

Ce faisant, le plus haut tribunal du pays ne répond pas à ces questions sur le fond, mais il revisite les règles entourant la réception de la coutume en droit

² *Nevsun Resources Ltd c Canada*, 2020 CSC 5 [*Nevsun*].

³ Bernise Carolino, « *Nevsun Settles with Eritrean Plaintiffs in Relation to Landmark Supreme Court of Canada Case* », *Canadian Lawyer* (5 novembre 2020), en ligne : <www.canadianlawyermag.com/practice-areas/litigation/nevsun-settles-with-eritrean-plaintiffs-in-relation-to-landmark-supreme-court-of-canada-case/334916>.

⁴ Voir généralement Jean-Michel Marcoux, *International Investment Law and Globalization : Foreign Investment, Responsibilities and Intergovernmental Organizations*, Londres, Routledge, 2019; François Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts : The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings*, Toronto, Irwin Law, 2010.

⁵ L'autre moyen préliminaire examiné par la Cour suprême était le rejet complet de l'action en vertu de la doctrine de l'acte de gouvernement. La Cour juge à la majorité que cette doctrine ne fait pas partie du droit canadien et est sublimée par les principes ordinaires du droit international privé : *Nevsun*, *supra* note 2 aux para 44-45.

canadien. Les cinq juges de la majorité sur cette question et ceux de la dissidence s'entendent pour réaffirmer avec force la doctrine dite de l'adoption de la coutume internationale⁶, consacrée par l'arrêt *R c Hape*⁷ (*Hape*). Ils citent avec approbation le passage suivant des motifs du juge LeBel où il énonce cette doctrine :

À mon avis, conformément à la tradition de la *common law*, il appert que la doctrine de l'adoption s'applique au Canada et que les règles prohibitives du droit international coutumier devraient être incorporées au droit interne sauf disposition législative contraire. L'incorporation automatique des règles prohibitives du droit international coutumier se justifie par le fait que la coutume internationale, en tant que droit des nations, constitue également le droit du Canada à moins que, dans l'exercice légitime de sa souveraineté, celui-ci ne déclare son droit interne incompatible. La souveraineté du Parlement permet au législateur de contrevenir au droit international, mais seulement expressément [nos soulignements]⁸.

Cette réaffirmation de la doctrine de l'adoption dans l'arrêt *Hape* a mis un terme à l'incertitude qui subsistait à ce sujet depuis la première moitié du siècle dernier, en raison d'une série de décisions anglaises, puis canadiennes, qui avaient pu sembler exiger désormais une action positive de la part du législateur afin que la coutume soit reçue en droit canadien⁹. Malgré son désir louable de clarifier le droit canadien sur la question, la Cour suprême a essuyé des critiques de la part de certains auteurs. La plus cinglante est venue du professeur John Currie, qui a jugé que l'arrêt *Hape* n'avait rien clarifié du tout, en raison, notamment, de l'emploi du conditionnel

⁶ La Cour suprême du Canada emploie l'expression « doctrine de l'adoption » pour renvoyer à la réception automatique de la coutume internationale en droit canadien, mais il faut noter que la terminologie demeure changeante et que l'expression « doctrine de l'incorporation » est aussi utilisée au Canada et particulièrement au Royaume-Uni. Dans les deux cas, ces expressions s'opposent à la « doctrine de la transformation », qui exige l'intervention du législateur pour donner effet à la norme internationale en droit canadien, mais l'expression « incorporation » est aussi employée comme synonyme de « transformation ». À propos de ces difficultés terminologiques, voir Charles-Emmanuel Côté, « Les conflits entre normes internationales devant les juridictions canadiennes » dans Olivier Blin et Baptiste Tranchant, dir, *Du conflit à la complémentarité. Études franco-québécoises sur les rapports entre normes internationales*, Paris, A Pedone, 2016, 129 aux pp 131–34.

⁷ *R c Hape*, 2007 CSC 26 [*Hape*].

⁸ *Ibid* au para 39. Voir *Nevsun*, *supra* note 2 aux para 90 (juge Abella) et 165 (juges Brown et Rowe, dissidents en partie). Les juges Côté et Moldaver se rallient à la dissidence des juges Brown et Rowe sur la question de la coutume internationale (*ibid* au para 267).

⁹ Charles-Emmanuel Côté, « La réception du droit international en droit canadien » (2010) 52 SCLR (2d) 483 aux pp 490-502 [Côté, « Réception »]; Stéphane Beaulac, « Interlégalité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois », dans *JurisClasseur Québec*, collection « Droit public », Droit constitutionnel, fasc. 23, Montréal, LexisNexis au para 53; H. Scott Fairley, « International Law Comes of Age: *Hape v. The Queen* » (2008) 87 Rev Bar Can 229 aux pp 230-231. Voir *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations*, [1943] RCS 208; *Reference as to whether members of the Military or Naval Forces of the United States of America are exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] RCS 483; *Chung Chi Cheung v R*, [1939] AC 160 (PC). La réaffirmation de la doctrine de la réception automatique de la coutume internationale en droit anglais a eu lieu presque une trentaine d'années plus tôt dans l'arrêt *Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 QB 529 (CA Angleterre).

à plus d'une reprise¹⁰. Le professeur Currie s'est également étonné de l'emploi de la notion de normes prohibitives de droit international coutumier :

*A final textual point that cannot pass unnoticed is LeBel J.'s repeated, apparent limitation of the operation of the "doctrine of adoption" to "prohibitive" rules of customary international law. This puzzling qualification does not figure in any of the authorities cited by LeBel J. for the doctrine, nor is it a feature of the doctrine of adoption that operates in the United Kingdom [notes omises]*¹¹.

Face à ces critiques, le juge LeBel a senti le besoin de clarifier ses motifs dans un article de doctrine, où il précise que la notion de normes prohibitives de droit international coutumier découle de sa distinction avec celle de la normes permissives¹². Cette distinction avait été faite par le juge La Forest dans sa dissidence dans l'arrêt *R c Finta*¹³ (*Finta*), où il se réfère lui-même à la notion de normes permissives développée par la Cour permanente de justice internationale dans l'*Affaire du Lotus*¹⁴. D'ailleurs, l'arrêt *Hape* cite aussi cet arrêt de la Cour permanente de justice internationale et son emploi de la notion de normes permissives¹⁵. Le juge LeBel explique dans son article que les normes permissives de droit international coutumier ne sont pas automatiquement reçues en droit canadien, par opposition aux normes « impératives » ou « prohibitives »¹⁶.

Il est regrettable que la Cour suprême du Canada n'ait pas expliqué plus clairement la notion de normes prohibitives dans l'arrêt *Hape*. Cela aurait pu éviter que les critiques de certains auteurs ne soient relayées dans l'arrêt *Nevsun*, où les juges majoritaires la considèrent simplement inutile, alors que les juges dissidents compliquent la doctrine de l'adoption en élaborant une distinction spacieuse entre normes prohibitives et normes impératives. Ce faisant, la Cour suprême passe complètement à côté de la distinction entre normes prohibitives et normes permissives de droit international coutumier. En réalité, cette distinction a des racines anciennes et remonte au XIX^e siècle et à l'arrêt *R v Keyn*¹⁷ (*Keyn*) de la Court for Crown Cases Reserved d'Angleterre. La distinction a été proposée par la doctrine pour réconcilier cet arrêt célèbre avec le principe de la réception automatique de la coutume en droit

¹⁰ John H Currie, « Weaving a Tangled Web : *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law » (2007) 45 *ACDI* 55 à la p 70. Voir aussi Hugh M. Kindred et al., *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 8e éd, Toronto, Emond Montgomery, 2014 à la p 153; François Larocque et Martin Kreuser, « L'incorporation de la coutume internationale en *common law* canadienne » (2007) 45 *ACDI* 173 aux pp 217–18.

¹¹ Currie, *supra* note 10. Voir aussi Larocque et Kreuser, *supra* note 10. Le professeur Currie émet toutefois l'hypothèse, pour la rejeter aussitôt, voulant que le juge LeBel ait pu s'inspirer de certains passages de l'*Affaire du Lotus*, où la Cour permanente de justice internationale discute de la distinction entre règles permissives et règles prohibitives : Currie, *supra* note 10, n 66; *Affaire du « Lotus » (France c Turquie)* (1927), CPJI (sér A) n° 10 aux pp 18–19 [*Affaire du « Lotus »*].

¹² Louis LeBel, « A Common Law of the World? The Reception of Customary International Law in the Canadian Common Law » (2014) 65 *RD UN-B* 3 aux pp 15–17.

¹³ *R c Finta*, [1994] 1 *RCS* 701 à la p 734 (juge La Forest, dissident).

¹⁴ *Affaire du « Lotus »*, *supra* note 11 aux pp 18–19.

¹⁵ *Hape*, *supra* note 7 au para 65.

¹⁶ LeBel, *supra* note 12 à la p 16. Le juge LeBel utilise les termes anglais « *mandatory* » ou « *prohibitive* ».

¹⁷ *R v Keyn*, [1876] 2 *Ex D* 63 (Cr. Cas. Res) [*Keyn*].

anglais. Il demeure surprenant que les auteurs ayant critiqué l'arrêt *Hape* sur ce point n'aient pas relevé cette filiation évidente avec l'arrêt *Keyn*¹⁸.

Cette brève étude vise à rendre hommage au professeur Daniel Turp en touchant à différents aspects du droit international et du droit constitutionnel qui auront marqué sa carrière : droit international des droits de la personne, rapports entre droit international et droit interne, histoire du droit, culture juridique, voire bilinguisme juridique et influence de la doctrine de langue française. Une première partie examine la manière dont la Cour suprême du Canada traite de la notion de normes prohibitives de droit international coutumier dans l'arrêt *Nevsun* (I). Une seconde partie met en lumière la distinction ancienne héritée de l'arrêt *Keyn* entre normes prohibitives et normes permissives de droit international coutumier que la Cour suprême semble avoir complètement oubliée (II). L'étude conclut que cette distinction répond aux préoccupations légitimes de la dissidence, tout en évitant de complexifier inutilement la doctrine de l'adoption.

I. L'arrêt *Nevsun* et les normes prohibitives de droit international coutumier

La Cour suprême du Canada bute sur la notion de normes prohibitives de droit international coutumier dans l'arrêt *Nevsun*. Alors que les juges majoritaires la considèrent simplement inutile (A), ceux de la dissidence compliquent la doctrine de l'adoption en élaborant une distinction spécieuse entre normes prohibitives et normes impératives (B).

A. L'inutilité de la notion de normes prohibitives selon la majorité

La doctrine de l'adoption de la coutume internationale en droit canadien est réaffirmée avec force par la majorité dans l'arrêt *Nevsun*. La juge Abella s'appuie sur l'arrêt *Hape* et rappelle les origines de la doctrine en droit anglais, canadien et comparé¹⁹. Elle en profite pour rejeter les critiques soulevées par l'emploi du conditionnel dans l'arrêt *Hape*, en affirmant que les « décisions judiciaires ne sont pas des textes talmudiques où chaque mot commande sa propre interprétation exégétique »²⁰. Les normes prohibitives de droit international coutumier sont ainsi automatiquement reçues en droit canadien à moins qu'elles ne soient neutralisées par une loi incompatible. La juge Abella aborde aussi par inadvertance la question de la possible neutralisation de la réception de la coutume par les principes incompatibles de *common law* arrêtés par les tribunaux de dernière instance, en citant des sources de droit

¹⁸ Voir la partie (II) B ci-dessous, pour l'analyse des nombreux auteurs ayant relevé cette filiation.

¹⁹ *Nevsun*, *supra* note 2 aux para 86–90 (juge Abella).

²⁰ *Ibid* au para 90 (juge Abella). Pour un rejet antérieur des mêmes critiques, voir Beaulac, *supra* note 9, paragr 53; Côté, « Réception », *supra* note 9 aux pp 499–500.

anglais²¹. Cet aspect de la doctrine de l'adoption n'a jamais été précisé dans la jurisprudence canadienne et la Cour suprême omet encore de le faire dans *Nevsun*, hormis cette mention vraisemblablement involontaire²².

La Cour suprême considère à la majorité que l'utilisation de la notion de normes prohibitives de droit international coutumier est inutile et n'ajoute rien à l'analyse juridique²³. Pour la juge Abella, cette notion est synonyme de normes obligatoires et renvoie au caractère impératif du droit international pour les États²⁴. Elle veut éviter de créer une nouvelle catégorie de normes coutumières unique au Canada. Ce faisant, elle fait siennes les critiques infondées des auteurs qui considèrent que cette notion est inusitée en droit canadien et en droit international. La juge Abella ignore complètement la distinction entre normes prohibitives et normes permissives développée à la fois en droit anglais, en droit canadien et en droit international²⁵. Elle cite certes l'article précité du juge LeBel afin d'établir que les normes prohibitives sont simplement des normes impératives (*mandatory*) ou obligatoires²⁶, mais elle omet étonnamment de prendre en considération sa discussion sur la distinction entre normes prohibitives et normes permissives²⁷! La juge Abella répète le même procédé en citant l'ouvrage de référence de Gib van Ert sur l'utilisation du droit international devant les tribunaux canadiens, afin d'établir l'équivalence entre les notions de normes prohibitives et de normes impératives (*mandatory*)²⁸. Elle omet à nouveau de tenir compte des longs développements consacrés par van Ert à la distinction entre normes prohibitives (ou impératives/*mandatory*) et normes permissives de droit international coutumier²⁹.

L'utilisation de cette notion de normes impératives dans la version française de l'arrêt *Nevsun* pose également problème, puisqu'elle prête à confusion avec celle de « normes impératives du droit international général » ou *jus cogens*³⁰. Cette confusion est inutile dans une doctrine de l'adoption déjà suffisamment complexe. Dans la version

²¹ *Nevsun*, *supra* note 2 aux para 86–87 (juge Abella). Voir *Chung Chi Cheung v R*, *supra* note 9 au para 168; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2008 à la p 41.

²² Côté, « Réception », *supra* note 9 aux pp 500–01. Le bien-fondé de cette règle est discutable en raison de la présomption de conformité, qui fait en sorte que la *common law* doit se développer de manière harmonieuse avec le droit international, ce qui rendrait improbable la possibilité qu'elle puisse neutraliser la réception de la coutume : DC Vanek, « Is International Law Part of the Law of Canada? » (1949-1950) 8 UTLJ 251 aux pp 266–67; Hersch Lauterpacht, « Is International Law Part of the Law of England? » (1939) 25 *Transactions of the Grotius Society* 51 à la p 78.

²³ *Nevsun*, *supra* note 2 au para 93 (juge Abella).

²⁴ *Ibid* au para 92 (juge Abella).

²⁵ Voir la partie II, ci-dessous, pour une analyse de cette distinction.

²⁶ *Ibid*. Voir LeBel, *supra* note 12 à la p 17.

²⁷ LeBel, *supra* note 12 aux pp 15–17.

²⁸ *Nevsun*, *supra* note 2 au para 93 (juge Abella). Voir Gib van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, 2^e éd, Toronto, Irwin Law, 2008 aux pp 216–18 (les pages citées par la juge Abella semblent erronées puisque celles qui sont réellement pertinentes sur l'équivalence entre ces notions sont plutôt les pages 218–23).

²⁹ Van Ert, *supra* note 28 aux pp 218–23.

³⁰ Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 354, arts 53, 64 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

anglaise de l'arrêt, les expressions distinctes « *mandatory norms* » et « *peremptory norms* » sont employées. Seule la seconde renvoie au *jus cogens*, alors que la version française emploie la même expression de « normes impératives » dans les deux cas³¹. Il aurait été préférable d'employer l'expression « normes obligatoires » pour traduire l'expression « *mandatory norms* » et ainsi réserver l'expression consacrée de « normes impératives » au *jus cogens*. Cette clarification terminologique en français serait d'autant plus souhaitable que les juges de la dissidence fondent leur raisonnement sur l'importance de la distinction entre normes prohibitives et normes impératives, qu'ils ne jugent pas équivalentes pour les fins de la doctrine de l'adoption.

B. L'invention de la distinction avec les normes impératives par la dissidence

À l'instar de la juge Abella, les juges Brown et Rowe, auxquels se rallient les juges Côté et Moldaver sur la question de la coutume internationale, réaffirment la doctrine de l'adoption en droit canadien en citant l'arrêt *Hape*³². Toutefois, les quatre juges dissidents sont en désaccord avec les juges majoritaires sur l'utilité de la notion de normes prohibitives de droit international coutumier. Leur dissidence s'explique fondamentalement par la volonté d'assurer le respect de la séparation des pouvoirs et de la suprématie parlementaire. Pour eux, la notion de normes prohibitives n'est pas inutile et permet de contenir les excès possibles de la doctrine de l'adoption, en distinguant ces dernières des normes impératives de droit international coutumier. Ce faisant, les juges dissidents passent aussi complètement à côté de la notion pourtant établie depuis l'arrêt *Keyn* de normes permissives de droit international coutumier, à laquelle s'oppose en réalité la notion de normes prohibitives dans la doctrine de l'adoption.

Les juges Brown et Rowe inventent donc de toute pièce une distinction entre normes prohibitives et normes impératives (*mandatory*) de droit international coutumier, ces dernières ne devant pas être confondues — en français — avec les normes de *jus cogens*, comme discuté précédemment. Les normes impératives telles qu'ils les entendent constituent ainsi une sous-catégorie des normes impératives (ou obligatoires) discutées par la majorité de la Cour suprême, ce qui ajoute à la confusion terminologique. Avec cette nouvelle distinction, ils cherchent à élargir les hypothèses dans lesquelles la réception automatique de la coutume internationale est bloquée. Ainsi ils suggèrent que les normes prohibitives sont celles qui interdisent à l'État d'agir d'une manière donnée, alors que les normes impératives imposent à l'État d'agir d'une manière donnée³³. Ces normes impératives auraient pu s'appeler plutôt « normes prescriptives » afin de les distinguer des normes impératives (ou obligatoires) discutées par la majorité. Cette distinction *a priori* séduisante ne résiste toutefois pas à l'analyse : la norme impérative (ou prescriptive) continue d'appartenir conceptuellement à la même catégorie que la norme prohibitive, puisqu'elle interdit à l'État le comportement

³¹ Voir par ex *Nevsun*, *supra* note 2 aux para 83, 93 (juge Abella).

³² *Nevsun*, *supra* note 2 aux para 165 (juges Brown et Rowe, dissidents en partie), 267 (juge Côté, dissidente); *Hape*, *supra* note 7 aux para 36, 39.

³³ *Ibid* au para 169 (juges Brown et Rowe, dissidents en partie).

inverse à celui prescrit³⁴. Le domaine de l'interdiction est certes plus vaste avec les normes dites impératives (ou prescriptives), mais il s'agit de la même catégorie juridique du point de vue de l'État puisqu'elles lui imposent toutes deux une obligation. Comme ceux de la majorité, les juges dissidents considèrent — à tort! — que la notion de normes prohibitives de droit international coutumier est inusitée et n'existe pas dans la jurisprudence internationale³⁵.

Si la distinction entre normes prohibitives et normes impératives n'est, selon eux, pas courante en droit international, les juges dissidents considèrent néanmoins qu'elle a une incidence juridique importante dans la doctrine de l'adoption de la coutume au Canada. Ils proposent un raffinement original de cette doctrine, suivant lequel les modalités de la réception ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agisse d'une norme prohibitive ou d'une norme impérative. Cette distinction n'a jamais existé comme telle dans la doctrine de l'adoption ni au Canada, ni en Angleterre. Les juges dissidents ne citent aucun précédent dans la jurisprudence à l'appui de leur distinction, mais ils se réfèrent à l'ouvrage du professeur James Crawford, maintenant juge à la Cour internationale de justice (CIJ), pour développer l'idée que les normes coutumières sont susceptibles d'être catégorisées pour les fins de leur application en droit interne³⁶. La démarche des juges dissidents est typique des freins que les tribunaux nationaux sont souvent enclins à appliquer à la réception automatique du droit international dans les pays où le droit constitutionnel le prévoit³⁷. Pour illustrer leur propos, les juges Brown et Rowe font un raisonnement par analogie avec les recours ouverts en droit canadien selon que l'on a affaire à une action ou à une omission du gouvernement en contravention à une norme juridique³⁸. L'action du gouvernement qui viole une norme interne prohibitive peut entre autres faire l'objet d'un recours en *certiorari*, afin d'obtenir son annulation par le juge. L'omission du gouvernement d'agir en violation d'une norme interne impérative peut, quant à elle, faire notamment l'objet d'un recours en *mandamus*, afin que le juge ordonne au gouvernement d'agir de la manière prescrite par la norme, lorsque celle-ci prévoit un devoir public clair, sans toutefois permettre au juge de se substituer au gouvernement pour élaborer un régime réglementaire.

Les juges dissidents concentrent leur analyse sur les recours disponibles en cas de violation d'une norme de droit international coutumier, plutôt que de suivre la logique classique de la doctrine de l'adoption qui consiste à se demander si la réception de cette norme est neutralisée ou non. Ce faisant, leur raisonnement s'embrouille et complique inutilement la doctrine, en créant des chevauchements et en restant incomplet. Ainsi, ils jugent que la distinction entre normes prohibitives et normes

³⁴ Voir Robert Jennings et Arthur Watts, *Oppenheim's International Law. Volume 1 : Peace*, 9^e éd, Londres, Longmans, 1992 à la p 57.

³⁵ *Nevsun*, *supra* note 2 au para 168 (juges Brown et Rowe, dissidents en partie). Voir la partie (II) A, ci-dessous, pour une discussion sur la distinction entre normes prohibitives et normes permissives dans la jurisprudence internationale.

³⁶ *Ibid*; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2019 à la p 65.

³⁷ Voir Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public*, 8^e éd, Paris, Éditions LGDJ, 2009 à la p 377.

³⁸ *Nevsun*, *supra* note 2 au para 169 (juges Brown et Rowe, dissidents en partie).

impératives est inutile lorsqu'il est question d'une loi incompatible avec une norme de droit international coutumier, puisqu'aucun recours n'est ouvert contre une telle loi et que le juge doit lui donner effet, même si elle permet un comportement prohibé par la coutume, ou n'impose pas un comportement prescrit par celle-ci³⁹. Ils soulignent qu'en droit canadien, seul le législateur peut choisir de violer la coutume internationale, ce qui explique l'importance de distinguer l'action législative de l'action gouvernementale pour les fins de la doctrine de l'adoption⁴⁰. Pour les juges dissidents, la distinction entre normes prohibitives et normes impératives prend tout son sens lorsqu'il s'agit d'identifier les recours ouverts contre un principe de *common law* « privée » qui régit les relations entre entités non étatiques et qui serait incompatible avec la coutume⁴¹. Face à une norme prohibitive, le juge doit modifier le principe de *common law* privée de manière à le rendre compatible avec la coutume. En revanche, face à une norme impérative, il ne peut le faire que si une loi ne l'en empêche pas. Afin de déterminer si une telle loi existe, les juges dissidents proposent un nouveau test en trois étapes : (1) le juge doit cerner avec précision la norme impérative de droit international coutumier; (2) le juge doit déterminer le meilleur moyen de donner effet à cette norme impérative; (3) le juge doit vérifier si une loi l'empêche de modifier le principe de *common law* privée afin de donner l'effet voulu par la norme impérative⁴². Si une telle loi existe, le juge doit respecter les choix législatifs et s'abstenir de modifier la *common law*, alors qu'en l'absence d'une telle loi, il peut modifier la *common law* pour donner effet à la norme impérative.

Le problème avec le raisonnement des juges dissidents est qu'il n'offre aucune véritable valeur ajoutée à la doctrine de l'adoption bien comprise. Premièrement, les raffinements proposés apparaissent inefficaces : en l'absence d'une loi qui empêcherait le juge de modifier la *common law* privée pour donner effet à une norme impérative de droit international coutumier, celui-ci pourrait se substituer au législateur et élaborer des règles détaillées et faire ainsi des choix sociétaux revenant normalement aux élus. Deuxièmement, l'interprétation proposée crée un chevauchement inutile avec la neutralisation de la réception de la norme coutumière par la législation incompatible, qui s'impose d'emblée au début de l'application de la doctrine de l'adoption. Il est difficile d'imaginer une loi qui ne neutraliserait pas la réception de la norme coutumière, mais qui empêcherait par la suite le juge de modifier la *common law*, à moins de travestir complètement le sens de la notion de normes prohibitives dans la doctrine de l'adoption pour faciliter d'abord la réception préliminaire des normes impératives, puis finalement la neutraliser. Troisièmement, le raisonnement des juges dissidents est aussi incomplet parce qu'il rate une bonne occasion de se pencher enfin sur la question de la neutralisation de la réception de la coutume internationale par les principes de *common law* arrêtés par les tribunaux de dernière instance. Comme mentionné ci-dessus, cet aspect de la doctrine est bien établi en droit anglais, mais la

³⁹ *Ibid* au para 170 (juges Brown et Rowe, dissidents en partie).

⁴⁰ *Ibid* au para 173 (juges Brown et Rowe, dissidents en partie).

⁴¹ *Ibid* au para 171 (juges Brown et Rowe, dissidents en partie).

⁴² *Ibid* au para 175 (juges Brown et Rowe, dissidents en partie).

jurisprudence canadienne est silencieuse sur la question⁴³. L'affirmation de ce principe dans la doctrine de l'adoption au Canada réserverait à la Cour suprême du Canada le soin de modifier les principes de *common law* afin de permettre la réception de la coutume, ce qui pourrait constituer un frein opportun à la réception automatique de la coutume en l'absence d'une loi incompatible. Il eut été utile de préciser du même souffle une évidence jamais explicitée dans la doctrine de l'adoption au Canada, alors que la question ne se pose pas en Angleterre en l'absence d'une constitution écrite supra-législative, soit que la réception de la coutume internationale est neutralisée *a fortiori* par les normes constitutionnelles incompatibles⁴⁴. Enfin, le raisonnement des juges dissidents est également incomplet en ce qui concerne les principes de *common law* « publique », qui régit les activités gouvernementales, puisqu'ils renvoient simplement à leur discussion précitée sur les recours ouverts en droit canadien contre l'action du gouvernement contraire aux normes prohibitives ou impératives⁴⁵. Aucune précision n'est faite sur l'applicabilité aux principes de *common law* publique de leur analyse concernant le pouvoir du juge de modifier la *common law* privée pour donner effet aux normes coutumières.

Il est certes louable que les juges dissidents veuillent empêcher que la réception de la coutume internationale ne dévoie les principes de la séparation des pouvoirs et de la suprématie parlementaire. Or, la doctrine de l'adoption, bien comprise, leur aurait permis de donner un effet utile à la notion de normes prohibitives de droit international coutumier et de répondre à leurs préoccupations, mais sans introduire de complications inutiles. La notion oubliée de normes permissives de droit international coutumier, développée dans l'arrêt *Keyn*, à laquelle s'oppose véritablement celle de normes prohibitives, répond justement aux préoccupations de la dissidence.

II. La distinction oubliée avec les normes permissives de droit international coutumier

La distinction entre normes prohibitives et normes permissives de droit international coutumier a été employée afin de réconcilier l'arrêt *Keyn* avec la doctrine de l'adoption (A). Oubliée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nevsun*, cette distinction est pourtant bien connue en droit canadien, où elle remplit une fonction importante dans la doctrine de l'adoption (B).

A. L'arrêt *Keyn* et les normes permissives

Pour comprendre la notion de normes prohibitives de droit international coutumier à laquelle se réfère le juge LeBel dans l'arrêt *Hape*, il faut remonter en 1876 à l'arrêt *Keyn*, une décision célèbre qui a connu un retentissement important en

⁴³ Voir *supra* note 22 et le texte correspondant pour une discussion sur la neutralisation de la réception de la coutume internationale par les principes de *common law*.

⁴⁴ Voir Côté, « Réception », *supra* note 9 à la p 501.

⁴⁵ Voir *Nevsun*, *supra* note 2 au para 171, n 7 (juges Brown et Rowe, dissidents).

Angleterre et au-delà. S'il faut regretter que le juge LeBel n'ait pas mentionné explicitement cette filiation dans ses motifs, cette dernière est néanmoins évidente. Il est surprenant que la Cour suprême du Canada ait pu ignorer, dans l'arrêt *Nevsun*, un précédent aussi connu non seulement pour la doctrine de l'adoption de la coutume en Angleterre, mais dans la tradition juridique de la *common law* en général. Cette affaire est considérée comme un « *leading case of the common law* »⁴⁶, illustrant l'idéal de la primauté du droit sur les passions politiques, « *a case of "transcendental importance"* »⁴⁷, tant compte tenu de la longueur et de la profondeur doctrinale des motifs du jugement que des turbulences juridiques qu'elle a produites longtemps après sa conclusion. Un auteur affirme même que : « *[t]here really never had been an earlier English decision quite like it, and there has never been a rival since* »⁴⁸.

Cette affaire mettait en cause la compétence des tribunaux anglais de droit commun pour connaître des poursuites criminelles instituées contre Ferdinand Keyn, le capitaine allemand d'un navire battant pavillon allemand, le *Franconia*, suite à une collision maritime avec un navire anglais ayant eu lieu à moins de trois milles nautiques des côtes de Douvres. L'opinion publique était gonflée à bloc et voulait la tête du capitaine Keyn, en raison d'une série de tragédies maritimes mettant en cause des navires étrangers au large de l'Angleterre⁴⁹. En revanche, dans certains quartiers du gouvernement britannique, on s'inquiétait de voir les navires britanniques pouvoir être poursuivis réciproquement à l'étranger dans des circonstances similaires⁵⁰. La Central Criminal Court de Londres a reconnu le capitaine Keyn coupable d'homicide involontaire en première instance, mais le juge du procès a déferé la question épineuse de sa compétence à la Court for Crown Cases Reserved.

En tâchant de démêler l'écheveau complexe de la répartition des compétences entre les différents tribunaux anglais concernés, le juge en chef Cockburn s'est penché sur la réception de la coutume dans ses motifs majoritaires. Il a constaté que la coutume internationale permettait effectivement au Royaume-Uni de revendiquer la souveraineté sur la zone maritime de trois milles nautiques bordant ses côtes à titre de mer territoriale, mais que cela ne pouvait avoir pour effet d'étendre automatiquement la compétence des tribunaux anglais de droit commun sur cette zone, sans le concours du législateur. Compte tenu des enjeux en cause, il lui apparaissait que dans le système constitutionnel anglais, seule la branche législative

⁴⁶ Voir le chapitre entier consacré à l'arrêt *Keyn*, intitulé « The Ideal of the Rule of Law : *Regina v. Keyn* (1876) », dans AW Brian Simpson, *Leading Cases in the Common Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995 aux pp 227–58.

⁴⁷ Geoffrey Marston, « The Centenary of the *Franconia* Case. The Prosecution of Ferdinand Keyn » (1976) 92 *Law Q Rev* 93 à la p 93 (citant la déclaration du juge Kelly à la conclusion des premières auditions en appel).

⁴⁸ Simpson, *supra* note 46 à la p 241. Dans un article plus récent ne se penchant pas sur la réception du droit international, mais plutôt sur le régime juridique de la mer territoriale, un auteur est moins clément envers l'arrêt *Keyn*, le qualifiant de « *destructively ambiguous decision misinterpreting international law in the common law system (itself later misinterpreted)* » : Cameron A Miles, « The *Franconia* Sails On : Revisiting the Intellectual History of the Territorial Sea in the United States, Canada and Australia » (2013) 13:2 *OUCLJ* 347 à la p 377.

⁴⁹ Simpson, *supra* note 46 aux pp 243–53.

⁵⁰ *Ibid* à la p 238.

de l'État pouvait opérer un tel choix, qui emportait des conséquences sur les relations internationales du Royaume-Uni :

*No concurrent assent of nations, that a portion of what before was treated as the high sea, and as such common to all the world, shall now be treated as the territory of the local state, can of itself, without the authority of Parliament, convert that which before was in the eye of the law high sea into British territory, and so change the law, or give to the Courts of this country, independently of legislation, a jurisdiction over the foreigner where they had it not before*⁵¹.

[...]

*Nor, in my opinion, would the clearest proof of unanimous assent on the part of other nations be sufficient to authorize the tribunals of this country to apply, without an Act of Parliament, what would practically amount to a new law. In doing so we should be unjustifiably usurping the province of the legislature*⁵².

En l'espèce, un tel choix n'avait pas été fait par le législateur et il n'appartenait pas aux tribunaux de le faire. Les tribunaux anglais de droit commun n'étaient donc pas compétents pour exercer leur juridiction pénale dans la mer territoriale du Royaume-Uni. L'idée-force de l'arrêt est que la doctrine de l'adoption ne peut viser toutes les normes de droit international coutumier et que certaines d'entre elles ne sont pas propres à être reçues automatiquement, en raison de leur nature et des principes de la séparation des pouvoirs et de la suprématie parlementaire. L'arrêt a immédiatement suscité la controverse, non seulement en raison de la relaxe du capitaine Keyn, mais aussi en raison de son écart avec la doctrine habituelle de l'adoption de la coutume en Angleterre⁵³. Une loi a rapidement été adoptée pour renverser l'arrêt et confirmer que les tribunaux anglais pouvaient exercer leur juridiction pénale dans la mer territoriale du Royaume-Uni⁵⁴.

Cinquante ans plus tard, l'arrêt *Keyn* continuait d'avoir des répercussions jusqu'à la Cour permanente de justice internationale dans l'*Affaire du Lotus*, où il a été longuement discuté. Concernant sa difficile réconciliation avec la doctrine de l'adoption et la nécessité de légiférer pour y remédier, le juge Moore notait dans son opinion dissidente que :

il est difficile d'éviter de conclure que le vote de la majorité était dans une grande mesure déterminé par une opinion de quatre-vingt pages de sir Alexander Cockburn, [...] opinion énergique mais composite et quelque peu

⁵¹ *Keyn*, *supra* note 17 à la p 198 (juge en chef Cockburn).

⁵² *Ibid* à la p 203 (juge en chef Cockburn).

⁵³ Côté, « Réception », *supra* note 9 aux pp 490–91. Voir généralement Travers Twiss, « The Criminal Jurisdiction of the Admiralty of England. The Case of the *Franconia* » (1877) 2:2 L Magazine & Rev; a Q Rev of Jurisprudence & Q Digest of All Reported Cases (5^e) 145.

⁵⁴ Voir *Territorial Waters Jurisdiction Act 1878* (R-U), 41 & 42 Vict, c 73. Certains estimaient que l'arrêt *Keyn* était fondé sur une erreur, puisque la *Court for Crown Cases Reserved* avait omis de prendre en considération que la compétence du port de Douvres avait été étendue par le gouvernement à la mer territoriale le bordant, en vertu de la législation douanière. Il n'était cependant pas clair qu'une telle mesure était suffisante pour y étendre aussi la juridiction pénale des tribunaux anglais. Simpson, *supra* note 46 à la p 254.

torrentielle, dont il fut nécessaire de calmer l'effet perturbateur afin que le cours majestueux du droit commun, uni au droit international, pût reprendre son flot accoutumé⁵⁵.

Cette autre affaire célèbre mettait aussi en cause la question de la compétence judiciaire pour poursuivre le capitaine étranger d'un navire étranger impliqué dans une collision maritime, cette fois en haute mer. Pour déterminer si les tribunaux turcs avaient la compétence pour poursuivre le capitaine français du navire français ayant causé la collision, la Cour permanente a fait la distinction entre les règles prohibitives et les règles permissives du droit international⁵⁶. La distinction n'a pas été introduite en lien avec la question de la réception de la coutume internationale en droit interne, mais plutôt pour déterminer l'existence ou non de la compétence extraterritoriale de l'État. Pour la Cour permanente, une règle prohibitive générale interdit aux États d'exercer leur puissance à l'extérieur de leur territoire, à moins qu'une règle permissive ne l'autorise dans des cas exceptionnels, tandis qu'aucune règle prohibitive générale n'existe concernant l'exercice par un État de sa juridiction sur son territoire quant à des faits s'étant déroulés à l'extérieur de celui-ci, cette faculté étant seulement limitée dans quelques cas par des règles prohibitives spéciales. Par ailleurs, l'arrêt *Keyn* a été invoqué sans succès par la France, au soutien de l'existence d'une règle coutumière qui réserverait la compétence judiciaire à l'État du pavillon⁵⁷, alors que le juge Finlay l'a utilisé comme précédent rejetant la compétence territoriale de l'État du pavillon du navire victime d'une collision maritime⁵⁸.

C'est le professeur Hersch Lauterpacht, lui-même futur juge à la CIJ, qui a refait la connexion entre les deux arrêts, en s'inspirant de la distinction entre règles prohibitives et règles permissives du droit international élaborée par la Cour permanente de justice internationale⁵⁹. Lauterpacht a employé cette distinction pour réconcilier l'arrêt *Keyn* avec la doctrine de l'adoption, au moment où celle-ci subissait les foudres de nombreux auteurs visant à la renverser en Angleterre au profit de la doctrine de la transformation. Plutôt que de contribuer à la renverser, l'arrêt *Keyn* a introduit un raffinement à la doctrine de l'adoption. Les normes permissives du droit international coutumier ne peuvent pas être reçues automatiquement en droit anglais, sans le concours des autorités nationales compétentes⁶⁰. Il cite l'exemple de la norme permissive qui autorise l'État à juger sur son territoire ses ressortissants ayant commis un crime à l'étranger :

In a permissive jurisdictional rule it is reasonable to expect a special authorising pronouncement of national organs. Thus, for instance, International Law does not deny States the right to punish their nationals for offences committed abroad. It does not follow from this permissive rule that in the absence of legislation or a clear common law rule English Courts possess such jurisdiction with regard to any particular crime⁶¹.

⁵⁵ *Affaire du « Lotus »*, *supra* note 11 à la p 75 (juge Moore, opinion dissidente).

⁵⁶ *Ibid* aux pp 18–19.

⁵⁷ *Ibid* aux pp 28–29.

⁵⁸ *Ibid* aux pp 53–55 (juge Finlay, opinion dissidente).

⁵⁹ Vanek, *supra* note 22 à la p 262.

⁶⁰ Lauterpacht, *supra* note 22 à la p 61. Voir aussi Jennings et Watts, *supra* note 34 à la p 57.

⁶¹ *Ibid*.

À la lumière de l'*Affaire du Lotus*, il est évident que la notion de normes permissives utilisée par Lauterpacht s'oppose à celle de normes prohibitives. Ainsi, la doctrine de l'adoption ne vise que les normes prohibitives de droit international coutumier, comme l'affirme avec raison — mais sans se référer à l'arrêt *Keyn* — le juge LeBel dans l'arrêt *Hape*. L'oubli par la Cour suprême du Canada de la distinction avec les normes permissives dans l'arrêt *Nevsun* est d'autant plus navrant qu'elle est pourtant bien connue en droit canadien.

B. La distinction entre normes prohibitives et permissives en droit canadien

Les tribunaux canadiens ont appliqué à plus d'une reprise l'arrêt *Keyn*, comme précédent établissant le principe voulant que la portée territoriale de la *common law* s'arrête à la laisse de basse mer⁶². Mais ils se sont également appuyés sur celui-ci et sur la distinction entre normes prohibitives et normes permissives pour refuser la réception automatique d'une norme coutumière en raison de sa nature simplement permissive. Le principe derrière la distinction est appliqué clairement dans l'affaire *Gavin v The Queen*⁶³, quoique sans mention explicite des notions de normes prohibitives et permissives. La division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard s'est appuyée sur l'arrêt *Keyn* pour conclure que la réglementation provinciale sur la pêche du homard ne pouvait s'appliquer automatiquement dans la mer territoriale du Canada, même si le droit international lui permettait de le faire et qu'il revenait au législateur d'exercer ce choix et non aux tribunaux⁶⁴. Un juge de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse s'est appuyé sur ces deux décisions pour appliquer aussi le principe derrière la distinction dans ses motifs concordants dans l'affaire *Re Dominion Coal Company and County of Cape Breton*⁶⁵, qui portait sur le pouvoir d'une municipalité d'imposer une taxe foncière sur des mines souterraines situées sous le lit d'une baie au large de l'île du Cap-Breton⁶⁶.

⁶² Voir *Renvoi relatif à la propriété du lit du détroit de Géorgie et des régions avoisinantes*, [1984] 1 RCS 388 aux pp 400–01 [*Renvoi propriété du lit du détroit de Grégoire*]; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 RCS 86 à la p 93; *Référence Re: Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] RCS 792 à la p 805 [*Offshore Mineral Rights of BC*]; *Re Dominion Coal Co and County of Cape Breton* (1963), 40 DLR (2^e) 593 aux pp 599 (juge Ilsley), 629 (juge MacDonald) (NSCA) [*Re Dominion Coal Co*]; Miles, *supra* note 48 à la p 367, 369–72; Van Ert, *supra* note 28 aux pp 219–20; Marston, *supra* note 47 à la p 93, n 2. Un auteur a souligné que cette interprétation large de l'arrêt *Keyn* s'oppose à une lecture plus étroite qui considère qu'il tranche simplement la question de la compétence des tribunaux anglais dans la mer territoriale (Miles, *supra* note 48 à la p 367). Voir aussi à cet effet *Re Dominion Coal Co*, *supra* note 62 aux pp 616–17 (juge Currie, dissident).

⁶³ *Gavin v The Queen* (1956), 3 DLR (2^e) 547 (PEI C supr A)

⁶⁴ *Ibid* aux pp 553–54 : « Thus, though international law has recognized the right of states to extend their legislative jurisdiction for 3, 5, 12, or 21 miles beyond low-water mark for certain purposes and with certain restrictions, such extension can be authorized only by an Act of a competent Parliament or Legislature ». La Cour juge dans sa décision que le législateur peut déléguer au gouvernement le pouvoir d'exercer le choix offert par la norme coutumière.

⁶⁵ *Re Dominion Coal Co*, *supra* note 62.

⁶⁶ *Ibid* à la p 631 (juge MacDonald) : « Moreover, there is authority for the general view that a territorial boundary can only be extended by statutory authority; and that international law cannot operate to

La Cour suprême du Canada elle-même a appliqué implicitement la distinction, en se fondant sur l'arrêt *Keyn*, dans les trois renvois concernant la propriété des ressources naturelles extracôtières au large de Terre-Neuve et de la Colombie-Britannique⁶⁷. Pour déterminer qui de la province ou du fédéral était le titulaire de ces droits, la Cour suprême s'est penchée sur l'exercice par le législateur du choix offert par la coutume internationale de revendiquer ces droits avant l'adhésion de ces provinces au Canada. Le plus haut tribunal du pays a encore une fois utilisé la distinction entre normes prohibitives et normes permissives dans l'arrêt *Finta*⁶⁸, cette fois de manière explicite, pour rejeter la proposition de la Commission Deschênes selon laquelle les infractions de crime de guerre et de crime contre l'humanité reconnues par la coutume internationale avaient été reçues automatiquement en droit canadien⁶⁹. Dans sa dissidence, le juge La Forest a cité l'*Affaire du Lotus*, plutôt que l'arrêt *Keyn*, afin de rappeler qu'une norme coutumière simplement permissive, comme celle permettant aux États de donner une compétence universelle à leurs tribunaux pour réprimer ces crimes, ne pourrait être appliquée directement sans le concours du législateur⁷⁰. Enfin, une application explicite très récente de la distinction se trouve dans l'arrêt *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*⁷¹. Dans son jugement majoritaire sur l'inexistence d'une exception coutumière à la règle de l'immunité de juridiction des États étrangers, en cas de torture, le juge LeBel ajoute en *obiter* que même si une telle exception devait exister, il s'agirait vraisemblablement d'une norme permissive qui ne pourrait être reçue automatiquement en droit canadien :

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 loi⁷².

Pour réaffirmer l'existence de cette distinction entre normes prohibitives (qu'il appelle « obligatoires » ou « *mandatory* » dans la version anglaise) et normes permissives dans la doctrine de l'adoption, le juge LeBel s'appuie sur les arrêts *Hape* et *Finta*. Il est donc hautement surprenant que la Cour suprême ait pu oublier dans l'arrêt *Nevsun* une distinction qui est pourtant bien connue dans la jurisprudence canadienne.

extend a territorial boundary or to create any property rights in territorial waters as a matter of domestic law ».

⁶⁷ Renvoi propriété du lit du détroit de Grégoire, *supra* note 62 à la p 400; Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve, *supra* note 62 aux pp 93, 114; *Offshore Mineral Rights of BC*, *supra* note 62 aux pp 802–08. Voir Ronald St John Macdonald, « The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada » dans Gerald L Morris, Douglas M Johnston et Ronald St John Macdonald, dir, *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, 88 aux pp 107–08.

⁶⁸ *R c Finta*, *supra* note 13.

⁶⁹ Canada, *Commission of Inquiry on War Criminals Report, Part 1 : Public*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1986.

⁷⁰ *R c Finta*, *supra* note 13 aux pp 734–53 (juge La Forest, dissident). Dans une autre affaire, la Cour suprême du Canada mentionne également la distinction entre normes prohibitives et normes permissive introduite dans l'*Affaire du Lotus*, mais sans rapport avec la doctrine de l'adoption de la coutume en droit canadien : *R c Cook*, [1998] 2 RCS 597 aux pp 617 (juges Cory et Iacobucci), 666 (juge Bastarache).

⁷¹ *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62.

⁷² *Ibid* au para 61.

Les auteurs canadiens ne sont pas en reste et connaissent, eux aussi, très bien la distinction entre normes prohibitives et normes permissives dans la doctrine de l'adoption. Un exposé complet de la distinction est fait dans le traité de droit constitutionnel des professeurs Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, qui cite l'arrêt *Keyn*⁷³. Ils rappellent le principe de l'incorporation automatique des « coutumes internationales prohibitives » dans le droit canadien, sous réserve de règles internes contraïres, alors que les « coutumes internationales habilitantes », c'est-à-dire celles qui permettent à l'État de poser certains actes, comme inclure un espace maritime dans son territoire souverain, ne pourraient être reçues qu'au moyen d'une loi. La logique derrière la distinction selon les auteurs est que ce qui est permissif ne peut pas faire l'objet d'une contrainte. Ils résument : « une coutume prohibitive universellement admise aura effet en droit interne à titre de règle de *common law*; une coutume permissive nécessitera, par contre, une incorporation législative »⁷⁴.

Le juge LeBel connaissait assurément cet ouvrage de référence en langue française et peut-être même s'y référerait-il implicitement dans l'arrêt *Hape*⁷⁵. Dans leur traité de droit international public, les professeurs Jean-Maurice Arbour et Geneviève Parent soulignent également à gros trait l'importance de la distinction pour la doctrine de l'adoption :

L'arrêt *Hape* nous invite à conserver la distinction entre normes coutumières prohibitives et normes coutumières permissives. En effet, à la différence de la norme prohibitive qui s'applique automatiquement en droit interne sous réserve d'une non-contradiction formelle, la norme permissive [...] exigera cependant une législation spécifique puisqu'il est très difficile d'admettre qu'une faculté d'agir reconnue par le droit international puisse se transformer en une obligation automatique de le faire⁷⁶.

La tentation serait grande de voir dans l'oubli de la distinction dans l'arrêt *Nevsun* une ignorance ou un désintérêt pour la doctrine de langue française de la part de la Cour suprême du Canada. Or, la distinction entre normes prohibitives et normes permissives est aussi bien connue dans la doctrine de langue anglaise.

Déjà en 1949, D.C. Vanek faisait sienne cette distinction proposée par Lauterpacht pour réconcilier l'arrêt *Keyn* avec la doctrine de l'adoption, dans une des premières études complètes sur la réception du droit international en droit canadien⁷⁷. Dans son chapitre lumineux sur le même sujet, le professeur Ronald St. John Macdonald analyse longuement la doctrine de l'adoption de la coutume en Angleterre

⁷³ Eugénie Brouillet, Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 6^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2015 aux pp 684–86, aux para VIII.104–VIII.109.

⁷⁴ *Ibid* au para VIII.104.

⁷⁵ Van Ert, *supra* note 28 à la p 222. Dans l'article où il s'explique sur la distinction entre normes prohibitives et normes permissives, le juge LeBel ne mentionne toutefois pas l'ouvrage de Brun, Tremblay et Brouillet, ni l'arrêt *Keyn*, mais se réfère plutôt à l'arrêt *Finta* comme source d'inspiration : LeBel, *supra* note 12 aux pp 15–17.

⁷⁶ Jean-Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, 7^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2017 à la p 222. Voir aussi Côté, « Réception », *supra* note 9 aux pp 490–91, 500.

⁷⁷ Vanek, *supra* note 59 à la p 262.

et au Canada et la controverse qui sévissait alors sur son possible abandon⁷⁸. Macdonald utilise aussi la notion de normes permissives pour réconcilier l'arrêt *Keyn* avec la doctrine de l'adoption et conclut, après une analyse serrée de la jurisprudence canadienne, que cette doctrine s'applique toujours au Canada⁷⁹ :

*customary rules of international law are adopted automatically into our law, amid a few caveats about sovereignty, and then directly applied unless they conflict with statute or some fundamental constitutional principle in which case legislation is required to enforce them*⁸⁰.

Ces quelques exceptions à la doctrine de l'adoption concernant la souveraineté sont vraisemblablement les cas où la norme coutumière en question est simplement permissive, auquel cas l'exercice par l'État du choix offert par le droit international dans notre système de gouvernement doit être fait par le législateur et non par les tribunaux. Enfin, van Ert discute longuement de la distinction entre normes prohibitives et normes permissives et de son importance dans la doctrine de l'adoption — qu'il appelle doctrine de l'incorporation — en retraçant ses origines dans l'arrêt *Keyn*⁸¹. Il conclut que :

*only mandatory (or prohibitive) rules of customary law become part of Canadian law by incorporation. Merely permissive rules of customary international law are not incorporated, but must be implemented by legislation. The distinction between mandatory and permissive customs is more evidence of the principles of self-government and respect for international law in our reception system*⁸².

À l'instar de Macdonald, van Ert met en lumière le fondement conceptuel de la distinction entre normes prohibitives et normes permissives dans la doctrine de l'adoption, voulant que les principes de la séparation des pouvoirs et de la suprématie parlementaire commandent dans notre système de gouvernement que les choix que la coutume internationale offre à l'État canadien soient exercés par les représentants légitimes du peuple et non par les tribunaux. Par contre, les tribunaux peuvent appliquer directement les obligations prescrites par la coutume internationale, sauf si le législateur en a décidé autrement. Ainsi, la Cour suprême du Canada erre complètement dans l'arrêt *Nevsun* lorsqu'elle soutient que la notion de normes prohibitives est inusitée dans la doctrine de l'adoption au Canada, en raison de sa lecture très sélective des auteurs de doctrine canadienne dans les deux langues officielles.

Dans un arrêt assez récent, *R v Jones*⁸³ (*Jones*), mais antérieur à l'arrêt *Hape*, la Chambre des lords du Royaume-Uni a réactualisé l'arrêt *Keyn* en mettant en lumière le même fondement conceptuel de la distinction entre normes prohibitives et normes permissives, sans toutefois mentionner la distinction elle-même. Les juges devaient

⁷⁸ Macdonald, *supra* note 67 aux pp 92–110.

⁷⁹ *Ibid* aux pp 96, 109–11.

⁸⁰ *Ibid* à la p 111.

⁸¹ Van Ert, *supra* note 28 aux pp 218–23. Voir aussi Armand de Mestral et Evan Fox-Decent, « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law » (2008) 53 RD McGill 583 à la p 587.

⁸² Van Ert, *supra* note 28 à la p 222.

⁸³ *R v Jones*, [2006] UKHL 16, [2007] 1 AC 136 (R-U) [*Jones*].

déterminer si le crime d'agression reconnu par la coutume internationale avait été reçu automatiquement en droit anglais. Dans un arrêt unanime, la Chambre des lords a jugé que le principe constitutionnel voulant que seul le législateur puisse créer de nouveaux crimes empêchait la réception de cette norme coutumière. Dans ses motifs, Lord Bingham of Cornhill cite l'arrêt *Keyn* au soutien de la proposition voulant que la doctrine de l'adoption de la coutume ne doit pas permettre aux tribunaux d'usurper les pouvoirs du législateur et que la constitution — non écrite — limite la réception de la coutume en droit anglais⁸⁴. En plus du principe voulant que seul le législateur puisse créer des crimes, Lord Hoffmann invoque aussi le principe constitutionnel selon lequel les questions de guerre et de paix, au cœur du crime d'agression, sont des prérogatives de la Couronne qui ne sont pas justiciables⁸⁵. Comme les principes constitutionnels trouvent leur source dans la *common law* en Angleterre, l'arrêt *Jones* pourrait s'expliquer comme signifiant que la réception de la norme coutumière est bloquée par un principe de *common law* bien établi⁸⁶. Mais elle s'explique surtout par la nature même de la norme coutumière en question, qui est permissive et commande une action du législateur, ce qui renvoie en substance à la distinction entre normes prohibitives et normes permissives dans la doctrine de l'adoption⁸⁷. Les juges dissidents dans l'arrêt *Nevsun* s'appuient précisément sur l'arrêt *Jones* au soutien du raffinement qu'ils proposent à la doctrine de l'adoption, en élaborant leur nouvelle distinction entre normes prohibitives et normes impératives, mais ils omettent complètement de prendre en considération la filiation entre cet arrêt et l'arrêt *Keyn* et la distinction oubliée entre normes prohibitives et normes permissives de droit international coutumier⁸⁸.

Non seulement l'arrêt *Nevsun* obscurcit-il la doctrine de l'adoption de la coutume en droit canadien, en oubliant la distinction entre normes prohibitives et normes permissives, mais les juges dissidents la complexifient inutilement en introduisant une nouvelle distinction mal fondée entre normes prohibitives et normes

⁸⁴ *Ibid* au para 23 (Lord Bingham of Cornhill).

⁸⁵ *Ibid* aux para 60–67 (Lord Hoffmann).

⁸⁶ Au Canada, le même principe du pouvoir exclusif du législateur de créer de nouveaux crimes est codifié dans la législation fédérale, qui bloquerait la réception du crime de guerre, s'il s'agit d'une norme prohibitive de droit international coutumier. Si par contre il s'agit d'une norme permissive, comme l'arrêt *Jones* semble aussi l'indiquer implicitement, sa réception automatique serait aussi empêchée, en raison cette fois de la nature de la norme coutumière. Voir *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 9.

⁸⁷ Van Ert, *supra* note 28 aux pp 221–22.

⁸⁸ *Nevsun*, *supra* note 2 aux pp 175–76 (juges Brown et Rowe, dissidents en partie). Ils citent l'ouvrage de Crawford sur la réception de la coutume en droit anglais, où celui-ci explique que l'arrêt *Jones* illustre le principe selon lequel la réception de la coutume est bloquée par les principes constitutionnels, ce qui expliquerait aussi le blocage de sa réception par les lois incompatibles. Cette analyse du droit anglais par Crawford ne correspond pas précisément à la manière habituelle de présenter la doctrine de l'adoption en droit canadien : Crawford, *supra* note 36 aux pp 64–67. Kindred et al. citent brièvement le même passage sans se référer davantage à la distinction entre normes prohibitives et normes permissives. Kindred et al., *supra* note 10 à la page 154.

impératives de droit international coutumier. Au surplus, la terminologie employée par la Cour suprême du Canada alimente la confusion, avec l'acception variable donnée à la notion de norme impérative, renvoyant qui au *jus cogens*, qui aux normes obligatoires, qui aux normes prescriptives. La distinction entre normes prohibitives et normes permissives aurait permis aux juges dissidents de s'assurer que la doctrine de l'adoption ne mette pas en péril la séparation des pouvoirs et la suprématie parlementaire. L'arrêt *Keyn* montre que la primauté du droit commande de ne pas céder aux passions politiques ou au militantisme juridique, ce qui peut signifier de ne pas permettre en toutes circonstances la réception automatique de la coutume internationale en droit canadien. Le choc frontal entre les juges de la Cour suprême du Canada sur la méthode d'utilisation du droit international pour interpréter le droit canadien, dans le récent arrêt *Québec (PG) c 9147-0732 Québec inc*⁸⁹, montre toute l'actualité de ces préoccupations. Les juges Brown et Rowe estiment pour la majorité que le recours aux sources non contraignantes du droit international doit être justifié et distingué des sources contraignantes pour le Canada, tandis que la juge Abella, dissidente, y voit un recul pour le Canada dans son rôle de chef de file en matière d'utilisation du droit international par les tribunaux⁹⁰.

La doctrine de l'adoption telle que réaffirmée dans l'arrêt *Hape* répond de manière satisfaisante aux préoccupations de préservation de la séparation des pouvoirs et de la suprématie parlementaire, avec la distinction entre normes prohibitives et normes permissives de droit international coutumier. La législation neutralise la réception des normes prohibitives incompatibles, tandis que les normes permissives, qui exigent par leur nature une intervention du législateur afin d'exercer le choix qu'elles offrent, ne peuvent également pas être reçues automatiquement. Deux questions additionnelles gagneraient à être clarifiées dans la doctrine de l'adoption. Il serait opportun que la Cour suprême du Canada clarifie, comme en droit anglais, que les principes bien établis de la *common law* neutralisent aussi la réception des normes prohibitives incompatibles. De plus et bien que cela coule de source, il serait utile qu'elle précise aussi que les règles constitutionnelles écrites neutralisent *a fortiori* la réception des normes prohibitives. La doctrine de l'adoption bien comprise préserve la séparation des pouvoirs et la suprématie parlementaire au Canada, tout en s'assurant que les normes coutumières obligatoires et compatibles avec son droit puissent y produire leur plein effet juridique. Si l'arrêt *Hape* ne méritait pas les critiques sévères qui lui ont été adressées concernant la doctrine de l'adoption, l'arrêt *Nevsun*, lui, en mérite assurément.

⁸⁹ *Québec (PG) c 9147-0732 Québec inc*, 2020 CSC 32.

⁹⁰ *Ibid* aux para 47 (juges Brown et Rowe), 61 (juge Abella, dissidente). Le juge Kasirer juge inopportun de s'attarder à la question dans ses motifs concordants (*ibid* au para 142).