Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2020 Vol. 1

1er cahier, 2020 Vol. 1

Cited as [2020] 1 S.C.R. 3-317

Renvoi [2020] 1 R.C.S. 3-317

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

ÉLOÏSE BENOIT
AUDREY-ANNE BERGERON
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN
LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
CRAIG MRACEK
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
ANDREA SUURLAND
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
DIANE THERRIEN
LESLIE-ANNE WOOD

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER
AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

MARC-ANDRÉ ALAIN
SUZANNE AUDET
MARYAM ARZANI
GENEVIÈVE MARTIN-LAFLEUR

Administrative Assistants / Adjoints administratifs

SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0J1, together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada, K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty The Queen in Right of Canada, 2020.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2020.

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 1, 2020

1er volume, 2020

CONTENTS

Reference re *Environmental Management Act* 3

Constitutional law — Division of powers — Interprovincial undertakings — Environmental protection — Province of British Columbia referring constitutionality of proposed amendments to Environmental Management Act, S.B.C. 2003, c. 53, to Court of Appeal — Proposed amendments introducing hazardous substance permit system to regulate presence of heavy oil in province and thus impacting Trans Mountain pipeline expansion — Court of Appeal holding that it is not within legislative authority of Legislature of British Columbia to enact proposed amendments as their pith and substance, which is to place conditions on, and if necessary, prohibit, carriage of heavy oil through interprovincial undertaking, relates to Parliament's jurisdiction in respect of federal undertakings under s. 92(10) of Constitution Act, 1867 — Court of Appeal's decision upheld — Constitution Act, 1867, s. 92(10).

R. *v.* Doonanco 9

Criminal law — Evidence — Expert evidence — Disclosure — Crown seeking to lead rebuttal expert evidence at trial but failing to disclose expert report prior to testimony of defence's expert — Trial judge allowing testimony of Crown's expert but restricting scope of evidence — Accused convicted by jury of second degree murder, indecently interfering with human remains and arson — Court of Appeal upholding convictions — Crown's late disclosure of expert report and failure to cross-examine defence expert on contents of report interfered with accused's ability to know case to meet and make full answer and defence — Trial judge's remedial ruling not capable of undoing prejudice caused — New trial ordered.

R. *v.* S.H. 12

Criminal law — Evidence — Admissibility — Curative proviso — Accused convicted of drug offences at trial — Majority of Court of Appeal holding that trial judge's error in relying on wrong legislative provision to admit evidence of data extracted from cell phone and possible errors in allowing Crown to reopen case by recalling police officer and in admitting statement by accused without voluntariness voir dire did not affect outcome of trial — Majority of

Continued on next page

SOMMAIRE

Renvoi relatif à l'*Environmental Management Act* 3

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Entreprises interprovinciales — Protection de l'environnement — Renvoi présenté à la Cour d'appel par la province de la Colombie-Britannique relativement à la constitutionnalité de modifications proposées à l'Environmental Management Act, S.B.C. 2003, c. 53 — Instauration par les modifications proposées d'un régime de permis applicable en matière de substances dangereuses qui vise à réglementer la présence de pétrole lourd dans la province et a de ce fait une incidence sur l'expansion du pipeline Trans Mountain — Conclusion de la Cour d'appel portant que les modifications proposées outrepassent le pouvoir de légiférer de la législature de la Colombie-Britannique, car leur caractère véritable, qui consiste à assortir de conditions le transport de pétrole lourd par une entreprise interprovinciale et, si nécessaire, à l'interdire, relève de la compétence conférée au Parlement à l'égard des entreprises fédérales par le par. 92(10) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Arrêt de la Cour d'appel confirmé — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(10).

R. *c.* Doonanco 9

Droit criminel — Preuve — Preuve d'expert — Communication de la preuve — Demande de la Couronne sollicitant l'autorisation de soumettre une contre-preuve d'expert au procès mais défaut de celle-ci de communiquer le rapport d'expertise avant la présentation du témoignage de l'experte de la défense — Témoignage de l'expert de la Couronne autorisé mais étendue du témoignage limitée — Accusée déclarée coupable par un jury de meurtre au deuxième degré, d'indécence envers des restes humains et d'incendie criminel — Déclarations de culpabilité confirmées par la Cour d'appel — Capacité de l'accusée de connaître la preuve à charge et de présenter une défense pleine et entière entravée par la communication tardive du rapport d'expert par la Couronne et par le défaut de celle-ci de contre-interroger l'experte de la défense au sujet du contenu du rapport — Décision réparatrice de la juge du procès ne permettant pas de compenser le préjudice causé — Nouveau procès ordonné.

R. *c.* S.H. 12

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Disposition réparatrice — Accusé déclaré coupable au procès d'infractions liées à la drogue — Cour d'appel d'avis à la majorité que l'erreur commise par le juge du procès lorsqu'il s'est appuyé sur la mauvaise disposition législative pour admettre en preuve les données extraites du téléphone cellulaire, ainsi que les possibles erreurs qu'il a commises lorsqu'il a autorisé la Couronne à rouvrir sa preuve en

Suite à la page suivante

Court of Appeal concluding that Crown's case overwhelming and applying curative proviso to sustain convictions — Convictions upheld.

Newfoundland and Labrador (Attorney General) *v.* Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam) 15

Private international law — Jurisdiction of Quebec court — Innu claimants filing suit in Quebec Superior Court against mining companies operating project in parts of both Quebec and Newfoundland and Labrador — Claimants seeking permanent injunction, damages and declaration that mining companies' project violates Aboriginal title and other Aboriginal rights — Mining companies and Newfoundland and Labrador Crown seeking to strike portions of claim concerning property situated in that province — Whether Quebec courts have jurisdiction over entire claim — Civil Code of Québec, arts. 3134, 3148.

Nevsun Resources Ltd. *v.* Araya 166

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

rappelant l'agent de police à la barre des témoins et qu'il a admis en preuve une déclaration de l'accusé sans tenir de voir dire quant au caractère volontaire de celle-ci n'ont pas influencé l'issue du procès — Cour d'appel concluant à la majorité que la preuve de la Couronne était accablante et appliquant la disposition réparatrice afin de maintenir les déclarations de culpabilité — Déclarations de culpabilité confirmées.

Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) *c.* Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) 15

Droit international privé — Compétence du tribunal québécois — Demande présentée par des Innus devant la Cour supérieure du Québec contre des compagnies minières exploitant un projet sur des territoires situés à la fois au Québec et à Terre-Neuve-et-Labrador — Une injonction permanente, des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire attestant que le projet des compagnies minières viole un titre ancestral et d'autres droits ancestraux sont revendiqués par les demandeurs — Requêtes en radiation d'allégations concernant le territoire situé à Terre-Neuve-et-Labrador présentées par la Couronne du chef de cette province et par les compagnies minières — Les tribunaux du Québec ont-ils compétence pour statuer sur l'ensemble de la demande? — Code civil du Québec, art. 3134, 3148.

Nevsun Resources Ltd. *c.* Araya 166

Droit international public — Droits de la personne — Doctrine de l'acte de gouvernement — Droit international coutumier — Jus cogens — Normes impératives — Doctrine de l'adoption — Recours direct pour violation du droit international coutumier — Action intentée par des travailleurs érythréens contre une société canadienne en Colombie-Britannique — Travailleurs alléguant qu'ils ont été contraints de travailler à une mine détenue par une société canadienne en Érythrée et qu'ils ont subi un traitement violent, cruel, inhumain et dégradant et réclamant des dommages-intérêts pour violations d'interdictions de droit international coutumier et délits de droit interne — Société présentant une demande de radiation des actes de procédure sur le fondement de la doctrine de l'acte de gouvernement et au motif que les réclamations fondées sur le droit international coutumier n'ont aucune possibilité raisonnable de succès — La doctrine de l'acte de gouvernement fait-elle partie de la common law canadienne? — Les interdictions de droit international coutumier relatives au travail forcé, à l'esclavage, aux traitements cruels, inhumains ou dégradants et aux crimes contre l'humanité peuvent-elles servir de fondement à une action en dommages-intérêts en droit canadien? — Y a-t-il lieu de radier les réclamations?

IN THE MATTER OF a Reference by the Lieutenant Governor in Council set out in Order in Council No. 211/18 dated April 25, 2018, concerning the constitutionality of amendments to provisions in the *Environmental Management Act*, S.B.C. 2003, c. 53, regarding the impacts of releases of certain hazardous substances

Attorney General of British Columbia *Appellant*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

and

Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Ecojustice Canada Society,
Canadian Energy Pipeline Association,
Assembly of First Nations,
Heiltsuk Tribal Council,
City of Burnaby,
Trans Mountain Pipeline ULC,
Enbridge Inc.,
Railway Association of Canada,
Explorers and Producers Association of Canada,
Canadian Fuels Association,
Council of The Haida Nation,
Little Shuswap Lake Indian Band,
City of Vancouver,
Suncor Energy Inc.,
Imperial Oil Limited,
Husky Oil Operations Limited,
Cenovus Energy Inc.,
Canadian Natural Resources Limited,
Beecher Bay First Nation,
Songhees Nation,
T'Sou-ke Nation and
Canadian Association of Petroleum Producers *Interveners*

DANS L'AFFAIRE D'UN renvoi par le lieutenant-gouverneur en conseil, énoncé dans le décret nº 211/18, en date du 25 avril 2018, relativement à la constitutionnalité de modifications aux dispositions de la loi intitulée *Environmental Management Act*, S.B.C. 2003, c. 53, portant sur l'impact des rejets de certaines substances dangereuses

Procureur général de la Colombie-Britannique *Appelant*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
Ecojustice Canada Society,
Association canadienne de pipelines d'énergie,
Assemblée des Premières Nations,
Heiltsuk Tribal Council,
City of Burnaby,
Trans Mountain Pipeline ULC,
Enbridge Inc.,
Association des chemins de fer du Canada,
Explorers and Producers Association of Canada,
Canadian Fuels Association,
Council of The Haida Nation,
Little Shuswap Lake Indian Band,
City of Vancouver,
Suncor Énergie Inc.,
Compagnie Pétrolière Impériale Ltée,
Husky Oil Operations Limited,
Cenovus Energy Inc.,
Canadian Natural Resources Limited,
Beecher Bay First Nation,
Songhees Nation,
T'Sou-ke Nation et
Association canadienne des producteurs pétroliers *Intervenants*

Indexed as: Reference re *Environmental Management Act*

2020 SCC 1

File No.: 38682.

2020: January 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Division of powers — Interprovincial undertakings — Environmental protection — Province of British Columbia referring constitutionality of proposed amendments to Environmental Management Act, S.B.C. 2003, c. 53, to Court of Appeal — Proposed amendments introducing hazardous substance permit system to regulate presence of heavy oil in province and thus impacting Trans Mountain pipeline expansion — Court of Appeal holding that it is not within legislative authority of Legislature of British Columbia to enact proposed amendments as their pith and substance, which is to place conditions on, and if necessary, prohibit, carriage of heavy oil through interprovincial undertaking, relates to Parliament's jurisdiction in respect of federal undertakings under s. 92(10) of Constitution Act, 1867 — Court of Appeal's decision upheld — Constitution Act, 1867, s. 92(10).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J.B.C. and Newbury, Groberman, Harris and Fenlon JJ.A.), 2019 BCCA 181, 25 B.C.L.R. (6th) 1, 25 C.E.L.R. (4th) 1, 434 D.L.R. (4th) 213, [2020] 3 W.W.R. 544, [2019] B.C.J. No. 925 (QL), 2019 CarswellBC 1429 (WL Can.), in the matter of a reference concerning the constitutionality of amendments to provisions in the *Environmental Management Act*, S.B.C. 2003, c. 53, regarding the impacts of releases of certain hazardous substances. Appeal dismissed.

Joseph J. Arvay, *Q.C.*, *Catherine Boies Parker*, *Q.C.*, and *Derek Ball*, for the appellant.

Répertorié : Renvoi relatif à l'*Environmental Management Act*

2020 CSC 1

N° du greffe : 38682.

2020 : 16 janvier.

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

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

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Entreprises interprovinciales — Protection de l'environnement — Renvoi présenté à la Cour d'appel par la province de la Colombie-Britannique relativement à la constitutionnalité de modifications proposées à l'Environmental Management Act, S.B.C. 2003, c. 53 — Instauration par les modifications proposées d'un régime de permis applicable en matière de substances dangereuses qui vise à réglementer la présence de pétrole lourd dans la province et a de ce fait une incidence sur l'expansion du pipeline Trans Mountain — Conclusion de la Cour d'appel portant que les modifications proposées outrepassent le pouvoir de légiférer de la législature de la Colombie-Britannique, car leur caractère véritable, qui consiste à assortir de conditions le transport de pétrole lourd par une entreprise interprovinciale et, si nécessaire, à l'interdire, relève de la compétence conférée au Parlement à l'égard des entreprises fédérales par le par. 92(10) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Arrêt de la Cour d'appel confirmé — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(10).

POURVOI contre l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Newbury, Groberman, Harris et Fenlon), 2019 BCCA 181, 25 B.C.L.R. (6th) 1, 25 C.E.L.R. (4th) 1, 434 D.L.R. (4th) 213, [2020] 3 W.W.R. 544, [2019] B.C.J. No. 925 (QL), 2019 CarswellBC 1429 (WL Can.), dans l'affaire d'un renvoi relativement à la constitutionnalité de modifications aux dispositions de la loi intitulée *Environmental Management Act*, S.B.C. 2003, c. 53, portant sur l'impact des rejets de certaines substances dangereuses. Pourvoi rejeté.

Joseph J. Arvay, *c.r.*, *Catherine Boies Parker*, *c.r.*, et *Derek Ball*, pour l'appelant.

Jan Brongers and *B.J. Wray*, for the respondent.

Josh Hunter and *Aud Ranalli*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Frédéric Perreault and *Jean-François Beaupré*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Thomson Irvine, *Q.C.*, and *Noah Wernikowski*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Peter A. Gall, *Q.C.*, *Margaret Unsworth*, *Q.C.*, and *Andrea L. Zwack*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Harry Wruck, *Q.C.*, and *Kegan Pepper-Smith*, for the intervener the Ecojustice Canada Society.

Michael A. Marion, *Alan L. Ross* and *Brett R. Carlson*, for the intervener the Canadian Energy Pipeline Association.

Julie McGregor and *Stuart Wuttke*, for the intervener the Assembly of First Nations.

Lisa C. Fong, *Q.C.*, for the intervener the Heiltsuk Tribal Council.

Michelle L. Bradley, for the intervener the City of Burnaby.

Maureen E. Killoran, *Q.C.*, and *Olivia Dixon*, for the intervener Trans Mountain Pipeline ULC.

Maureen E. Killoran, *Q.C.*, *Sean Sutherland* and *Robert Rooney*, *Q.C.*, for the intervener Enbridge Inc.

Nicholas R. Hughes and *Kevan Hanowski*, for the intervener the Railway Association of Canada.

Paul Chiswell, *Robert Martz* and *Brendan Downey*, for the intervener the Explorers and Producers Association of Canada.

Geoffrey G. Cowper, *Q.C.*, and *Daniel Byma*, for the intervener the Canadian Fuels Association.

Jan Brongers et *B.J. Wray*, pour l'intimé.

Josh Hunter et *Aud Ranalli*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Frédéric Perreault et *Jean-François Beaupré*, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Thomson Irvine, *c.r.*, et *Noah Wernikowski*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Peter A. Gall, *c.r.*, *Margaret Unsworth*, *c.r.*, et *Andrea L. Zwack*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Harry Wruck, *c.r.*, et *Kegan Pepper-Smith*, pour l'intervenante Ecojustice Canada Society.

Michael A. Marion, *Alan L. Ross* et *Brett R. Carlson*, pour l'intervenante l'Association canadienne de pipelines d'énergie.

Julie McGregor et *Stuart Wuttke*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Lisa C. Fong, *c.r.*, pour l'intervenant Heiltsuk Tribal Council.

Michelle L. Bradley, pour l'intervenante City of Burnaby.

Maureen E. Killoran, *c.r.*, et *Olivia Dixon*, pour l'intervenante Trans Mountain Pipeline ULC.

Maureen E. Killoran, *c.r.*, *Sean Sutherland* et *Robert Rooney*, *c.r.*, pour l'intervenante Enbridge Inc.

Nicholas R. Hughes et *Kevan Hanowski*, pour l'intervenante l'Association des chemins de fer du Canada.

Paul Chiswell, *Robert Martz* et *Brendan Downey*, pour l'intervenante Explorers and Producers Association of Canada.

Geoffrey G. Cowper, *c.r.*, et *Daniel Byma*, pour l'intervenante Canadian Fuels Association.

G. L. Terri-Lynn Williams-Davidson, *David Paterson* and *Elizabeth Bulbrook*, for the intervener the Council of The Haida Nation.

Arthur M. Grant and *Roderick B. McLennan*, for the intervener the Little Shuswap Lake Indian Band.

Susan Horne and *Kevin Nakanishi*, for the intervener the City of Vancouver.

Catherine Beagan Flood and *Laura Cundari*, for the interveners Suncor Energy Inc., Imperial Oil Limited, Husky Oil Operations Limited, Cenovus Energy Inc. and Canadian Natural Resources Limited.

Robert Janes, *Q.C.*, and *Aria Laskin*, for the interveners the Beecher Bay First Nation, the Songhees Nation and the T'Sou-ke Nation.

Brad Armstrong, *Q.C.*, *Keith B. Bergner* and *Toby Kruger*, for the intervener the Canadian Association of Petroleum Producers.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view to dismiss the appeal for the unanimous reasons of the Court of Appeal for British Columbia.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

G. L. Terri-Lynn Williams-Davidson, *David Paterson* et *Elizabeth Bulbrook*, pour l'intervenant Council of The Haida Nation.

Arthur M. Grant et *Roderick B. McLennan*, pour l'intervenante Little Shuswap Lake Indian Band.

Susan Horne et *Kevin Nakanishi*, pour l'intervenante City of Vancouver.

Catherine Beagan Flood et *Laura Cundari*, pour les intervenantes Suncor Énergie Inc., Compagnie Pétrolière Impériale Ltée, Husky Oil Operations Limited, Cenovus Energy Inc. et Canadian Natural Resources Limited.

Robert Janes, *c.r.*, et *Aria Laskin*, pour les intervenantes Beecher Bay First Nation, Songhees Nation et T'Sou-ke Nation.

Brad Armstrong, *c.r.*, *Keith B. Bergner* et *Toby Kruger*, pour l'intervenante l'Association canadienne des producteurs pétroliers.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — Nous sommes toutes et tous d'avis de rejeter l'appel pour les motifs unanimes exposés par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Alberta: Gall Legge Grant Zwack, Vancouver; Attorney General of Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Gall Legge Grant Zwack, Vancouver; procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Ecojustice Canada Society: Ecojustice Canada Society, Vancouver.

Procureur de l'intervenante Ecojustice Canada Society : Ecojustice Canada Society, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Energy Pipeline Association: Borden Ladner Gervais, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne de pipelines d'énergie : Borden Ladner Gervais, Calgary.

Solicitor for the intervener the Assembly of First Nations: Assembly of First Nations, Ottawa.

Procureur de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Heiltsuk Tribal Council: Ng Ariss Fong, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Heiltsuk Tribal Council : Ng Ariss Fong, Vancouver.

Solicitors for the intervener the City of Burnaby: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureurs de l'intervenante City of Burnaby : Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitors for the intervener Trans Mountain Pipeline ULC: Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.

Procureurs de l'intervenante Trans Mountain Pipeline ULC : Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.

Solicitors for the intervener Enbridge Inc.: Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.

Procureurs de l'intervenante Enbridge Inc. : Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.

Solicitors for the intervener the Railway Association of Canada: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des chemins de fer du Canada : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Explorers and Producers Association of Canada: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureurs de l'intervenante Explorers and Producers Association of Canada : Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Fuels Association: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Canadian Fuels Association : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Council of The Haida Nation: White Raven Law Corporation, Surrey; Paterson Law Office, Surrey.

Procureurs de l'intervenant Council of The Haida Nation : White Raven Law Corporation, Surrey; Paterson Law Office, Surrey.

Solicitors for the intervener the Little Shuswap Lake Indian Band: Grant Kovacs Norell, Vancouver.

Solicitor for the intervener the City of Vancouver: City of Vancouver, Vancouver.

Solicitors for the interveners Suncor Energy Inc., Imperial Oil Limited, Husky Oil Operations Limited, Cenovus Energy Inc. and Canadian Natural Resources Limited: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the interveners the Beecher Bay First Nation, the Songhees Nation and the T'Sou-ke Nation: JFK Law Corporation, Victoria.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Petroleum Producers: Lawson Lundell, Calgary.

Procureurs de l'intervenante Little Shuswap Lake Indian Band : Grant Kovacs Norell, Vancouver.

Procureur de l'intervenante City of Vancouver : City of Vancouver, Vancouver.

Procureurs des intervenantes Suncor Énergie Inc., Compagnie Pétrolière Impériale Ltée, Husky Oil Operations Limited, Cenovus Energy Inc. et Canadian Natural Resources Limited : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intervenantes Beecher Bay First Nation, Songhees Nation et T'Sou-ke Nation : JFK Law Corporation, Victoria.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des producteurs pétroliers : Lawson Lundell, Calgary.

Deborah Lee Doonanco *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* DOONANCO

2020 SCC 2

File No.: 38577.

2020: February 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Expert evidence — Disclosure — Crown seeking to lead rebuttal expert evidence at trial but failing to disclose expert report prior to testimony of defence's expert — Trial judge allowing testimony of Crown's expert but restricting scope of evidence — Accused convicted by jury of second degree murder, indecently interfering with human remains and arson — Court of Appeal upholding convictions — Crown's late disclosure of expert report and failure to cross-examine defence expert on contents of report interfered with accused's ability to know case to meet and make full answer and defence — Trial judge's remedial ruling not capable of undoing prejudice caused — New trial ordered.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(iii).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Watson, Bielby and Wakeling JJ.A.), 2019 ABCA 118, 432 C.R.R. (2d) 270, [2019] 7 W.W.R. 430, 373 C.C.C. (3d) 275, 87 Alta. L.R. (6th) 221, [2019] A.J. No. 395 (QL), 2019 CarswellAlta 619 (WL Can.), affirming the convictions of the accused for second degree murder, indecently interfering with human remains and arson. Appeal allowed.

Deborah Lee Doonanco *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* DOONANCO

2020 CSC 2

N° du greffe : 38577.

2020 : 18 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Preuve — Preuve d'expert — Communication de la preuve — Demande de la Couronne sollicitant l'autorisation de soumettre une contre-preuve d'expert au procès mais défaut de celle-ci de communiquer le rapport d'expertise avant la présentation du témoignage de l'experte de la défense — Témoignage de l'expert de la Couronne autorisé mais étendue du témoignage limitée — Accusée déclarée coupable par un jury de meurtre au deuxième degré, d'indécence envers des restes humains et d'incendie criminel — Déclarations de culpabilité confirmées par la Cour d'appel — Capacité de l'accusée de connaître la preuve à charge et de présenter une défense pleine et entière entravée par la communication tardive du rapport d'expert par la Couronne et par le défaut de celle-ci de contre-interroger l'experte de la défense au sujet du contenu du rapport — Décision réparatrice de la juge du procès ne permettant pas de compenser le préjudice causé — Nouveau procès ordonné.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)a)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Watson, Bielby et Wakeling), 2019 ABCA 118, 432 C.R.R. (2d) 270, [2019] 7 W.W.R. 430, 373 C.C.C. (3d) 275, 87 Alta. L.R. (6th) 221, [2019] A.J. No. 395 (QL), 2019 CarswellAlta 619 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour meurtre au deuxième degré, indécence envers des restes humains et incendie criminel prononcées contre l'accusée. Pourvoi accueilli.

Brian A. Beresh, *Q.C.*, for the appellant.

Joanne Dartana and *Cheryl A. Schlecker*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — We are all of the view that the appeal must be allowed and a new trial ordered on all counts. The Crown's failure to disclose Dr. Glancy's report before Dr. Walker completed her testimony, when considered together with the Crown's failure to cross-examine Dr. Walker on the contents of that report, interfered with Ms. Doonanco's ability to know the case she had to meet and make full answer and defence. To that extent, we agree with the reasons of Justice Bielby, dissenting in the Court of Appeal.

[2] With respect, however, unlike Justice Bielby, we are not persuaded that the trial judge's remedial ruling was capable of undoing the prejudice caused to Ms. Doonanco by the manner in which the Crown proceeded. In the circumstances, precluding Dr. Glancy from testifying was, in our view, the only way of preserving Ms. Doonanco's right to a fair trial.

[3] The net effect of Dr. Glancy's evidence was to call into question Dr. Walker's competence and the reliability of her expert testimony by showing that she failed to consider, much less explain, a number of factors that Dr. Glancy found to be atypical of the battered woman's syndrome — factors which undermined Dr. Walker's conclusion that Ms. Doonanco was suffering from this syndrome when she killed her domestic partner.

[4] Because Dr. Glancy's report was not disclosed to the defence before Dr. Walker completed her testimony, and because the factors that Dr. Glancy relied upon to characterize Ms. Doonanco's case as atypical were never put to Dr. Walker by the Crown in cross-examination, the defence was not able to

Brian A. Beresh, *c.r.*, pour l'appelante.

Joanne Dartana et *Cheryl A. Schlecker*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Nous sommes toutes et tous d'avis que le pourvoi doit être accueilli et qu'un nouveau procès doit être ordonné pour tous les chefs d'accusation. Le fait que la Couronne n'a pas communiqué le rapport du Dr Glancy avant la fin du témoignage de la Dre Walker, en plus du fait qu'elle n'a pas contre-interrogé la Dre Walker au sujet du contenu de ce rapport, a entravé la capacité de Mme Doonanco de connaître la preuve à charge et de présenter une défense pleine et entière. Dans cette mesure, nous souscrivons aux motifs de la juge Bielby, dissidente en Cour d'appel.

[2] Toutefois, soit dit en tout respect, nous ne sommes pas convaincus, contrairement à la juge Bielby, que la décision réparatrice prononcée par la juge du procès pouvait compenser le préjudice causé à Mme Doonanco par la façon dont la Couronne a procédé. Dans les circonstances, nous estimons que la seule façon de préserver le droit de Mme Doonanco à un procès équitable était d'empêcher le Dr Glancy de témoigner.

[3] Le témoignage du Dr Glancy a eu comme effet net de remettre en question la compétence de la Dre Walker et la fiabilité de son témoignage d'expert en montrant qu'elle a omis de prendre en considération, et par le fait même d'expliquer, un certain nombre de facteurs qui, selon le Dr Glancy, étaient atypiques du syndrome de la femme battue — des facteurs qui ont affaibli la conclusion de la Dre Walker selon laquelle Mme Doonanco souffrait de ce syndrome lorsqu'elle a tué son partenaire.

[4] Parce que le rapport du Dr Glancy n'a pas été communiqué à la défense avant la fin du témoignage de la Dre Walker, et parce que la Couronne n'a jamais présenté en contre-interrogatoire à la Dre Walker les facteurs sur lesquels le Dr Glancy s'est fondé pour qualifier le cas de Mme Doonanco d'atypique, la

respond to Dr. Glancy's critiques. This rendered Ms. Doonanco's trial unfair, resulting in a miscarriage of justice (see *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(iii)).

[5] Accordingly, the appeal is allowed, the convictions are set aside, and a new trial is ordered on all counts.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Beresh Law, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

défense n'était pas en mesure de répondre aux critiques du Dr Glancy. Ces éléments ont fait en sorte que le procès de Mme Doonanco était inéquitable, donnant ainsi lieu à une erreur judiciaire (voir *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, al. 686(1)a)(iii)).

[5] Par conséquent, le pourvoi est accueilli, les déclarations de culpabilité sont annulées et un nouveau procès est ordonné pour tous les chefs d'accusation.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante : Beresh Law, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

S.H. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Criminal Lawyers' Association (Ontario)
Intervener

S.H. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Criminal Lawyers' Association (Ontario)
Intervenante

Indexed as: R. *v.* S.H.

2020 SCC 3

File No.: 38827.

2020: February 19.

Present: Abella, Moldaver, Côté, Brown and Martin JJ.

Répertorié : R. *c.* S.H.

2020 CSC 3

N° du greffe : 38827.

2020 : 19 février.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Côté, Brown et Martin.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Admissibility — Curative proviso — Accused convicted of drug offences at trial — Majority of Court of Appeal holding that trial judge's error in relying on wrong legislative provision to admit evidence of data extracted from cell phone and possible errors in allowing Crown to reopen case by recalling police officer and in admitting statement by accused without voluntariness voir dire did not affect outcome of trial — Majority of Court of Appeal concluding that Crown's case overwhelming and applying curative proviso to sustain convictions — Convictions upheld.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Disposition réparatrice — Accusé déclaré coupable au procès d'infractions liées à la drogue — Cour d'appel d'avis à la majorité que l'erreur commise par le juge du procès lorsqu'il s'est appuyé sur la mauvaise disposition législative pour admettre en preuve les données extraites du téléphone cellulaire, ainsi que les possibles erreurs qu'il a commises lorsqu'il a autorisé la Couronne à rouvrir sa preuve en rappelant l'agent de police à la barre des témoins et qu'il a admis en preuve une déclaration de l'accusé sans tenir de voir dire quant au caractère volontaire de celle-ci n'ont pas influencé l'issue du procès — Cour d'appel concluant à la majorité que la preuve de la Couronne était accablante et appliquant la disposition réparatrice afin de maintenir les déclarations de culpabilité — Déclarations de culpabilité confirmées.

Cases Cited

By Brown J. (dissenting)

R. v. Khan, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823.

Jurisprudence

Citée par le juge Brown (dissident)

R. c. Khan, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Tulloch and Brown JJ.A.), 2019 ONCA 669, 377 C.C.C. (3d) 335, 442 D.L.R. (4th) 184, [2019] O.J. No. 4438 (QL), 2019 CarswellOnt

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Simmons, Tulloch et Brown), 2019 ONCA 669, 377 C.C.C. (3d) 335, 442 D.L.R. (4th) 184, [2019] O.J. No. 4438 (QL), 2019

14110 (WL Can.), affirming the convictions of the accused for possession of cocaine for the purpose of trafficking, possession of oxycodone, production of marijuana, and possession of marijuana for the purpose of trafficking. Appeal dismissed, Brown and Martin JJ. dissenting.

Alice Barton and *Michael Dineen*, for the appellant.

Jennifer Conroy and *François Lacasse*, for the respondent.

Nader R. Hasan and *Taufiq Hashmani*, for the intervener.

The judgment of Abella, Moldaver and Côté JJ. was delivered orally by

[1] Moldaver J. — A majority of the Court is of the view that the evidence adduced by the Crown after the re-opening was essentially confirmatory of the evidence that had already been adduced by the Crown showing that the appellant had constructive possession of the drugs in question. We agree with the majority of the Court of Appeal that the evidence led prior to the re-opening was overwhelming.

[2] In these circumstances, we are satisfied that the Court of Appeal did not err in applying the curative proviso to sustain the convictions.

[3] Accordingly, we would dismiss the appeal.

The reasons of Brown and Martin JJ. were delivered orally by

[4] Brown J. (dissenting) — We would allow the appeal and order a new trial. In our view, the trial judge's error in allowing the Crown to split its case led to an unfair trial, which miscarriage of justice cannot be cured: *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 27.

CarswellOnt 14110 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé pour possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic, possession d'oxycodone, production de marijuana et possession de marijuana en vue d'en faire le trafic. Pourvoi rejeté, les juges Brown et Martin sont dissidents.

Alice Barton et *Michael Dineen*, pour l'appelant.

Jennifer Conroy et *François Lacasse*, pour l'intimée.

Nader R. Hasan et *Taufiq Hashmani*, pour l'intervenante.

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver et Côté rendu oralement par

[1] Le juge Moldaver — Les juges majoritaires de la Cour sont d'avis que la preuve présentée par la Couronne après la réouverture confirmait pour l'essentiel la preuve qu'elle avait déjà produite et qui démontrait que l'appelant était en possession imputée des drogues en question. Nous convenons avec les juges majoritaires de la Cour d'appel que la preuve présentée avant la réouverture était accablante.

[2] Dans les circonstances, nous sommes convaincus que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en appliquant la disposition réparatrice pour maintenir les déclarations de culpabilité.

[3] Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Brown et Martin rendus oralement par

[4] Le juge Brown (dissident) — Nous accueillerions le pourvoi et ordonnerions la tenue d'un nouveau procès. À notre avis, l'erreur qu'a commise le juge du procès en autorisant la Couronne à scinder sa preuve a rendu le procès inéquitable, et l'erreur judiciaire qui en a résulté ne peut être corrigée : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 27.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Dawe & Dineen, Toronto.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener: Stockwoods, Toronto.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Dawe & Dineen, Toronto.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Stockwoods, Toronto.

Attorney General of Newfoundland and Labrador *Appellant*

v.

Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam),
Innu of Matimekush-Lac John,
Chief Georges-Ernest Grégoire,
Chief Réal McKenzie,
Innu Takuaikan Uashat Mak Mani-Utenam Band,
Innu Nation Matimekush-Lac John,
Mike McKenzie, Yves Rock,
Jonathan McKenzie, Ronald Fontaine,
Marie-Marthe Fontaine,
Marcelle St-Onge, Évelyne St-Onge,
William Fontaine, Adélard Joseph,
Caroline Gabriel, Marie-Marthe McKenzie,
Marie-Line Ambroise, Paco Vachon,
Albert Vollant, Raoul Vollant,
Gilbert Michel, Agnès McKenzie,
Philippe McKenzie and
Auguste Jean-Pierre *Respondents*

and

Attorney General of Canada,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of British Columbia,
Iron Ore Company of Canada,
Quebec North Shore and Labrador Railway Company Inc.,
Kitigan Zibi Anishinabeg,
Algonquin Anishinabeg Nation Tribal Council,
Amnesty International Canada and
Tsawout First Nation *Interveners*

Indexed as: Newfoundland and Labrador (Attorney General) *v.* Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)

Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador *Appelant*

c.

Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam),
Innus de Matimekush-Lac John,
chef Georges-Ernest Grégoire,
chef Réal McKenzie,
Bande Innu Takuaikan Uashat Mak Mani-Utenam,
Nation Innu Matimekush-Lac John,
Mike McKenzie, Yves Rock,
Jonathan McKenzie, Ronald Fontaine,
Marie-Marthe Fontaine,
Marcelle St-Onge, Évelyne St-Onge,
William Fontaine, Adélard Joseph,
Caroline Gabriel, Marie-Marthe McKenzie,
Marie-Line Ambroise, Paco Vachon,
Albert Vollant, Raoul Vollant,
Gilbert Michel, Agnès McKenzie,
Philippe McKenzie et
Auguste Jean-Pierre *Intimés*

et

Procureur général du Canada,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Colombie-Britannique,
Compagnie minière IOC,
Compagnie de chemin de fer du littoral nord de Québec et du Labrador inc.,
Kitigan Zibi Anishinabeg,
Conseil tribal de la nation algonquine Anishinabeg,
Amnistie internationale Canada et
Tsawout First Nation *Intervenants*

Répertorié : Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) *c.* Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)

2020 SCC 4

File No.: 37912.

2019: April 24; 2020: February 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Private international law — Jurisdiction of Quebec court — Innu claimants filing suit in Quebec Superior Court against mining companies operating project in parts of both Quebec and Newfoundland and Labrador — Claimants seeking permanent injunction, damages and declaration that mining companies' project violates Aboriginal title and other Aboriginal rights — Mining companies and Newfoundland and Labrador Crown seeking to strike portions of claim concerning property situated in that province — Whether Quebec courts have jurisdiction over entire claim — Civil Code of Québec, arts. 3134, 3148.

In 2013, two Innu First Nations, as well as a number of chiefs and councillors ("Innu"), filed suit in the Superior Court of Quebec against two mining companies responsible for a megaproject consisting of multiple open-pit mines near Schefferville, Quebec and Labrador City, Newfoundland and Labrador, as well as port, railway and industrial facilities in Sept-Îles, Quebec and railway winding through both provinces.

In their originating application, the Innu assert a right to the exclusive use and occupation of the lands affected by the megaproject. They claim to have occupied, since time immemorial, a traditional territory that straddles the border between the provinces of Quebec and Newfoundland and Labrador. They allege that the megaproject was built without their consent, and invoke a host of environmental harms which have impeded their activities, depriving them of the enjoyment of their territory. As remedies against these alleged wrongs, the Innu seek, among other things, a permanent injunction against the mining companies ordering them to cease all work related to the megaproject, $900 million in damages, and a declaration that the megaproject constitutes a violation of Aboriginal title and

2020 CSC 4

N° du greffe : 37912.

2019 : 24 avril; 2020 : 21 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit international privé — Compétence du tribunal québécois — Demande présentée par des Innus devant la Cour supérieure du Québec contre des compagnies minières exploitant un projet sur des territoires situés à la fois au Québec et à Terre-Neuve-et-Labrador — Une injonction permanente, des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire attestant que le projet des compagnies minières viole un titre ancestral et d'autres droits ancestraux sont revendiqués par les demandeurs — Requêtes en radiation d'allégations concernant le territoire situé à Terre-Neuve-et-Labrador présentées par la Couronne du chef de cette province et par les compagnies minières — Les tribunaux du Québec ont-ils compétence pour statuer sur l'ensemble de la demande? — Code civil du Québec, art. 3134, 3148.

En 2013, deux Premières Nations innues ainsi que plusieurs chefs et conseillers (« Innus ») intentent une poursuite en Cour supérieure du Québec contre deux compagnies minières responsables d'un mégaprojet comprenant de nombreuses mines à ciel ouvert exploitées près de Schefferville, au Québec, et de Labrador City, à Terre-Neuve-et-Labrador, de même qu'un port, un chemin de fer et des installations industrielles à Sept-Îles, au Québec, et des chemins de fer sillonnant les deux provinces.

Dans leur demande introductive d'instance, les Innus revendiquent le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées par le mégaprojet. Ils affirment occuper depuis des temps immémoriaux un territoire traditionnel chevauchant la frontière qui sépare les provinces du Québec et de Terre-Neuve-et-Labrador. Ils soutiennent que le mégaprojet a été entrepris sans leur consentement, et allèguent une longue liste d'atteintes à l'environnement qui nuisent à leurs activités, les empêchant de jouir de leur territoire. À titre de réparations pour ces préjudices allégués, les Innus sollicitent notamment une injonction permanente contre les compagnies minières leur ordonnant de cesser tous les travaux liés au mégaprojet, des dommages-intérêts de 900 millions de dollars et un

other Aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The mining companies and the Attorney General of Newfoundland and Labrador each filed a motion to strike from the Innu's pleading portions of the claim which, in their view, concern real rights over property situated in Newfoundland and Labrador and, therefore, fall under the jurisdiction of the courts of that province.

The Superior Court of Quebec dismissed the motions to strike. As it declined to characterize the action as a real action, it held that the Quebec courts had jurisdiction to hear the matter. The Quebec Court of Appeal dismissed Newfoundland and Labrador's appeal.

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

Per Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Gascon and Martin JJ.: The Superior Court of Quebec has jurisdiction over the entire claim. The action is properly characterized as a non-classical mixed action that involves the recognition of *sui generis* rights and the performance of obligations. Since both mining companies are headquartered in Montréal, Quebec courts have jurisdiction over the personal and the *sui generis* aspects of the claim pursuant to art. 3148 and art. 3134 *C.C.Q.*

Book Ten of the *C.C.Q.* sets out the rules governing private international law in the province. In the spirit of comity, these rules limit the jurisdiction of Quebec authorities to matters closely linked to the province. The *C.C.Q.* is silent with respect to the proper analysis for characterizing an action for the purposes of Chapter II, which establishes specific rules of jurisdiction based on the nature of the action in question. In the absence of legislative direction, when characterizing an action, it is the nature of the rights at stake and the conclusions sought that must be considered. The rules of Book Ten must be interpreted in light of the imperatives of our constitutional order and in a manner consistent with the Constitution. Where s. 35 rights are at stake, Book Ten must be interpreted in a manner that respects constitutionally recognized and affirmed Aboriginal rights and treaty rights, and that takes into account access to justice considerations.

jugement déclaratoire portant que le mégaprojet constitue une violation de leur titre ancestral et d'autres droits ancestraux reconnus et confirmés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les compagnies minières et le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador déposent chacun une requête en radiation de certaines portions de la demande des Innus qui, selon eux, concernent des droits réels sur des terres situées à Terre-Neuve-et-Labrador et qui, en conséquence, relèvent de la compétence des tribunaux de cette province.

La Cour supérieure du Québec rejette les requêtes en radiation. Comme elle refuse de qualifier l'action de réelle, elle conclut que les tribunaux du Québec ont compétence pour instruire l'affaire. La Cour d'appel du Québec rejette l'appel de Terre-Neuve-et-Labrador.

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

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis, Gascon et Martin : La Cour supérieure du Québec a compétence pour connaître de l'ensemble de la demande. L'action est qualifiée correctement comme une action mixte non classique qui suppose la reconnaissance de droits *sui generis* et l'exécution d'obligations. Comme les compagnies minières ont toutes les deux leur siège à Montréal, les tribunaux québécois ont compétence sur les aspects tant personnel que *sui generis* de la demande en vertu des art. 3148 et 3134 du *C.c.Q.*

Le Livre dixième du *C.c.Q.* énonce les règles qui régissent le droit international privé dans la province. Pour des raisons de courtoisie, ces règles limitent la compétence des autorités du Québec aux affaires qui sont étroitement liées à la province. Le *C.c.Q.* est muet quant à l'analyse appropriée à effectuer pour qualifier une action aux fins du chapitre deuxième, qui prévoit des règles de compétence particulières en fonction de la nature de l'action. À défaut d'indication du législateur, il faut prendre en considération la nature des droits en cause et des conclusions recherchées lorsque vient le temps de qualifier l'action. Il faut interpréter les règles énoncées au Livre dixième à la lumière des impératifs de notre ordre constitutionnel et conformément à la Constitution. Lorsque les droits garantis par l'art. 35 sont en jeu, le Livre dixième doit être interprété de manière à respecter les droits ancestraux et les droits issus de traités reconnus et confirmés par la Constitution, mais aussi en tenant compte des considérations relatives à l'accès à la justice.

Aboriginal rights, including the sub-category of Aboriginal title, are *sui generis* in nature. A *sui generis* right is a unique one, which it is impossible to fit into any recognized category. Aboriginal title is not to be conflated with traditional civil or common law property concepts, or described using the classical language of property law, as it has unique characteristics that distinguish it from civil law and common law conceptions of property, including features that are incompatible with property as it is understood in the civil law and common law. For example, Aboriginal title is inherently collective and it restricts both the alienability of land and the uses to which land can be put. Aboriginal title is also firmly grounded in the relationships formed by the confluence of prior occupation and the assertion of sovereignty by the Crown, which give rise to obligations flowing from the honour of the Crown that are clearly more akin to personal rights. Disputes involving Aboriginal title must also be understood with reference to Aboriginal perspectives. Section 35 rights are neither real rights nor personal rights as defined in the civil law, nor a combination of the two, but legally distinct *sui generis* rights.

In the context of s. 35 claims that straddle multiple provinces, access to justice requires that jurisdictional rules be interpreted flexibly so as not to prevent Aboriginal peoples from asserting their constitutional rights, including their traditional rights to land. Moreover, the honour of the Crown requires increased attention to minimizing costs and complexity when litigating s. 35 matters. Where a claim of Aboriginal rights or title straddles multiple provinces, requiring the claimant to litigate the same issues in separate courts multiple times would erect gratuitous barriers to potentially valid claims. This would be particularly unjust when the rights claimed pre-date the imposition of provincial borders on Indigenous peoples. The later establishment of provincial boundaries should not be permitted to deprive or impede the right of Aboriginal peoples to effective remedies for alleged violations of these pre-existing rights. Though the provinces have no legislative jurisdiction over s. 35 rights, their courts certainly adjudicate them. Adjudicative jurisdiction over property outside of the province can be conferred in the s. 35 context because it concerns *sui generis* rights, not real rights, and it operates uniformly across Canada. The

Les droits ancestraux, y compris la sous-catégorie des titres ancestraux, sont des droits de nature *sui generis*. Un droit *sui generis* est un droit unique qu'il est impossible de faire entrer dans aucune catégorie reconnue. Il faut veiller à ne pas confondre le titre ancestral avec les concepts traditionnels de droit civil ou de common law relatifs au droit des biens, ou même à ne pas qualifier ce titre en utilisant la terminologie habituelle du droit des biens, puisqu'il présente des caractéristiques uniques qui le distinguent des notions de propriété du droit civil et de la common law, y compris des caractéristiques incompatibles avec la propriété au sens du droit civil et de la common law. Par exemple, le titre ancestral est un titre intrinsèquement collectif et il prévoit des restrictions à la cession des terres et à l'utilisation qu'on peut en faire. Le titre ancestral est aussi solidement ancré dans les relations qui sont le fruit du croisement de l'occupation antérieure et de l'affirmation de la souveraineté par la Couronne, qui donnent naissance à des obligations liées à l'honneur de la Couronne qui s'apparentent définitivement plus à des droits personnels. On devrait aussi aborder les conflits relatifs à un titre ancestral en référant au point de vue des Autochtones. Les droits protégés par l'art. 35 ne sont ni des droits réels ni des droits personnels au sens du droit civil, ils ne sont pas non plus simplement un amalgame de ces deux types de droits; ce sont des droits *sui generis* juridiquement distincts.

Dans le contexte de revendications fondées sur l'art. 35 qui concernent un territoire chevauchant plusieurs provinces, le principe de l'accès à la justice commande que les règles en matière de compétence soient interprétées avec souplesse de manière à ne pas empêcher les peuples autochtones de faire valoir leurs droits constitutionnels, y compris leurs droits traditionnels à l'égard d'un territoire. En outre, le principe de l'honneur de la Couronne exige quant à lui que l'on soit soucieux de minimiser les coûts et la complexité des causes fondées sur l'art. 35. Lorsqu'une revendication de titre ou de droits ancestraux concerne un territoire qui chevauche la frontière séparant plusieurs provinces, le fait d'obliger le demandeur à plaider plusieurs fois les mêmes questions devant des cours distinctes créerait des obstacles inutiles à des revendications potentiellement valides. Cela serait particulièrement injuste dans la mesure où les droits revendiqués sont antérieurs à l'établissement des frontières provinciales imposées aux peuples autochtones. L'établissement ultérieur de frontières provinciales ne devrait pas permettre de priver les Autochtones de leur droit à des réparations efficaces pour des violations alléguées de ces droits préexistants ou d'y

determination of whether a claimed Aboriginal or treaty right enjoys constitutional protection under s. 35 is a matter of constitutional law. Neither s. 35 nor constitutional law is foreign to Quebec or its courts.

The claim in the instant case falls into the mixed action category. In order for a Quebec court to have jurisdiction over a classical mixed action, it must have jurisdiction over both the personal and real aspects of the matter. However, this claim is a not a classical mixed action. It is rather a mixed action that involves seeking the recognition of a *sui generis* right (a declaration of Aboriginal title) and the performance of various obligations related to failures to respect that right (damages in delict and neighbourhood disturbances), that is, a personal aspect. In the context of such a non-classical mixed action, a Quebec court has jurisdiction over both the personal and the *sui generis* aspects of the claim. Actions in delict and neighbourhood disturbances are generally characterized as personal actions and art. 3148 *C.C.Q.* grants Quebec authorities jurisdiction over personal actions of a patrimonial nature where the defendant is domiciled in Quebec. With respect to the aspects of the claim that relate to the recognition of a *sui generis* right, such as a s. 35 right, the *C.C.Q.* does not include any special provision to establish the jurisdiction of Quebec authorities in such circumstances. Therefore, art. 3134, which states that "[i]n the absence of any special provision, Québec authorities have jurisdiction when the defendant is domiciled in Québec", applies. Given that the mining companies are both headquartered in Montréal, Quebec authorities have jurisdiction over both aspects of this non-classical mixed action pursuant to arts. 3134 and 3148 *C.C.Q.*, which are sufficient to ground the jurisdiction of Quebec authorities.

Per Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. (dissenting): The appeal should be allowed, the judgments of the Superior Court and the Court of Appeal should be set aside, the motion to strike allegations of the Attorney General of Newfoundland and Labrador should be allowed in part, and it should be ordered that the conclusions of the

porter atteinte. Même si les provinces n'ont pas de compétence législative à l'égard des droits garantis par l'art. 35, leurs tribunaux instruisent certainement ce type d'affaires. Un tribunal peut avoir une compétence juridictionnelle à l'égard de la propriété à l'extérieur de la province dans le contexte de l'art. 35, parce qu'il est question de droits *sui generis*, et non de droits réels, et parce que cette disposition s'applique uniformément partout au Canada. La question de savoir si le droit ancestral ou le droit issu d'un traité revendiqué jouit de la protection constitutionnelle prévue à l'art. 35 relève du droit constitutionnel. Ni l'art. 35 ni le droit constitutionnel ne sont étrangers au Québec ou à ses tribunaux.

En l'espèce, la demande relève de la catégorie des actions mixtes. Pour pouvoir connaître d'une action mixte classique, le tribunal québécois doit nécessairement être compétent tant pour l'aspect personnel que pour l'aspect réel de l'action. Il ne s'agit toutefois pas ici d'une action mixte classique. Il s'agit plutôt d'une action mixte qui suppose la reconnaissance d'un droit *sui generis* (en sollicitant un jugement déclaratoire reconnaissant un titre ancestral) et l'exécution de diverses obligations liées au non-respect de ce droit (en réclamant des dommages-intérêts pour délit et troubles de voisinage), soit, l'aspect personnel. Dans le contexte d'une action mixte non classique de ce type, le tribunal québécois a compétence à la fois sur l'aspect personnel et sur l'aspect *sui generis* de la demande. Les actions pour délit et pour troubles de voisinage sont généralement qualifiées d'actions personnelles et l'art. 3148 du *C.c.Q.* confère aux autorités québécoises la compétence d'entendre les actions personnelles à caractère patrimonial lorsque le défendeur a son domicile au Québec. Le *C.c.Q.* est toutefois muet quant à la compétence des autorités québécoises en ce qui concerne les aspects de la demande qui ont trait à la reconnaissance d'un droit *sui generis*, comme un droit garanti par l'art. 35. En conséquence, l'art. 3134 — qui dispose que, « [e]n l'absence de disposition particulière, les autorités du Québec sont compétentes lorsque le défendeur a son domicile au Québec » — s'applique. Comme les compagnies minières ont toutes les deux leur siège à Montréal, les autorités québécoises ont compétence à l'égard des deux aspects de cette action mixte non classique en vertu des art. 3134 et 3148 du *C.c.Q.*, qui suffisent pour établir cette compétence.

Les juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe (dissidents) : Il y aurait lieu d'accueillir l'appel, d'infirmer les jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel, d'accueillir en partie la requête en radiation d'allégations du procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador et d'ordonner que les conclusions de la requête introductive d'instance des Innus

Innu's motion to institute proceedings that are declaratory or injunctive in nature and that relate to their traditional territory or to the megaproject be amended so that they apply only to acts, activities or rights within Quebec's territory. Aboriginal rights exist within the limits of Canada's legal system, and Aboriginal rights claims before the courts must not go beyond what is permitted by Canada's legal and constitutional structure. Finding that the Quebec Superior Court has jurisdiction to issue a declaration recognizing Aboriginal rights in the part of the traditional territory that is situated in Newfoundland and Labrador would have serious consequences for Canadian federalism. Far from promoting access to justice or reconciliation with Indigenous peoples, it would lead to increased litigation and delays, as well as confusion and loss of confidence in our justice system.

The jurisdiction of provincial superior courts is governed first and foremost by the rules of private international law, which in Quebec are set out in the *C.C.Q.* It is these rules that sometimes authorize provincial superior courts to exercise their powers with respect to persons or property not situated within the province's territory. It is therefore not possible to disregard these rules and rely solely on an inherent jurisdiction that is, in principle, exercisable only within the province. The rules of private international law are of a different, legislative nature and confer authority. Only these rules can authorize the extraterritorial exercise of a power that otherwise is limited to a single territory.

However, the rules of private international law must themselves be consistent with the territorial limits created by the Constitution, which means that they may also be subject to constitutional scrutiny in light of those limits. Canada's constitutional framework limits the external reach of provincial laws and of a province's courts. As the Court has already recognized, the Constitution assigns powers to the provinces but limits the exercise of those powers to each province's territory. These territorial restrictions created by the Constitution are inherent in the Canadian federation.

The general criterion for jurisdiction in private international law is the defendant's domicile, as stated in art. 3134 *C.C.Q.* However, as that provision expressly indicates, the general rule it states is subsidiary in nature: the rule applies only "[i]n the absence of any special provision". The special provisions in the *C.C.Q.* that displace this subsidiary rule govern the international jurisdiction of Quebec authorities over personal actions of an extrapatrimonial and family nature (arts. 3141 to 3147 *C.C.Q.*), personal

qui sont de nature déclaratoire ou injonctive et qui visent leur territoire ancestral ou le mégaprojet soient modifiées afin qu'elles se limitent à des faits, activités ou droits situés à l'intérieur des limites territoriales du Québec. Les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien et leur revendication devant les tribunaux ne doit pas faire entorse à l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada. Reconnaître à la Cour supérieure du Québec la compétence de rendre un jugement déclarant l'existence de droits ancestraux sur la partie du territoire ancestral située dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador aurait d'importantes conséquences sur le fédéralisme canadien. Loin de promouvoir l'accès à la justice ou la réconciliation avec les peuples autochtones, il en résulterait une multiplication des litiges et des délais ainsi qu'une confusion et une perte de confiance envers notre système de justice.

La compétence des cours supérieures provinciales est d'abord régie par les règles du droit international privé, lesquelles se trouvent au Québec dans le *C.c.Q.* Ce sont ces règles qui autorisent parfois les cours supérieures provinciales à exercer leurs pouvoirs à l'égard de personnes ou de biens qui ne sont pas situés à l'intérieur des limites territoriales de la province. On ne peut donc les écarter pour ne s'en remettre qu'à une compétence inhérente qui ne peut, en principe, s'exercer que sur le territoire de la province. Les règles du droit international privé sont d'une nature différente, législative, et sont autorisatrices. Elles peuvent à elles seules autoriser l'exercice extraterritorial d'un pouvoir qui, autrement, est limité à un seul territoire.

Les règles du droit international privé doivent toutefois respecter elles-mêmes les limites territoriales prévues par la Constitution. Elles peuvent donc ensuite devoir être assujetties à un contrôle constitutionnel au regard de ces limites. Le cadre constitutionnel canadien limite la portée extraterritoriale des lois provinciales et des tribunaux provinciaux. Comme la Cour l'a déjà reconnu, la Constitution attribue des pouvoirs aux provinces, mais elle n'en autorise l'exercice que sur leur territoire. Ces restrictions territoriales prévues par la Constitution sont inhérentes à la fédération canadienne.

Le critère général de compétence en droit international privé est le domicile du défendeur, tel qu'énoncé à l'art. 3134 *C.c.Q.* Or, comme le prévoit expressément cette disposition, la règle générale qu'elle énonce a un caractère subsidiaire : elle s'applique seulement « [e]n l'absence de disposition particulière ». Les dispositions particulières prévues par le *C.c.Q.* et qui écartent cette règle subsidiaire régissent la compétence internationale des autorités québécoises selon qu'il est question d'une action personnelle

actions of a patrimonial nature (arts. 3148 to 3151 *C.C.Q.*) and real or mixed actions (arts. 3152 to 3154 *C.C.Q.*).

It is therefore necessary to characterize the action in question in order to determine the international jurisdiction of Quebec authorities over a case. Private international law must be interpreted on the basis of the *lex fori*, because it is necessary to favour, as a matter of principle, the application of domestic civil law characterizations in private international law. The personal action, real action and mixed action concepts referred to in the special provisions of Title Three of Book Ten of the *C.C.Q.* should therefore be defined on the basis of Quebec law. Because it is inherent in the nature of private international law to be confronted with institutions that are unknown to it, the rules of private international law must be approached with some flexibility so as to include institutions that, although legally distinct, are analogous to the categories recognized by the civil law.

Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights must clearly be considered "real rights" for the purposes of private international law. More specifically, they resemble or are at least analogous to the domestic institution of real rights because they are rights in property, namely the land subject to Aboriginal title, and they are rights enforceable *erga omnes*, that is, against governments and others seeking to use the land. Aboriginal title confers the right to decide how the land will be used, the right of enjoyment and occupancy of the land, the right to possess the land, the right to the economic benefits of the land, and the right to proactively use and manage the land. The fact that Aboriginal title and Aboriginal or treaty rights are *sui generis* in nature does not preclude them from being found to be real rights for the purposes of private international law — their *sui generis* nature relates to their source, content and characteristics, which simply cannot be completely explained by reference to the common law or civil law rules of property law.

A real action is an action through which a person seeks the recognition or protection of a real right. Because Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights are real rights for the purposes of private international law, it necessarily follows that, in this case, the aspect of the Innu's action whose purpose is to have such rights recognized and protected constitutes a real action or, at best, a mixed action falling under Division III of Chapter II of Title Three of Book Ten of the *C.C.Q.*

à caractère extrapatrimonial et familial (art. 3141 à 3147 *C.c.Q.*), d'une action personnelle à caractère patrimonial (art. 3148 à 3151 *C.c.Q.*) ou d'une action réelle ou mixte (art. 3152 à 3154 *C.c.Q.*).

Ainsi, pour déterminer la compétence internationale des autorités québécoises dans une affaire, il incombe de qualifier l'action en cause. L'interprétation du droit international privé doit être effectuée en fonction de la *lex fori* puisqu'il faut favoriser l'application de principe des qualifications du droit civil interne en droit international privé. Ainsi, les notions d'action personnelle, d'action réelle et d'action mixte auxquelles renvoient les dispositions particulières du titre troisième du Livre dixième du *C.c.Q.* doivent être définies en fonction du droit québécois. Puisqu'il est de la nature du droit international privé d'être confronté à des institutions qui lui sont étrangères, ses règles doivent être envisagées avec une certaine souplesse, de manière à inclure des institutions qui, quoique juridiquement distinctes, demeurent analogues aux catégories reconnues par le droit civil.

Le titre ancestral et les autres droits ancestraux ou issus de traités doivent manifestement être considérés comme constituant des « droits réels » aux fins du droit international privé. Plus précisément, ils ressemblent ou sont à tout le moins analogues à l'institution interne des droits réels du fait qu'il s'agit de droits sur un bien, en l'occurrence les terres assujetties au titre ancestral, et qu'il s'agit de droits opposables *erga omnes*, c'est-à-dire opposables aux gouvernements et aux autres personnes qui veulent utiliser les terres. Le titre ancestral confère le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive. Le caractère *sui generis* du titre ancestral et des droits ancestraux ou issus de traités n'empêche pas de conclure qu'il s'agit de droits réels pour les fins du droit international privé — ce caractère se rapporte à leur origine, contenu et caractéristiques, qui ne peuvent tout simplement pas être entièrement expliqués en fonction des règles du droit des biens en common law ou en droit civil.

L'action réelle est une action par laquelle une personne demande la reconnaissance ou la protection d'un droit réel. Puisque le titre ancestral et les autres droits ancestraux ou issus de traités sont des droits réels aux fins du droit international privé, il s'ensuit nécessairement qu'en l'espèce, le volet de l'action des Innus qui vise à faire reconnaître et à protéger de tels droits serait une action réelle ou, au mieux, une action mixte visée par la section III du chapitre deuxième du titre troisième du Livre dixième du *C.c.Q.*

According to well-established jurisprudence, Quebec authorities lack jurisdiction to hear a real action if the property in dispute is situated outside Quebec. Article 3152 *C.C.Q.* must be read in accordance with the modern approach to statutory interpretation, which applies when interpreting an article of the *C.C.Q.* It must be read in light of the principles of comity, order and fairness, which inspire the interpretation of the various private international law rules. This article affirms a well-established principle, which is that Quebec authorities lack jurisdiction over an immovable real action where the subject matter of the dispute is situated outside Quebec. It also extends this principle to movable real actions — in real actions, whether immovable or movable, Quebec authorities lack jurisdiction where the subject matter of the dispute is not situated in Quebec. In particular, the defendant's domicile does not give them jurisdiction over a real action, regardless of whether the subject matter of the dispute is immovable property or movable property, because art. 3134 *C.C.Q.* expressly states that this rule applies only in the absence of any special provision. Moreover, art. 3152 provides for the jurisdiction of Quebec authorities where the property in dispute is situated in Quebec, not where all or part of it is situated in Quebec. A different interpretation would amount to rewriting this provision by adding the words "all or part of". Finally, for Quebec authorities to have jurisdiction over a mixed action, the property in dispute must be situated entirely in Quebec, since otherwise they will have no jurisdiction over the real aspect of the dispute. Jurisdiction over the personal aspect of the dispute based, for example, on the defendant's domicile is therefore not sufficient in the case of a mixed action — the property in dispute must also be situated in Quebec, as required by art. 3152.

There is disagreement with the majority in this case as regards the characterization of the Innu's action as a "non-classical" mixed action with a personal aspect and a *sui generis* aspect and as regards the majority's conclusion that art. 3134 *C.C.Q.* applies in the absence of any provisions relating specifically to *sui generis* rights. According to that conclusion, Quebec authorities have jurisdiction over both the personal aspect and the *sui generis* aspect of the action because the companies being sued are domiciled in Montréal. The rights protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and in particular Aboriginal title conferring the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, are a burden first and foremost on the Crown's underlying title. The characteristics of Aboriginal title flow from the special relationship between the Crown and the Indigenous group in question. It is this relationship that makes Aboriginal

Selon une jurisprudence bien établie, les autorités québécoises sont incompétentes pour connaître d'une action réelle si le bien en litige est situé à l'extérieur du Québec. L'article 3152 *C.c.Q.* doit être interprété en suivant la méthode moderne d'interprétation des lois, qui s'applique à l'interprétation d'un article du *C.c.Q.*, soit à la lumière des principes de courtoisie, d'ordre et d'équité qui servent de guide à l'interprétation des différentes règles de droit international privé. Cet article confirme un principe bien établi, à savoir l'incompétence des autorités québécoises en matière d'action réelle immobilière lorsque l'objet du litige est situé à l'extérieur du Québec. Il étend également ce principe aux actions réelles mobilières — en matière d'action réelle, immobilière ou mobilière, les autorités québécoises sont incompétentes si l'objet du litige n'est pas situé au Québec. En particulier, le domicile du défendeur ne confère pas compétence aux autorités québécoises en matière d'action réelle — peu importe que l'objet du litige soit un immeuble ou un meuble, l'art. 3134 *C.c.Q.* énonçant expressément que cette règle ne s'applique qu'en l'absence d'une disposition particulière. De plus, l'art. 3152 prévoit la compétence des autorités québécoises lorsque le bien en litige se situe à l'intérieur du Québec, et non lorsqu'il est situé en tout ou en partie au Québec. L'interpréter autrement reviendrait à récrire cette disposition en y ajoutant les termes « en tout ou en partie ». Enfin, pour que les autorités québécoises aient compétence sur une action mixte, il est nécessaire que le bien en litige soit situé entièrement au Québec, car autrement elles n'auront pas compétence sur l'aspect réel du litige. La compétence sur l'aspect personnel du litige fondée, par exemple, sur le domicile du défendeur ne suffit donc pas en matière d'action mixte — il faut de plus que le bien en litige soit situé au Québec, comme l'exige l'art. 3152.

Il y a désaccord en l'espèce avec la majorité quant à la qualification de l'action des Innus comme étant une action mixte « non classique » comprenant un volet personnel ainsi qu'un volet *sui generis* et quant à ses conclusions, voulant que l'art. 3134 *C.c.Q.* s'applique en l'absence de dispositions visant spécifiquement les droits *sui generis*. Selon ces conclusions, les autorités québécoises ont compétence tant sur le volet personnel que sur le volet *sui generis* de l'action puisque les entreprises poursuivies ont leur domicile à Montréal. Les droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et notamment le titre ancestral qui accorde le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins, sont un fardeau ou une charge qui s'impose en premier lieu sur le titre sous-jacent de la Couronne. Les caractéristiques du titre ancestral découlent de la relation particulière entre la Couronne et le groupe autochtone en

title *sui generis* or unique. The Crown is the main defendant in an action for the recognition of Aboriginal title. The majority's conclusion that the private companies, rather than the Crown, are the defendants in the action for the recognition of Aboriginal rights is therefore highly problematic and distorts the *sui generis* nature of these rights.

There is a principle in Quebec private international law to the effect that the jurisdiction of the Quebec court is determined on a case-by-case basis. It is therefore necessary in this case to determine whether the Innu's action in fact involves claims that are real or mixed in nature because their purpose is to obtain the recognition or protection of Aboriginal title or other Aboriginal or treaty rights, which are real rights for the purposes of private international law; if the action does involve such claims, Quebec authorities lack jurisdiction to grant the claims if they relate to the part of the traditional territory that is situated in Newfoundland and Labrador.

The purpose of the claims for declaratory remedies in the Innu's motion to institute proceedings is clearly to obtain the recognition of Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights, which are real rights for the purposes of private international law. A declaration is the primary means by which Aboriginal title can be established. However, under art. 3152 *C.C.Q.*, a court may not grant an application for a declaratory judgment with respect to proprietary or possessory rights in immovable property situated abroad because by doing so it would purport to deal directly with title. In this case, even if the declarations sought by the Innu were binding only on the mining companies, the fact remains that the declarations would relate to the title the Innu claim to hold to the traditional territory, including the parts of that territory that are situated outside Quebec. Because of art. 3152, Quebec authorities lack jurisdiction in this regard. If Quebec authorities were to rule directly on the title that the Innu believe they hold to the parts of the traditional territory that are situated outside Quebec, the declarations would be binding on no one, not even on the mining companies, precisely because Quebec authorities lack jurisdiction in this regard.

The Innu's claims for a permanent injunction to put a stop to the mining companies' operations, facilities and activities are also real in nature, because their purpose is clearly to protect Aboriginal title and other Aboriginal or

question. C'est cette relation qui rend le titre ancestral *sui generis*, ou unique. La Couronne est la principale défenderesse à l'action en reconnaissance d'un titre ancestral. Ainsi, la conclusion de la majorité voulant que les défenderesses à l'action en reconnaissance de droits ancestraux soient les entreprises privées plutôt que la Couronne est grandement problématique et dénature le caractère *sui generis* des droits ancestraux.

Il existe en droit international privé québécois un principe selon lequel la compétence du tribunal québécois se détermine pour chaque demande en particulier. Il est donc nécessaire de déterminer, en l'espèce, si l'action des Innus comporte effectivement des demandes qui seraient de nature réelle ou mixte du fait qu'elles viseraient à faire reconnaître ou à protéger un titre ancestral ou d'autres droits ancestraux ou issus de traités, lesquels sont des droits réels aux fins du droit international privé; dans l'affirmative, les autorités sont incompétentes pour y faire droit si elles portent sur la partie du territoire ancestral qui est située à Terre-Neuve-et-Labrador.

Les demandes de remèdes déclaratoires dans la requête introductive d'instance des Innus visent manifestement à faire reconnaître un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités, lesquels sont des droits réels aux fins du droit international privé. Le jugement déclaratoire est le moyen principal par lequel l'existence d'un titre ancestral peut être établie. Toutefois, conformément à l'art. 3152 *C.c.Q.*, un tribunal ne peut faire droit à une demande de jugement déclaratoire relativement à des droits de propriété ou de possession sur un immeuble situé à l'étranger car, ce faisant, elle prétendrait agir directement sur le titre. En l'espèce, même si les déclarations sollicitées par les Innus étaient opposables seulement aux compagnies minières, il n'en demeure pas moins qu'il s'agirait de déclarations portant sur le titre dont les Innus allèguent être titulaires à l'égard du territoire ancestral, y compris sur les parties du territoire qui sont situées à l'extérieur du Québec. En raison de l'art. 3152, les autorités québécoises sont incompétentes à cet égard. Si les autorités québécoises se prononçaient directement sur le titre dont les Innus estiment être titulaires à l'égard des parties du territoire ancestral qui sont situées à l'extérieur du Québec, ces déclarations ne seraient opposables à personne, pas même aux compagnies minières, précisément parce que les autorités québécoises sont incompétentes à cet égard.

Les demandes des Innus visant l'émission d'une injonction permanente afin de faire cesser les opérations, installations et activités des compagnies minières sont aussi de nature réelle, puisqu'elles visent manifestement à

treaty rights, which are real rights for the purposes of private international law. In Quebec law, an injunction is the appropriate procedural vehicle for enforcing one's right. Therefore, under art. 3152 *C.C.Q.*, a court cannot grant a claim for a permanent injunction relating to immovable property situated outside the province.

The claim for damages against the mining companies — to the extent that it is based on the alleged infringement of the Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights the Innu claim to hold in the traditional territory — can be granted only if the Innu are able to obtain the recognition of that Aboriginal title and those other Aboriginal or treaty rights in that territory. However, Quebec authorities do not in fact have the jurisdiction required to hear an action for the recognition of Aboriginal title or other Aboriginal or treaty rights in land not situated in Quebec. It necessarily follows that, as matters stand at present, Quebec authorities must at least stay the proceedings on this point until a competent authority has recognized the existence of those rights in the parts of the traditional territory that are situated in Newfoundland and Labrador.

The remedy under art. 976 *C.C.Q.* remains first and foremost a claim that a person has, which makes it a personal action. Because the defendants are domiciled in Quebec and injury has been suffered in Quebec (art. 3148 para. 1(1) and (3) *C.C.Q.*), Quebec authorities have jurisdiction over this claim.

Lastly, the Innu are claiming various fiduciary remedies or remedies based on administration of the property of others (art. 1299 *C.C.Q.*) with respect to the mining companies' works and facilities. These claims are real in nature and, having regard to art. 3152 *C.C.Q.*, Quebec authorities cannot grant them if they relate to works or facilities of the mining companies that are situated in Newfoundland and Labrador.

Given that, as a result of art. 3152 *C.C.Q.*, Quebec authorities lack jurisdiction over the claim for declaratory remedies to recognize Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights in land situated in Newfoundland and Labrador, over the claim for a permanent injunction to put a stop to the mining companies' operations, facilities and activities on land situated in Newfoundland and Labrador, and over the fiduciary claim or the claim based on administration of the property of others with respect to the mining companies' works and facilities situated in

protéger un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités, lesquels sont des droits réels aux fins du droit international privé. En droit québécois, l'injonction est le véhicule procédural approprié pour faire valoir son droit. Ainsi, selon l'art. 3152 *C.c.Q.*, un tribunal ne peut faire droit à une demande d'émission d'une injonction permanente relativement à un immeuble situé à l'extérieur de la province.

La demande de dommages-intérêts dirigée contre les compagnies minières — dans la mesure où elle repose sur la violation alléguée du titre ancestral et des autres droits ancestraux ou issus de traités dont les Innus prétendent être titulaires sur le territoire ancestral — ne peut être accueillie que si les Innus parviennent à faire reconnaître ce titre ancestral et ces autres droits ancestraux ou issus de traités sur le territoire ancestral. Or, les autorités québécoises n'ont précisément pas la compétence requise pour entendre une action visant à faire reconnaître un titre ancestral ou d'autres droits ancestraux ou issus de traités sur des terres qui ne sont pas situées au Québec. Il s'ensuit nécessairement que, dans l'état actuel des choses, les autorités québécoises doivent à tout le moins suspendre l'instance sur ce point jusqu'à ce qu'une autorité compétente ait reconnu l'existence de ces droits sur les parties du territoire ancestral qui sont situées à Terre-Neuve-et-Labrador.

Le recours fondé sur l'art. 976 *C.c.Q.* demeure avant tout un droit de créance appartenant à une personne, ce qui en fait une action personnelle. Les défenderesses étant domiciliées au Québec et un préjudice y ayant été subi (art. 3148 al. 1(1) et (3) *C.c.Q.*), les autorités québécoises sont compétentes à l'égard de cette demande.

Enfin, les Innus réclament divers remèdes de nature fiduciaire ou fondés sur l'administration du bien d'autrui (art. 1299 *C.c.Q.*) à l'égard des ouvrages et installations des compagnies minières. Ces demandes sont de nature réelle et, compte tenu de l'art. 3152 *C.c.Q.*, les autorités québécoises ne peuvent y faire droit si elles portent sur des ouvrages ou installations des compagnies minières situés à Terre-Neuve-et-Labrador.

Puisque, compte tenu de l'art. 3152 *C.c.Q.*, les autorités québécoises sont incompétentes à l'égard de la demande de remèdes déclaratoires en reconnaissance d'un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités sur des terres situées à Terre-Neuve-et-Labrador, de la demande d'émission d'une injonction permanente visant à faire cesser les opérations, installations et activités des compagnies minières sur des terres situées à Terre-Neuve-et-Labrador, et de la demande de nature fiduciaire ou fondée sur l'administration du bien d'autrui concernant des

Newfoundland and Labrador, it should be ordered that the conclusions of the Innu's motion to institute proceedings, and specifically those that are declaratory or injunctive in nature and that relate to the traditional territory or to the megaproject, be amended so that they apply only to acts, activities or rights within Quebec's territory. However, it should not be ordered that the allegations in the motion to institute proceedings be struck, because the allegations concerning the traditional territory as a whole, including the parts of that territory that are situated in Newfoundland and Labrador, as well as the evidence relating thereto, could prove to be relevant during the trial on the merits in order to determine the existence of Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights in Quebec.

While Aboriginal rights are *sui generis*, they exist within the general legal system of Canada, and Aboriginal rights claims before the courts must not go beyond what is permitted by the Canadian legal and constitutional structure. The goal of reconciliation between Indigenous peoples' prior occupation of Canadian territory and Crown sovereignty over that same territory cannot be achieved by recognizing prior occupation by Indigenous peoples on the one hand while disregarding the constitutional principle of federalism and of the sovereignty of the provincial Crown on the other, thereby contravening the well-established principle that one part of the Constitution cannot abrogate another part of the Constitution. The goal of reconciliation must therefore be achieved by accounting not only for the Indigenous perspective — and thus the prior, borderless occupation of Canadian territory by Indigenous peoples — but also for the constitutional framework that accompanied Crown sovereignty and within which Canadian courts must operate.

Holding that superior courts have jurisdiction to decide the s. 35 rights of an Indigenous party as they affect another province implicitly treats the provinces as if they were (at best) administrative units or (at worst) inconvenient technicalities. This is profoundly disrespectful of the constitutional order under which provinces are sovereign within their own jurisdiction. Provincial boundaries are an essential feature of the system of provincial superior courts just as they are an essential feature of provincial legislative power. In particular, the system of provincial superior courts ensures that claims to a province's land or challenges to a province's laws must be heard before a judge of that province. Thus, the claims that cut deepest at the heart of a province's sovereignty will be resolved by a judge connected to the province's realities. This enhances

ouvrages et installations des compagnies minières situés à Terre-Neuve-et-Labrador, il y a lieu d'ordonner que les conclusions de la requête introductive d'instance des Innus, et plus spécifiquement les conclusions qui sont de nature déclaratoire ou injonctive et qui visent le territoire ancestral ou le mégaprojet, soient modifiées afin qu'elles se limitent à des faits, activités ou droits situés à l'intérieur des limites territoriales du Québec. Il n'y a pas lieu, toutefois, d'ordonner la radiation des allégations de la requête introductive d'instance, car les allégations portant sur l'ensemble du territoire ancestral, y compris sur les parties de ce territoire qui sont situées à Terre-Neuve-et-Labrador, tout comme la preuve s'y rapportant, pourraient se révéler pertinentes lors du procès au fond afin de déterminer l'existence du titre ancestral et des autres droits ancestraux ou issus de traités situés au Québec.

Les droits ancestraux sont *sui generis*, mais ils existent dans les limites du système juridique canadien et leur revendication devant les tribunaux ne doit pas faire entorse à l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada. L'objectif de conciliation entre la présence antérieure des peuples autochtones sur le territoire canadien et l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur ce même territoire ne peut pas être atteint si l'on reconnaît d'une part l'occupation antérieure des peuples autochtones, tout en écartant d'autre part le principe constitutionnel du fédéralisme et de la souveraineté de la Couronne provinciale, contrevenant par le fait même au principe bien établi selon lequel une partie de la Constitution ne peut en abroger une autre. Il faut donc réaliser l'objectif de conciliation en tenant compte non seulement du point de vue des autochtones — et donc de l'occupation antérieure et sans frontière du territoire canadien par ceux-ci —, mais aussi du cadre constitutionnel qui accompagne la souveraineté de la Couronne et dans lequel les tribunaux canadiens doivent opérer.

Conclure que les cours supérieures ont compétence pour statuer sur les droits d'une partie autochtone protégés par l'art. 35 qui ont un effet sur une autre province traite implicitement les provinces comme si elles étaient (au mieux) des entités administratives ou (au pire) des structures gênantes. Cela est profondément irrespectueux envers l'ordre constitutionnel selon lequel les provinces sont souveraines dans leurs champs de compétence. Les frontières provinciales sont une caractéristique essentielle du système de cours supérieures provinciales, tout comme elles en sont une en ce qui a trait aux pouvoirs législatifs des provinces. Plus particulièrement, le système de cours supérieures provinciales garantit que les revendications territoriales dans une province donnée ou les contestations de ses lois sont entendues par un juge de cette province.

public confidence in the courts and protects courts' functioning and legitimacy, particularly if the outcome of the litigation is unfavourable to the province. Section 35 calls on courts to do justice to Aboriginal rights claims that cut across provincial boundaries, but it does not provide a warrant to disregard the provincial boundaries themselves.

The declarations sought in this case are contrary to the Canadian federal structure. Before a court can grant a declaration, it must have jurisdiction to hear the issue. It is unclear how the scope of a declaration of Aboriginal title over land in Labrador could be appropriately limited in a way consistent with the imperatives of Canadian federalism. The Crown is a necessary party in Aboriginal title claims — and is necessarily implicated when a declaration of Aboriginal title is made. Furthermore, this approach leads to a strong possibility of conflicting judgments and confusion and would allow a superior court in one province to pronounce on Aboriginal title in relation to land located in another province incidentally to an *in personam* claim. This principle cannot be confined to this case and the provinces implicated in this litigation.

Moreover, this approach is incompatible with the principle of Crown immunity. Any claim that asserts Aboriginal title necessarily involves the Crown. Unlike ordinary property disputes which pit private parties against each other within a framework of private law, an Aboriginal title claim cuts to the very root of the Crown's sovereignty and triggers obligations on the part of the Crown. Not only is the Crown's presence necessary in principle, it also helps ensure that issues are fairly heard. Private parties cannot be assumed to have any knowledge about the facts of occupation at the time the Crown asserted sovereignty.

Finally, this approach also impedes access to justice. If the impact of the order actually received is uncertain, confusing, or narrower than expected, this is a failure of access to justice. Moreover, access to justice is a precondition to the rule of law. Without procedural adaptations, requiring Indigenous people to bring applications, and to have them heard, in several different forums in order

Ainsi, les revendications qui touchent le plus profondément au cœur de la souveraineté d'une province sont tranchées par un juge lié aux réalités de cette dernière. Cela accroît la confiance du public envers les tribunaux et protège leur fonctionnement et leur légitimité, surtout si l'issue du litige est défavorable à la province. L'article 35 commande que les tribunaux rendent justice aux revendications de droits ancestraux qui transcendent les frontières provinciales, mais il ne les autorise pas à faire fi des frontières provinciales elles-mêmes.

Les jugements déclaratoires sollicités en l'espèce sont contraires à la structure fédérale du Canada. Avant qu'une cour puisse prononcer un jugement déclaratoire, elle doit avoir compétence pour entendre l'affaire. Il est difficile de comprendre comment la portée d'un jugement déclaratoire reconnaissant l'existence d'un titre ancestral sur un territoire qui se trouve au Labrador pourrait être limitée conformément aux impératifs du fédéralisme canadien. La Couronne doit donc être partie aux procédures de revendications de titres ancestraux — et doit nécessairement être partie prenante au moment d'une déclaration d'un titre ancestral. De plus, cette approche est la source d'une forte possibilité de jugements contradictoires et de confusion, et elle autoriserait la Cour supérieure d'une province à se prononcer, accessoirement à une demande *in personam*, quant à l'existence d'un titre ancestral sur un territoire situé dans une province autre que celle où elle se trouve. L'application de ce principe ne peut être restreinte à la présente cause et aux provinces concernées en l'espèce.

Qui plus est, cette approche est incompatible avec le principe de l'immunité de la Couronne. La revendication d'un titre ancestral concerne nécessairement la Couronne. Contrairement aux litiges ordinaires en matière foncière qui opposent des parties privées dans un cadre de droit privé, la revendication d'un titre ancestral touche l'essence même de la souveraineté de la Couronne et entraîne des obligations pour elle. Non seulement la présence de la Couronne est-elle nécessaire par principe, mais elle aide en outre à garantir que les questions sont entendues équitablement. On ne peut tenir pour acquis que des parties privées ont quelque connaissance que ce soit quant à l'occupation du territoire au moment où la Couronne a affirmé sa souveraineté.

Enfin, cette approche constitue en outre un obstacle à l'accès à la justice. Si l'ordonnance n'a qu'un effet incertain, qui porte à confusion, ou qui s'avère plus restreint que prévu, elle constitue un échec en matière d'accès à la justice. De plus, l'accès à la justice est une condition essentielle de la primauté du droit. Sans adaptations procédurales, obliger les autochtones à introduire puis à instruire

to obtain the recognition and protection of Aboriginal rights in different parts of a single traditional territory that straddles provincial borders creates barriers to access to justice and undermines the efficient and timely adjudication of such claims. However, delivery of efficient, timely and cost-effective resolution of transboundary Aboriginal rights claims must occur within the structure of the Canadian legal system as a whole. Principles of federalism and provincial sovereignty do not preclude development by superior courts, in the exercise of their inherent jurisdiction, of innovative yet constitutionally sound solutions that promote access to justice. *Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162, authorizes superior court judges from different provinces to draw on their statutory jurisdiction — or, where necessary, their inherent jurisdiction — to sit together and hold a joint hearing on applications that have been brought in the superior courts of more than one province because they seek the recognition and protection of Aboriginal rights in different parts of a single traditional territory that straddles provincial borders. A transboundary Aboriginal rights claim will stand a better chance of being resolved in an efficient, timely and cost-effective manner if the superior court judges sit together for a single joint hearing arising from the joinder of the applications brought in each of the superior courts concerned. In this case, however, the fact that the Innu have not brought applications in each of the superior courts concerned still remains a barrier to the constitutional capacity of the superior courts to appropriately adjudicate their transboundary Aboriginal rights claim.

dans plusieurs forums différents des demandes en reconnaissance et en protection de droits ancestraux sur différentes parties d'un seul et même territoire traditionnel qui chevauche les frontières entre différentes provinces nuit à l'accès à la justice et mine la possibilité d'une résolution efficace et rapide d'une revendication transfrontalière de droits ancestraux. Toutefois, la résolution efficace, rapide et économique d'une revendication transfrontalière de droits ancestraux doit être assurée d'une façon qui soit compatible avec le système juridique canadien dans son ensemble. Le fédéralisme et la souveraineté de la couronne provinciale n'empêchent pas les cours supérieures, dans l'exercice de leur compétence inhérente, d'apporter à ces défis pratiques des solutions qui soient à la fois créatives et constitutionnelles, tout en favorisant l'accès à la justice. L'arrêt *Endean c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162, autorise les juges des cours supérieures de différentes provinces à puiser à même la compétence qui leur est conférée par la loi — ou, si nécessaire, à même leur compétence inhérente — afin de siéger ensemble pour entendre conjointement des demandes qui ont été introduites devant les cours supérieures de plus d'une province du fait qu'elles visent la reconnaissance et la protection de droits ancestraux sur différentes parties d'un seul et même territoire traditionnel qui chevauche les frontières entre ces provinces. Si les juges des cours supérieures siègent ensemble au cours d'une seule et même audience conjointe résultant d'une jonction des demandes introduites devant chacune des cours supérieures concernées, une revendication transfrontalière de droits ancestraux a de meilleures chances d'être résolue de manière efficace, rapide et économique. Toutefois, en l'espèce, l'omission des Innus d'introduire des demandes devant chacune des cours supérieures concernées constitue jusqu'à présent un obstacle majeur à la capacité constitutionnelle des cours supérieures de disposer adéquatement de leur revendication transfrontalière de droits ancestraux.

Cases Cited

By Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ.

Considered: *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; **referred to:** *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31; *CGAO v. Groupe Anderson inc.*, 2017 QCCA 923; *Bern v.*

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis

Arrêt examiné : *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; **arrêts mentionnés :** *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31; *CGAO c.*

Bern, [1995] R.D.J. 510; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) v. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, 2014 QCCS 4403, leave to appeal refused, 2015 QCCA 2, leave to appeal refused, [2015] 3 S.C.R. vi; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec v. Hôtel Forestel Val-d'Or inc.*, 2017 QCCA 250; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R 1077; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *Innu of Uashat and Mani-Utenam v. Iron Ore Company of Canada*, 2016 QCCS 1958, [2017] 4 C.N.L.R. 73; *Oppenheim forfait GMBH v. Lexus maritime inc*, 1998 CanLII 13001.

Groupe Anderson inc., 2017 QCCA 923; *Bern c. Bern*, [1995] R.D.J. 510; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, 2014 QCCS 4403, autorisation d'appel refusée, 2015 QCCA 2, autorisation d'appel refusée, [2015] 3 R.C.S. vi; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *St. Catherine's Milling and Lumber Company c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec c. Hôtel Forestel Val-d'Or inc.*, 2017 QCCA 250; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; Canada *(Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, 2016 QCCS 1958; *Oppenheim forfait GMBH c. Lexus maritime inc*, 1998 CanLII 13001.

By Brown and Rowe JJ. (dissenting)

Procureur général de Terre-Neuve-Labrador v. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam), 2017 QCCA 14; *Transax Technologies inc. v. Red Baron Corp. Ltd*, 2016 QCCA 1432; *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) v. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, 2014 QCCS 2051; *Innu of Uashat and Mani-Utenam v. Iron Ore Company of Canada*, 2016 QCCS 1958, [2017] 4 C.N.L.R. 73; *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*

Citée par les juges Brown et Rowe (dissidents)

Procureur général de Terre-Neuve-Labrador c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam), 2017 QCCA 14; *Transax Technologies inc. c. Red Baron Corp. Ltd*, 2016 QCCA 1432; *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, 2014 QCCS 2051; *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, 2016 QCCS 1958; *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; *Uashaunnuat (Innus*

v. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada), 2014 QCCS 4403; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Barer v. Knight Brothers LLC*, 2019 SCC 13, [2019] 1 S.C.R. 573; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206; *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743; *Three Rivers Boatman Ltd. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] S.C.R. 607; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Abela v. Baadarani*, [2013] UKSC 44, [2013] 4 All E.R. 119; *The Scottish Metropolitan Assurance Company Limited v. Graves*, [1955] C.S. 88; *Dupont v. Taronga Holdings Ltd*. (1986), 49 D.L.R. (4th) 335; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *McGuire v. McGuire*, [1953] O.R. 328; *Re Vantel Broadcasting Co. Ltd. and Canada Labour Relations Board* (1962), 35 D.L.R. (2d) 620; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2017 QCCA 756; *Gauthier v. Bergeron*, [1973] C.A. 77; *Bern v. Bern*, [1995] R.D.J. 510; *Domaine de l'Isle aux Oyes Inc. v. D'Aragon*, [1984] R.D.J. 171; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *Première nation de Betsiamites v. Canada (Procureur général)*, 2006 QCCS 2111; *Première Nation de Pessamit v. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 794; *Xeni Gwet'in First Nations v. Riverside Forest Products Ltd.*, 2002 BCSC 1199, 4 B.C.L.R. (4th) 379; *Ahousaht Indian Band v. Attorney General of Canada*, 2006 BCSC 646; *West Moberley First Nations v. British Columbia*, 2007 BCSC 1324, 78 B.C.L.R. (4th) 83; *Cowichan Tribes v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 1575, 1 B.C.L.R. (6th) 214; *Council of the Haida Nation v. British Columbia*, 2017 BCSC 1665, 3 B.C.L.R. (6th) 346; *Calder v. Attorney-General of British Columbia* (1969), 8 D.L.R. (3d) 59; *Calder v. Attorney-General of British Columbia* (1970), 13 D.L.R. (3d) 64; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1

de Uashat et de Mani-Utenam) c. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada), 2014 QCCS 4403; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Barer c. Knight Brothers LLC*, 2019 CSC 13, [2019] 1 R.C.S. 573; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743; *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Abela c. Baadarani*, [2013] UKSC 44, [2013] 4 All E.R. 119; *The Scottish Metropolitan Assurance Company Limited c. Graves*, [1955] C.S. 88; *Dupont c. Taronga Holdings Ltd.*, [1987] R.J.Q. 124; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *McGuire c. McGuire*, [1953] O.R. 328; *Re Vantel Broadcasting Co. Ltd. and Canada Labour Relations Board* (1962), 35 D.L.R. (2d) 620; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *St. Catherine's Milling and Lumber Company c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2017 QCCA 756; *Gauthier c. Bergeron*, [1973] C.A. 77; *Bern c. Bern*, [1995] R.D.J. 510; *Domaine de l'Isle aux Oyes Inc. c. D'Aragon*, [1984] R.D.J. 171; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *Première nation de Betsiamites c. Canada (Procureur général)*, 2006 QCCS 2111; *Première Nation de Pessamit c. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 794; *Xeni Gwet'in First Nations c. Riverside Forest Products Ltd.*, 2002 BCSC 1199, 4 B.C.L.R. (4th) 379; *Ahousaht Indian Band c. Attorney General of Canada*, 2006 BCSC 646; *West Moberley First Nations c. British Columbia*, 2007 BCSC 1324, 78 B.C.L.R. (4th) 83; *Cowichan Tribes c. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 1575, 1 B.C.L.R. (6th) 214; *Council of the Haida Nation c. British Columbia*, 2017 BCSC 1665, 3 B.C.L.R. (6th) 346; *Calder c. Attorney-General of British Columbia* (1969), 8 D.L.R. (3d) 59; *Calder c. Attorney-General of British Columbia* (1970), 13 D.L.R. (3d) 64; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC

S.C.R. 911; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Matamajaw Salmon Club v. Duchaine*, [1921] 2 A.C. 426; *Procureur général du Québec v. Club Appalaches inc.*, [1999] R.J.Q. 2260; *Anglo Pacific Group PLC v. Ernst & Young Inc.*, 2013 QCCA 1323; *Bolton v. Forest Pest Management Institute* (1985), 66 B.C.L.R. 126; *Mazur v. Sugarman & Vir* (1938), 42 Q.P.R. 150; *Senauer v. Porter* (1862), 7 L.C. Jur. 42; *Equity Accounts Buyers Limited v. Jacob*, [1972] C.S. 676; *Union Acceptance Corporation Ltd. v. Guay*, [1960] B.R. 827; *Montréal (Ville) v. Lonardi*, 2018 SCC 29, [2018] 2 S.C.R. 103; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205; *Trower and Sons, Ld. v. Ripstein*, [1944] A.C. 254; *Alimport (Empresa Cubana Importadora de Alimentos) v. Victoria Transport Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 858; *CGAO v. Groupe Anderson inc.*, 2017 QCCA 923; *Babineau v. Railway Centre Park Company Limited* (1914), 47 C.S. 161; *Lamothe v. Hébert* (1916), 24 R.L. 182; *Khan Resources Inc. v. W M Mining Co., LLC* (2006), 79 O.R. (3d) 411; *War Eagle Mining Co. v. Robo Management Co.* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 362; *Medicine Hat (City) v. Wilson*, 2000 ABCA 247, 271 A.R. 96; *Oerlikon Aerospatiale inc. v. Ouellette*, [1989] R.J.Q. 2680; *Crawford v. Fitch*, [1980] C.A. 583; *Société minière Louvem inc. v. Aur Resources Inc.*, [1990] R.J.Q. 772; *Plouffe v. Dufour*, [1992] R.J.Q. 47; *2848-2883 Québec inc. v. Tomiuk*, [1993] R.D.J. 400; *Laflamme v. Groupe Norplex inc.*, 2017 QCCA 1459; *Montagne Laramee Developments Inc. v. Creit Properties Inc.* (2000), 47 O.R. (3d) 729; *Design Recovery Inc. v. Schneider*, 2003 SKCA 94, 238 Sask. R. 212; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *1068754 Alberta Ltd. v. Québec (Agence du revenu)*, 2019 SCC 37, [2019] 2 S.C.R. 993; *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Hereditary Chiefs Tony Hunt v. Attorney General of Canada*, 2006 BCSC 1368; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1

33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Matamajaw Salmon Club c. Duchaine*, [1921] 2 A.C. 426; *Procureur général du Québec c. Club Appalaches inc.*, [1999] R.J.Q. 2260; *Anglo Pacific Group PLC c. Ernst & Young inc.*, 2013 QCCA 1323, [2013] R.J.Q. 1264; *Bolton c. Forest Pest Management Institute* (1985), 66 B.C.L.R. 126; *Mazur c. Sugarman & Vir* (1938), 42 R.P.Q. 150; *Senauer c. Porter* (1862), 7 L.C. Jur. 42; *Equity Accounts Buyers Limited c. Jacob*, [1972] C.S. 676; *Union Acceptance Corporation Ltd. c. Guay*, [1960] B.R. 827; *Montréal (Ville) c. Lonardi*, 2018 CSC 29, [2018] 2 R.C.S. 103; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205; *Trower and Sons, Ld. c. Ripstein*, [1944] A.C. 254; *Alimport (Empresa Cubana Importadora de Alimentos) c. Victoria Transport Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 858; *CGAO c. Groupe Anderson inc.*, 2017 QCCA 923; *Babineau c. Railway Centre Park Company Limited* (1914), 47 C.S. 161; *Lamothe c. Hébert* (1916), 24 R.L. 182; *Khan Resources Inc. c. W M Mining Co., LLC* (2006), 79 O.R. (3d) 411; *War Eagle Mining Co. c. Robo Management Co.* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 362; *Medicine Hat (City) c. Wilson*, 2000 ABCA 247, 271 A.R. 96; *Oerlikon Aerospatiale inc. c. Ouellette*, [1989] R.J.Q. 2680; *Crawford c. Fitch*, [1980] C.A. 583; *Société minière Louvem inc. c. Aur Resources Inc.*, [1990] R.J.Q. 772; *Plouffe c. Dufour*, [1992] R.J.Q. 47; *2848-2883 Québec inc. c. Tomiuk*, [1993] R.D.J. 400; *Laflamme c. Groupe Norplex inc.*, 2017 QCCA 1459; *Montagne Laramee Developments Inc. c. Creit Properties Inc.* (2000), 47 O.R. (3d) 729; *Design Recovery Inc. c. Schneider*, 2003 SKCA 94, 238 Sask. R. 212; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *1068754 Alberta Ltd. c. Québec (Agence du revenu)*, 2019 CSC 37, [2019] 2 R.C.S. 993; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Endean c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Hereditary Chiefs Tony Hunt c. Attorney General of Canada*, 2006

S.C.R. 873; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165; *S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99; *Meeches v. Meeches*, 2013 FCA 114, 444 N.R. 285; *William v. British Columbia*, 2002 BCSC 1904; *Thomas v. RioTinto Alcan Inc.*, 2016 BCSC 1474, 92 C.P.C. (7th) 122; *Re Labrador Boundary*, [1927] 2 D.L.R. 401; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248; *Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)*, 2013 SCC 19, [2013] 2 S.C.R. 125; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765; *Canada (Attorney General) v. Thouin*, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184; *Athabasca Chipewyan First Nation v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2001 ABCA 112, 199 D.L.R. (4th) 452; *Sauve v. Quebec (Attorney General)*, 2011 ONCA 369; *Medvid v. Saskatchewan (Minister of Health)*, 2012 SKCA 49, 349 D.L.R. (4th) 72; *Constructions Beauce-Atlas inc. v. Pomerleau inc.*, 2013 QCCS 4077; *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641.

Statutes and Regulations Cited

Adjacent Territories Order in R.S.C. 1985, App. II, No. 14.

Alberta Act, S.C. 1905, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 20).

An Act to add the reformed law of evidence and of prescription and the reformed private international law to the Civil Code of Québec, Draft Bill, 2nd Sess., 33rd Leg., Quebec, 1988, art. 3514.

British North America Act, 1871 (U.K.), 34 & 35 Vict., c. 28 (reprinted as *Constitution Act, 1871* in R.S.C. 1985, App. II, No. 11).

British North America Act, 1949 (U.K.), 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 22 (reprinted as *Newfoundland Act* in R.S.C. 1985, App. II, No. 32), Sch., ss. 2, 37.

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Charter of Human Rights and Freedoms, CQLR, c. C-12.

Civil Code of Québec, Bill 125, 1st Sess., 34th Leg., Quebec, 1990, art. 3130.

Civil Code of Québec, Book Four, arts. 947, 976, 1119, 1120, 1299, 1457, Book Ten, 3076 to 3168, 3078, 3081, 3097, Title Three, Chapter I, 3134, 3135, Chapter II,

BCSC 1368; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873; *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165; *S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, [2019] 1 R.C.S. 99; *Assiniboine c. Meeches*, 2013 CAF 114; *William c. British Columbia*, 2002 BCSC 1904; *Thomas c. RioTinto Alcan Inc.*, 2016 BCSC 1474, 92 C.P.C. (7th) 122; *Re Labrador Boundary*, [1927] 2 D.L.R. 401; *Angle c. Ministre du Revenu National*, [1975] 2 R.C.S. 248; *Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765; *Canada (Procureur général) c. Thouin*, 2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184; *Athabasca Chipewyan First Nation c. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2001 ABCA 112, 199 D.L.R. (4th) 452; *Sauve c. Quebec (Attorney General)*, 2011 ONCA 369; *Medvid c. Saskatchewan (Minister of Health)*, 2012 SKCA 49, 349 D.L.R. (4th) 72; *Constructions Beauce-Atlas inc. c. Pomerleau inc.*, 2013 QCCS 4077; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Chippewas of Sarnia Band c. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641.

Lois et règlements cités

Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871 (R.-U.), 34 & 35 Vict., c. 28 (reproduit sous l'intitulé *Loi constitutionnelle de 1871* dans L.R.C. 1985, app. II, nº 11).

Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949 (R.-U.), 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 22 (reproduit sous l'intitulé *Loi sur Terre-Neuve* dans L.R.C. 1985, app. II, nº 32), ann., art. 2, 37.

Charte canadienne des droits et libertés.

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12.

Code civil du Québec, Livre quatrième, art. 947, 976, 1119, 1120, 1299, 1457, Livre dixième, 3076 à 3168, 3078, 3081, 3097, titre troisième, chapitre premier, 3134, 3135, chapitre deuxième, section I, 3141 à 3147, section II, 3148 à 3151, section III, 3152, 3153, 3154.

Code civil du Québec, projet de loi 125, 1re sess., 34e lég., Québec, 1990, art. 3130.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 31, 73, 95.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 25, Titre III, chapitre I, 33, 41 al. 1, 42(3), 49.

Division I, 3141 to 3147, Division II, 3148 to 3151, Division III, 3152, 3153, 3154.

Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, arts. 31, 73, 95.

Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, arts. 25, Title III, Chapter I, 33, 41 para. 1, 42(3), 49.

Common Law Procedure Act, 1852 (U.K.), 15 & 16 Vict., c. 76.

Constitution Act, 1867, ss. 92(13), (14), 96, 97, 98, 109.

Constitution Act, 1982, Part II, ss. 35, 41(*e*), 43(*a*), 52(1), (2)(*b*), Sch., ss. 12, 13, 21.

Manitoba Boundaries Extension Act, 1912, S.C. 1912, c. 32.

Ontario Boundaries Extension Act, S.C. 1912, c. 40.

Proceedings Against the Crown Act, R.S.N.L. 1990, c. P-6, ss. 4, 7.

Quebec Boundaries Extension Act, 1912, S.C. 1912, c. 45.

Rupert's Land and North-Western Territory Order in R.S.C. 1985, App. II, No. 9.

Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 21).

Common Law Procedure Act, 1852 (R.-U.), 15 & 16 Vict., c. 76.

Décret en conseil sur la terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest dans L.R.C. 1985, app. II, nº 9.

Décret en conseil sur les territoires adjacents dans L.R.C. 1985, app. II, nº 14.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13), (14), 96, 97, 98, 109.

Loi constitutionnelle de 1982, partie II, art. 35, 41*e*), 43*a*), 52(1), (2)*b*), ann., art. 12, 13, 21.

Loi de l'extension des frontières de l'Ontario, S.C. 1912, c. 40.

Loi de l'extension des frontières de Québec, 1912, S.C. 1912, c. 45.

Loi de l'extension des frontières du Manitoba, 1912, S.C. 1912, c. 32.

Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé, avant-projet de loi, 2e sess., 33e lég., Québec, 1988, art. 3154.

Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, c. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, nº 20).

Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, c. 42 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, nº 21).

Proceedings Against the Crown Act, R.S.N.L. 1990, c. P-6, art. 4, 7.

Treaties and Other International Instruments

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, G.A. Res., UNGAOR, 61st Sess., Supp. No. 49, UN Doc A/RES/61/295 (2007).

Traités et autres instruments internationaux

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, A.G. Rés., Doc off AG NU, 61e sess., suppl. nº 49, Doc NU A/RES/61/295 (2007).

Authors Cited

Anker, Kirsten. "Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights in the Civilian Imagination", dans Alexandra Popovici, Lionel Smith et Régine Tremblay, dir., *Les intraduisibles en droit civil*. Montréal: Thémis, 2014, 1.

Barreau du Québec. *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit international privé*, présenté à la Commission des institutions. Montréal: Barreau du Québec, 1989.

Batiffol, Henri, et Paul Lagarde. *Droit international privé*, t. I, 7e éd. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1981.

Belleau, Charles, et autres. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4e éd. par Denis Ferland et Benoît Emery, dir. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2003.

Bisson, Alain-François. "La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* " (1999), 44 *McGill L.J.* 539.

Doctrine et autres documents cités

Anker, Kirsten. « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights in the Civilian Imagination », dans Alexandra Popovici, Lionel Smith et Régine Tremblay, dir., *Les intraduisibles en droit civil*, Montréal, Thémis, 2014, 1.

Barreau du Québec. *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit international privé*, présenté à la Commission des institutions, Montréal, Barreau du Québec, 1989.

Batiffol, Henri, et Paul Lagarde. *Droit international privé*, t. I, 7e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1981.

Belleau, Charles, et autres. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4e éd. par Denis Ferland et Benoît Emery, dir., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003.

Bisson, Alain-François. « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* » (1999), 44 *R.D. McGill* 539.

Borrows, John. "Aboriginal Title and Private Property" (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 91.

Briggs, Adrian. *The Conflict of Laws*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Brisson, Jean-Maurice. "Le Code civil, droit commun? ", dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*. Montréal: Thémis, 1993, 292.

Canada. Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada. *Labrador Innu Land Claims Agreement-in-Principle*, last updated March 13, 2012 (online: https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/DAM/DAM-CIRNAC-RCAANC/DAM-TAG/STAGING/texte-text/ccl_farim_nl_labinnu_caip_1331749872252_eng.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC4_1_eng.pdf).

Canada. "Report of the Ottawa Delegation: Proposed Arrangements for the Entry of Newfoundland into Confederation", in James K. Hiller and Michael F. Harrington, eds., *The Newfoundland National Convention 1946-1948: Reports and Papers*, vol. 2. Montréal: McGill-Queen's University Press, 1995.

Cantin Cumyn, Madeleine. "De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés: Essai sur l'énumération limitative des droits réels" (1986), 46 *R. du B.* 3.

Castel, Jean-Gabriel. *Droit international privé québécois*. Toronto: Butterworths, 1980.

Cornu, Gérard, ed. *Dictionary of the Civil Code*. Paris: LexisNexis, 2014, "*action personnelle*", "*action réelle*".

Cornu, Gérard, dir. *Vocabulaire juridique*, 12e éd. Paris: Presses universitaires de France, 2018, "*action mixte*", "*action personnelle*", "*action réelle*", "*droit réel*".

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

Cromwell, T. A. "Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada" (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027.

Debruche, Anne-Françoise. *Équité du juge et territoires du droit privé*. Bruxelles: Bruylant, 2008.

Dross, William. *Droit des biens*, 4e éd. Issy-les-Moulineaux, France: LGDJ, 2019.

Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011, "*sui generis*".

Edinger, Elizabeth. "Territorial Limitations on Provincial Powers" (1982), 14 *Ottawa L. Rev.* 57.

Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 3e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2011.

Emerich, Yaëll. *Droit commun des biens: perspective transsystémique*. Montréal: Yvons Blais, 2017.

Borrows, John. « Aboriginal Title and Private Property » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 91.

Briggs, Adrian. *The Conflict of Laws*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2013.

Brisson, Jean-Maurice. « Le Code civil, droit commun? », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, 292.

Canada. Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord Canada. *Entente de principe concernant les revendications territoriales des Innus du Labrador*, dernière mise à jour 15 mars 2012 (en ligne : https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/DAM/DAM-CIRNAC-RCAANC/DAM-TAG/STAGING/texte-text/ccl_farim_nl_labinnu_caip_1331749872252_fra.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC4_1_fra.pdf).

Canada. « Report of the Ottawa Delegation : Proposed Arrangements for the Entry of Newfoundland into Confederation », in James K. Hiller and Michael F. Harrington, eds., *The Newfoundland National Convention 1946-1948 : Reports and Papers*, vol. 2, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1995.

Cantin Cumyn, Madeleine. « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : Essai sur l'énumération limitative des droits réels » (1986), 46 *R. du B.* 3.

Castel, Jean-Gabriel. *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980.

Cornu, Gérard, ed. *Dictionary of the Civil Code*, Paris, LexisNexis, 2014, « action personnelle », « action réelle ».

Cornu, Gérard, dir. *Vocabulaire juridique*, 12e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2018, « action mixte », « action personnelle », « action réelle », « droit réel ».

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4e éd., Montréal, Thémis, 2009.

Cromwell, T. A. « Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada » (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027.

Debruche, Anne-Françoise. *Équité du juge et territoires du droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues, 2e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991, « action mixte », « action personnelle », « action réelle ».

Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : Les biens, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, « droit réel », « titre aborigène ».

Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : Les obligations, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, « droit personnel », « droit réel ».

Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1998.

Glenn, H. Patrick. "Droit international privé", dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Que.: Presses de l'Université Laval, 1993, 669.

Goldstein, Gérald. *Droit international privé*, vol. 2, *Compétence internationale des autorités québécoises et effets des décisions étrangères (Art. 3134 à 3168 C.c.Q.)*, dans Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ). Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2012.

Goldstein, Gérald. "La qualification en droit international privé selon la perspective de l'article 3078 C.c.Q.", dans Sylvette Guillemard, dir., *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner: Études de droit international privé et de droit du commerce international.* Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2011, 195.

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, par Paul-A. Crépeau, dir. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1998.

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. II, *Règles spécifiques*, par Paul-A. Crépeau, dir. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2003.

Grenier, Danielle, et Marie Paré. *La requête en jugement déclaratoire en droit public québécois*, 2e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1999.

Groffier, Ethel. *La réforme du droit international privé québécois: Supplément au Précis de droit international privé québécois*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1993.

Groffier, Ethel. *Précis de droit international privé québécois*, 4e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1990.

Hamilton, Robert. "Private Property and Aboriginal Title: What is the Role of Equity in Mediating Conflicting Claims?" (2018), 51 *U.B.C. L. Rev.* 347.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2018, release 1).

Iacobucci, Frank. "What Is Access to Justice in the Context of Class Actions?", in Jasminka Kalajdzic, ed., *Accessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011, 17.

Isaac, Thomas. *Aboriginal Law*, 5th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2016.

Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.

Johnson, Walter S. *Conflict of Laws*, 2nd ed. Montréal: Wilson & Lafleur, 1962.

Dross, William. *Droit des biens*, 4e éd., Issy-les-Moulineaux (France), LGDJ, 2019.

Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011, « *sui generis* ».

Edinger, Elizabeth. « Territorial Limitations on Provincial Powers » (1982), 14 *R.D. Ottawa* 57.

Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.

Emerich, Yaëll. *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Montréal, Yvons Blais, 2017.

Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998.

Glenn, H. Patrick. « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 1993, 669.

Goldstein, Gérald. *Droit international privé*, vol. 2, *Compétence internationale des autorités québécoises et effets des décisions étrangères (Art. 3134 à 3168 C.c.Q.)*, dans Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012.

Goldstein, Gérald. « La qualification en droit international privé selon la perspective de l'article 3078 C.c.Q. », dans Sylvette Guillemard, dir., *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner : Études de droit international privé et de droit du commerce international*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011, 195.

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, par Paul-A. Crépeau, dir., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998.

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. II, *Règles spécifiques*, par Paul-A. Crépeau, dir., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003.

Grenier, Danielle, et Marie Paré. *La requête en jugement déclaratoire en droit public québécois*, 2e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999.

Groffier, Ethel. *La réforme du droit international privé québécois : Supplément au Précis de droit international privé québécois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993.

Groffier, Ethel. *Précis de droit international privé québécois*, 4e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1990.

Hamilton, Robert. « Private Property and Aboriginal Title : What is the Role of Equity in Mediating Conflicting Claims? » (2018), 51 *U.B.C. L. Rev.* 347.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed., Supp., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2018, release 1).

Iacobucci, Frank. « What Is Access to Justice in the Context of Class Actions? », in Jasminka Kalajdzic,

Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2e éd. Montréal: Thémis, 2007.

Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 8e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2018.

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.

Lemieux, Denis. "L'impact du *Code civil du Québec* en droit administratif" (1994), 15 *Admin. L.R.* (2d) 275.

Macdonald, Roderick A. "Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale and Ambitions", in Julia Bass, W. A. Bogart and Frederick H. Zemans, eds., *Access to Justice for a New Century — The Way Forward*. Toronto: Law Society of Upper Canada, 2005, 19.

McNeil, Kent. "Aboriginal Title and the Provinces after *Tsilhqot'in Nation*" (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 67.

McNeil, Kent. "Aboriginal Title as a Constitutionally Protected Property Right", in Owen Lippert, ed., *Beyond the Nass Valley: National Implications of the Supreme Court's Delgamuukw Decision*. Vancouver: Fraser Institute, 2000, 55.

McNeil, Kent. "Co-Existence of Indigenous Rights and Other Interests in Land in Australia and Canada" (1997), 3 *C.N.L.R.* 1.

McNeil, Kent. "Reconciliation and Third-Party Interests: *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*" (2010), 8 *Indigenous L.J.* 7.

McNeil, Kent. *The Post-Delgamuukw Nature and Content of Aboriginal Title*, May 2000 (online: https://www.autochthonapn.com/uploads/1/1/0/7/110765783/content__1_.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC4_2_eng.pdf).

Montpetit, André, et Gaston Taillefer. *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, *Les biens, la propriété, l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes réelles, l'emphytéose*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1945.

Morin, Michel. "La coexistence des systèmes de droit autochtones, de droit civil et de common law au Canada", in Louis Perret and Alain-François Bisson, eds., *The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2003, 159.

Newman, Warren J. "The Rule of Law, the Separation of Powers and Judicial Independence in Canada", in Peter Oliver, Patrick Macklem and Nathalie Des Rosiers, eds., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*. New York: Oxford University Press, 2017, 1031.

Normand, Sylvio. *Introduction au droit des biens*, 2e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2014.

NunatuKavut Community Council. *Memorandum of Understanding on Advancing Reconciliation*, September 5, 2019 (online: https://nunatukavut.ca/site/

ed., *Accessing Justice : Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2011, 17.

Isaac, Thomas. *Aboriginal Law*, 5th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2016.

Jacob, I. H. « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.

Johnson, Walter S. *Conflict of Laws*, 2nd ed., Montréal, Wilson & Lafleur, 1962.

Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2e éd., Montréal, Thémis, 2007.

Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 8e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2018.

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.

Lemieux, Denis. « L'impact du *Code civil du Québec* en droit administratif » (1994), 15 *Admin. L.R.* (2d) 275.

Macdonald, Roderick A. « L'accès à la justice aujourd'hui au Canada — étendue, envergure et ambitions », dans Julia Bass, W. A. Bogart et Frederick H. Zemans, dir., *L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès*, Toronto, Barreau du Haut-Canada, 2005, 23.

McNeil, Kent. « Aboriginal Title and the Provinces after *Tsilhqot'in Nation* » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 67.

McNeil, Kent. « Aboriginal Title as a Constitutionally Protected Property Right », in Owen Lippert, ed., *Beyond the Nass Valley : National Implications of the Supreme Court's Delgamuukw Decision*, Vancouver, Fraser Institute, 2000, 55.

McNeil, Kent. « Co-Existence of Indigenous Rights and Other Interests in Land in Australia and Canada » (1997), 3 *C.N.L.R.* 1.

McNeil, Kent. « Reconciliation and Third-Party Interests : *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* » (2010), 8 *Indigenous L.J.* 7.

McNeil, Kent. *The Post-Delgamuukw Nature and Content of Aboriginal Title*, mai 2000 (en ligne : https://www.autochthonapn.com/uploads/1/1/0/7/110765783/content__1_.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC4_2_eng.pdf).

Montpetit, André, et Gaston Taillefer. *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, *Les biens, la propriété, l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes réelles, l'emphytéose*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945.

Morin, Michel. « La coexistence des systèmes de droit autochtones, de droit civil et de common law au Canada », dans Louis Perret et Alain-François Bisson, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 159.

Newman, Warren J. « The Rule of Law, the Separation of Powers and Judicial Independence in Canada »,

uploads/2019/09/Memorandum-of-Understanding-on-Advancing-Reconciliation-NCC-Canada-SIGNED.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC4_3_eng.pdf).

NunatuKavut Community Council. *Traditional Territory Map*, last updated November 15, 2019 (online: https://nunatukavut.ca/about/rights-recognition/; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC4_4_eng.pdf).

Paré, Marie. *La requête en jugement déclaratoire*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2001.

Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons, 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991, "mixed action", "personal action", "real action".

Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Obligations. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2003, "personal right", "real right".

Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Property. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2012, "real right", "aboriginal title".

Quebec. Assemblée nationale. Sous-commission des institutions. "Étude détaillée du projet de loi 125 — Code civil du Québec", *Journal des débats*, no 28, 1re sess., 34e lég., 3 décembre 1991, p. SCI-1124 et SCI-1129.

Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. I, *Draft Civil Code*. Québec: Éditeur officiel, 1978.

Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. II, t. 2, *Commentaries*. Québec: Éditeur officiel, 1978.

Quebec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.

Quebec. Ministère de la Justice. *Projet de loi 125: Code civil du Québec, Commentaires détaillés sur les dispositions du projet, Livre X: Du droit international privé et disposition finale (Art. 3053 à 3144)*. Québec: Le Ministère, 1991.

Reid, Hubert, avec la collaboration de Simon Reid. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2015, "*action mixte*", "*action personnelle*", "*action réelle*", "*droit réel*", "*sui generis*".

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated October 2019, release 34).

Rochon, André, avec la collaboration de Frédérique Le Colleter. *Guide des requêtes devant le juge unique de*

in Peter Oliver, Patrick Macklem and Nathalie Des Rosiers, eds., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, 1031.

Normand, Sylvio. *Introduction au droit des biens*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014.

NunatuKavut Community Council. *Memorandum of Understanding on Advancing Reconciliation*, 5 septembre 2019 (en ligne : https://nunatukavut.ca/site/uploads/2019/09/Memorandum-of-Understanding-on-Advancing-Reconciliation-NCC-Canada-SIGNED.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC4_3_eng.pdf).

NunatuKavut Community Council. *Traditional Territory Map*, dernière mise à jour 15 novembre 2019 (en ligne : https://nunatukavut.ca/about/rights-recognition/; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC4_4_eng.pdf).

Paré, Marie. *La requête en jugement déclaratoire*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001.

Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.

Québec. Assemblée nationale. Sous-commission des institutions. « Étude détaillée du projet de loi 125 — Code civil du Québec », *Journal des débats*, no 28, 1re sess., 34e lég., 3 décembre 1991, p. SCI-1124 et SCI-1129.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993.

Québec. Ministère de la Justice. *Projet de loi 125 : Code civil du Québec, Commentaires détaillés sur les dispositions du projet, Livre X : Du droit international privé et disposition finale (Art. 3053 à 3144)*, Québec, Le Ministère, 1991.

Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1978.

Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 2, *Commentaires*, Québec, Éditeur officiel, 1978.

Reid, Hubert, avec la collaboration de Simon Reid. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, « action mixte », « action personnelle », « action réelle », « droit réel », « *sui generis* ».

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated October 2019, release 34).

Rochon, André, avec la collaboration de Frédérique Le Colleter. *Guide des requêtes devant le juge unique de*

la Cour d'appel: Procédure et pratique. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013.
Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2016.
Saumier, Geneviève. "The Recognition of Foreign Judgments in Quebec — The Mirror Crack'd?" (2002), 81 *Can. Bar Rev.* 677.
Savoie, Réginald, et Louis-Philippe Taschereau. *Procédure civile*, t. I, *Introduction, Théorie générale, Organisation judiciaire, Action en justice* . Montréal: Guérin, 1973.
Slattery, Brian. "The Constitutional Dimensions of Aboriginal Title" (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 45.
Slattery, Brian. "The Metamorphosis of Aboriginal Title" (2006), 85 *Can. Bar Rev.* 255.
Slattery, Brian. "The Nature of Aboriginal Title", in Owen Lippert, ed., *Beyond the Nass Valley: National Implications of the Supreme Court's Delgamuukw Decision*. Vancouver: Fraser Institute, 2000, 11.
Sullivan, R. E. "Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces" (1985), 7 *S.C.L.R.* 511.
Swan, John. "The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 271.
Thivierge, Jean-Claude. "La requête en jugement déclaratoire en droit immobilier", dans Service de la formation permanente — Barreau du Québec, vol. 103, *Développements récents en droit immobilier*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1998, 37.
Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, 6th ed. Toronto: LexisNexis, 2005 (looseleaf updated 2019, release 77).
Walters, Mark. "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350.
Wass, Jack. "The Court's *In Personam* Jurisdiction in Cases Involving Foreign Land" (2014), 63 *I.C.L.Q.* 103.
Watson, Garry D., and Frank Au. "Constitutional Limits on Service *Ex Juris*: Unanswered Questions from *Morguard*" (2000), 23 *Adv. Q.* 167.
Wilkins, Kerry. *Essentials of Canadian Aboriginal Law*. Toronto: Thomson Reuters, 2018.
Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 7th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2018.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morissette, Healy and Ruel JJ.A.), 2017 QCCA 1791, [2018] 4 C.N.L.R. 167, [2017] Q.J. No. 15881 (QL), 2017 CarswellQue 11332 (WL Can.), affirming a decision of Davis J., 2016 QCCS 5133, [2017] 4 C.N.L.R. 89, [2016] J.Q. nº 14492 (QL), 2016 CarswellQue 10096 (WL Can.). Appeal

la Cour d'appel : Procédure et pratique, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.
Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2016.
Saumier, Geneviève. « The Recognition of Foreign Judgments in Quebec — The Mirror Crack'd? » (2002), 81 *R. du B. can.* 677.
Savoie, Réginald, et Louis-Philippe Taschereau. *Procédure civile*, t. I, *Introduction, Théorie générale, Organisation judiciaire, Action en justice*, Montréal, Guérin, 1973.
Slattery, Brian. « The Constitutional Dimensions of Aboriginal Title » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 45.
Slattery, Brian. « The Metamorphosis of Aboriginal Title » (2006), 85 *R. du B. can.* 255.
Slattery, Brian. « The Nature of Aboriginal Title », in Owen Lippert, ed., *Beyond the Nass Valley : National Implications of the Supreme Court's Delgamuukw Decision*, Vancouver, Fraser Institute, 2000, 11.
Sullivan, R. E. « Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces » (1985), 7 *S.C.L.R.* 511.
Swan, John. « The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws » (1985), 63 *R. du B. can.* 271.
Thivierge, Jean-Claude. « La requête en jugement déclaratoire en droit immobilier », dans Service de la formation permanente — Barreau du Québec, vol. 103, *Développements récents en droit immobilier*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, 37.
Walker, Janet. *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, 6th ed., Toronto, LexisNexis, 2005 (looseleaf updated 2019, release 77).
Walters, Mark. « British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights : A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia* » (1992), 17 *Queen's L.J.* 350.
Wass, Jack. « The Court's *In Personam* Jurisdiction in Cases Involving Foreign Land » (2014), 63 *I.C.L.Q.* 103.
Watson, Garry D., and Frank Au. « Constitutional Limits on Service *Ex Juris :* Unanswered Questions from *Morguard* » (2000), 23 *Adv. Q.* 167.
Wilkins, Kerry. *Essentials of Canadian Aboriginal Law*, Toronto, Thomson Reuters, 2018.
Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 7th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2018.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morissette, Healy et Ruel), 2017 QCCA 1791, [2018] 4 C.N.L.R. 167, [2017] J.Q. nº 15881 (QL), 2017 CarswellQue 10118 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Davis, 2016 QCCS 5133, [2017] 4 C.N.L.R. 89, [2016] J.Q. nº 14492 (QL), 2016 CarswellQue 10096 (WL Can.).

dismissed, Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting.

Maxime Faille, *Guy Régimbald* and *Justin Mellor*, for the appellant.

Jean-François Bertrand, *James A. O'Reilly*, *François Lévesque*, *Sophia Ladovrechis* and *Marie-Claude André-Grégoire*, for the respondents.

Ian Demers, for the intervener the Attorney General of Canada.

No one appeared for the intervener the Attorney General of Quebec.

Jeff Echols and *Chris Robb*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

François Fontaine and *Andres Garin*, for the interveners the Iron Ore Company of Canada and the Quebec North Shore and Labrador Railway Company Inc.

Eamon Murphy and *Peter W. Jones*, for the interveners Kitigan Zibi Anishinabeg and the Algonquin Anishinabeg Nation Tribal Council.

Perri Ravon, *Ryan Beaton* and *Audrey Mayrand*, for the intervener Amnesty International Canada.

John W. Gailus and *Christopher Devlin*, for the intervener the Tsawout First Nation.

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

[1] The Chief Justice and Abella and Karakatsanis JJ. — This appeal raises questions of fundamental importance to the way civil proceedings involving Aboriginal rights are carried out in this country. It has implications for access to justice and the ability of Indigenous peoples to meaningfully assert their constitutional rights in the justice system. A balance must be struck between the different

Pourvoi rejeté, les juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe sont dissidents.

Maxime Faille, *Guy Régimbald* et *Justin Mellor*, pour l'appelant.

Jean-François Bertrand, *James A. O'Reilly*, *François Lévesque*, *Sophia Ladovrechis* et *Marie-Claude André-Grégoire*, pour les intimés.

Ian Demers, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Personne n'a comparu pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Jeff Echols et *Chris Robb*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

François Fontaine et *Andres Garin*, pour les intervenantes la Compagnie minière IOC et la Compagnie de chemin de fer du littoral nord de Québec et du Labrador inc.

Eamon Murphy et *Peter W. Jones*, pour les intervenants Kitigan Zibi Anishinabeg et le Conseil tribal de la nation algonquine Anishinabeg.

Perri Ravon, *Ryan Beaton* et *Audrey Mayrand*, pour l'intervenante Amnistie internationale Canada.

John W. Gailus et *Christopher Devlin*, pour l'intervenante Tsawout First Nation.

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

[1] Le juge en chef et les juges Abella et Karakatsanis — Le présent pourvoi soulève des questions d'une importance fondamentale sur le déroulement au Canada des instances civiles qui traitent des droits ancestraux. Cela a des répercussions sur l'accès à la justice et sur la capacité des peuples autochtones de revendiquer utilement leurs droits constitutionnels dans le cadre du système judiciaire.

principles at play, keeping in mind the unique history and nature of Aboriginal rights in Canada.

I. Background

A. *The Parties*

[2] The Innu of Uashat and of Mani-Utenam and the Innu of Matimekush-Lac John are two distinct First Nations who claim to have occupied a traditional territory they call the Nitassinan since time immemorial. This territory straddles the border between the provinces of Quebec and Newfoundland and Labrador.

[3] Much of this territory was included as part of Lower Canada in 1791 which, in turn, would become Quebec in 1867. In 1927, the Privy Council clarified the border between Labrador — then part of the British colony of Newfoundland — and Quebec. Newfoundland (which included Labrador) joined Canada as a province in 1949 and changed its name to Newfoundland and Labrador in 2001.

[4] In the early 1950s, the interveners Iron Ore Company of Canada and the Quebec North Shore and Labrador Railway Company Inc. ("mining companies") undertook the first phase of what came to be known as the "IOC megaproject". Today, the IOC megaproject includes multiple open-pit mines that were formerly operated near the small town of Schefferville, Quebec; nine open-pit mines and related facilities near Labrador City, Newfoundland and Labrador; port, railway and industrial facilities in Sept-Îles, Quebec; and more than 600 km of railway winding through both provinces. It continues to expand.

B. *The Claim*

[5] In 2013, the Innu of Uashat and of Mani-Utenam and the Innu of Matimekush-Lac John as well as a number of chiefs and councillors representing their respective families, bands and nations filed suit against the mining companies in the Superior Court of Quebec in Montréal.

Il faut trouver un juste équilibre entre les différents principes en jeu, gardant à l'esprit l'histoire et la nature uniques des droits ancestraux au Canada.

I. Contexte

A. *Les parties*

[2] Les Innus de Uashat et de Mani-Utenam et les Innus de Matimekush-Lac John sont deux Premières Nations distinctes qui affirment occuper depuis des temps immémoriaux un territoire traditionnel qu'ils appellent le Nitassinan. Ce territoire chevauche la frontière qui sépare les provinces du Québec et de Terre-Neuve-et-Labrador.

[3] La majeure partie de ce territoire est intégrée au Bas-Canada en 1791, lequel devient à son tour le Québec en 1867. En 1927, le Conseil privé précise la frontière entre le Labrador — qui faisait alors partie de la colonie britannique de Terre-Neuve — et le Québec. Terre-Neuve (qui incluait le Labrador) se joint au Canada en tant que province en 1949 et change son nom à Terre-Neuve-et-Labrador en 2001.

[4] Au début des années 1950, les intervenantes, la Compagnie minière IOC et la Compagnie de chemin de fer du littoral nord de Québec et du Labrador (« compagnies minières »), amorcent la première phase de ce qu'on a appelé le « mégaprojet d'IOC ». Aujourd'hui, ce mégaprojet comprend de nombreuses mines à ciel ouvert exploitées auparavant près du petit village de Schefferville, au Québec; neuf mines à ciel ouvert et des installations connexes près de Labrador City, à Terre-Neuve-et-Labrador; un port, un chemin de fer et des installations industrielles à Sept-Îles, au Québec; et plus de 600 km de chemin de fer sillonnant les deux provinces. Il continue à prendre de l'expansion.

B. *La demande*

[5] En 2013, les Innus de Uashat et de Mani-Utenam, les Innus de Matimekush-Lac John ainsi que plusieurs chefs et conseillers représentant leurs familles, bandes et nations respectives intentent une poursuite contre les compagnies minières devant la Cour supérieure du Québec, à Montréal.

[6] In their originating application, the Innu respondents in this case ("Innu") claim to have occupied, possessed and managed the Nitassinan according to their customs, traditions and practices since time immemorial. They assert a right to the exclusive use and occupation of the lands affected by the IOC megaproject, including rights to hunt, fish and trap. They also claim the right to use and enjoy all the natural resources found on the land. The Innu allege that the IOC megaproject was built without their consent and invoke a host of environmental harms which have impeded their activities, depriving them of the enjoyment of their territory. They advance that the mining companies have implemented discriminatory policies and prevented them from circulating freely throughout the Nitassinan.

[7] As remedies against these alleged wrongs, the Innu seek, among other things:

- a permanent injunction against the mining companies ordering them to cease all work related to the IOC megaproject;
- $900 million in damages; and
- a declaration that the IOC megaproject constitutes a violation of Aboriginal title and other Aboriginal rights.

[8] Although the pleading refers to the Nitassinan at large, it also makes clear that it is only the territory affected by the IOC megaproject that is relevant for the purposes of this action.

C. *The Motions to Strike*

[9] The mining companies eventually filed a motion to strike allegations from the Innu's pleading. In their view, portions of the claim concern real rights over property situated in Newfoundland and Labrador and, therefore, fall under the jurisdiction of the courts of that province. On the heels of this motion, the Attorney General of Newfoundland and

[6] Dans leur demande introductive d'instance, les Innus, qui sont intimés dans la présente cause (« Innus »), affirment occuper, posséder et gérer le Nitassinan selon leurs coutumes, leurs traditions et leurs pratiques depuis des temps immémoriaux. Ils revendiquent le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées par le mégaprojet d'IOC, ce qui comprend des droits de chasse, de pêche et de piégeage. Ils revendiquent également le droit d'utiliser toutes les ressources naturelles qui se trouvent sur le territoire et d'en jouir. Les Innus soutiennent que le mégaprojet d'IOC a été entrepris sans leur consentement, et ils allèguent une longue liste d'atteintes à l'environnement qui nuisent selon eux à leurs activités, les empêchant de jouir de leur territoire. Ils avancent que les compagnies minières ont mis en place des politiques discriminatoires et qu'elles les empêchent de circuler librement sur le Nitassinan.

[7] À titre de réparations pour ces préjudices allégués, les Innus sollicitent notamment les mesures suivantes :

- une injonction permanente contre les compagnies minières leur ordonnant de cesser tous les travaux liés au mégaprojet d'IOC;
- des dommages-intérêts de 900 millions de dollars;
- un jugement déclaratoire portant que le mégaprojet d'IOC constitue une violation de leur titre ancestral et d'autres droits ancestraux.

[8] Bien que l'acte de procédure mentionne le Nitassinan en général, il précise aussi que seul le territoire touché par le mégaprojet d'IOC est en cause dans la présente action.

C. *Les requêtes en radiation*

[9] Plus tard, les compagnies minières déposent une requête en radiation d'allégations contenues dans l'acte de procédure des Innus. Selon elles, certaines portions de la demande concernent des droits réels sur des terres situées à Terre-Neuve-et-Labrador et, en conséquence, elles relèvent de la compétence des tribunaux de cette province. Dans la foulée du

Labrador filed a declaration of voluntary intervention along with its own motion to strike, essentially supporting the mining companies' arguments.

D. *The Judgments Below*

(1) Superior Court of Quebec, 2016 QCCS 5133, [2017] 4 C.N.L.R. 89 (Davis J.)

[10] Davis J. dismissed the motions to strike. The mining companies pleaded that Aboriginal title is a real right and that, pursuant to art. 3152 of the *Civil Code of Québec* ("*C.C.Q.*"), the Innu's action was beyond the jurisdiction of Quebec courts insofar as it concerned property located in Newfoundland and Labrador. The Attorney General for Newfoundland and Labrador supported these arguments and also raised the defense of Crown immunity. The Innu, for their part, advanced that the action was personal or mixed and proposed to ground jurisdiction in the authority of Quebec courts to order pecuniary and injunctive relief against the mining companies, under arts. 3134 and 3148, para. 1(1) *C.C.Q.*

[11] For Davis J., the solution to the jurisdictional puzzle lay in properly characterizing the action within the *C.C.Q.* framework. He emphasized the importance of considering the Aboriginal point of view in this exercise, concluding that this required recognizing that the occupation of land by Aboriginal peoples predates the establishment of any provincial borders. Davis J. acknowledged that provinces enjoy reciprocal immunities, but found it awkward to apply those immunities when determining rights which predate both provincial borders and, thus, the justification for those immunities. While admitting that the court seized with the merits of the case would be obliged to draw conclusions regarding the rights of the provinces, he noted that the Innu sought no relief against the Crown of Newfoundland and Labrador.

dépôt de cette requête, le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador dépose une déclaration d'intervention volontaire ainsi que sa propre requête en radiation reprenant essentiellement à son compte les arguments des compagnies minières.

D. *Les jugements des juridictions d'instances inférieures*

(1) Cour supérieure du Québec, 2016 QCCS 5133 (le juge Davis)

[10] Le juge Davis rejette les requêtes en radiation. Les compagnies minières font valoir que le titre ancestral est un droit réel et que, suivant l'art. 3152 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* » ou « *Code civil* »), l'action des Innus outrepasse la compétence des tribunaux du Québec dans la mesure où elle vise des terres situées à Terre-Neuve-et-Labrador. Le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador appuie ces arguments et invoque le moyen de défense de l'immunité de la Couronne. Les Innus, pour leur part, soutiennent qu'il s'agit d'une action personnelle ou mixte et que les tribunaux québécois tirent leur pouvoir d'ordonner une réparation pécuniaire et une injonction contre les compagnies minières des art. 3134 et 3148 al. 1(1) du *C.c.Q.*

[11] Selon le juge Davis, la solution au problème de la compétence consiste à bien qualifier l'action dans le cadre du *Code civil*. Il insiste sur l'importance de tenir compte du point de vue des Autochtones et conclut que, pour ce faire, il faut reconnaître que l'occupation des peuples autochtones est antérieure à l'établissement de quelque frontière provinciale que ce soit. Selon le juge Davis, les provinces bénéficient certes d'une immunité réciproque, mais il conclut que celle-ci s'applique mal à un dossier dans lequel il s'agit de statuer sur des droits antérieurs à la fois à l'établissement des frontières provinciales et, en conséquence, à la justification de cette immunité. Tout en reconnaissant que le tribunal appelé à se prononcer sur le fond de l'affaire sera tenu de tirer des conclusions sur les droits des provinces, il fait remarquer que les Innus ne demandent aucune réparation à l'encontre de la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador.

[12] Davis J. agreed that some aspects of Aboriginal title and rights resemble real rights because they attach to specific territories or sites. Nevertheless, he gave several reasons for declining to characterize the action as a real action. First, he noted that rights recognized and affirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, are *sui generis* in nature. Moreover, he wrote, recognition of these rights in the case at bar was ancillary to the two principal remedies sought: injunctive and compensatory relief. To succeed in their action against the defendant mining companies, the Innu would have to prove the violation of personal or mixed obligations under arts. 976 and 1457 *C.C.Q.* By virtue of arts. 3134 and 3148, para. 1(1) *C.C.Q.*, the Quebec courts thus had jurisdiction to hear the case.

[13] Only Newfoundland and Labrador appealed from this judgment.

(2) Quebec Court of Appeal, 2017 QCCA 1791, [2018] 4 C.N.L.R. 167 (Morissette, Healy and Ruel JJ.A.)

[14] Ruel J.A., writing for the Court of Appeal, affirmed the judgment of the Superior Court. Ruel J.A. agreed that recognition of the Aboriginal rights claimed was ancillary to the Innu's primary claim concerning the mining companies' civil liability. He found the motions judge had not erred in characterizing the action as mixed. For Ruel J.A., the action could not be characterized as a territorial claim against the state and did not concern property located in Newfoundland and Labrador for at least three reasons. First, the Innu had historically stewarded the Nitassinan without regard to the provincial borders that exist today. Second, the rights invoked by the Innu fell at various points along a spectrum of attachment to the territory and could not be characterized as property rights as these are understood in the civilian tradition. Finally, fundamental concerns of proportionality and access to justice militated against splitting the claims along provincial lines

[12] Le juge Davis convient que certains aspects du titre et des droits ancestraux s'apparentent à des droits réels parce qu'ils sont liés à des territoires ou à des lieux précis. Néanmoins, il fournit plusieurs raisons pour justifier le refus de qualifier l'action de réelle. Premièrement, il note que les droits reconnus et confirmés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont des droits *sui generis*. Il ajoute que la reconnaissance de ces droits en l'espèce est accessoire aux deux réparations principales demandées : une injonction et des dommages-intérêts. Pour avoir gain de cause dans leur action contre les compagnies minières défenderesses, les Innus doivent prouver qu'il y a eu violation d'obligations personnelles ou mixtes visées aux art. 976 et 1457 du *C.c.Q.* Les tribunaux du Québec ont donc compétence pour instruire l'affaire en application des art. 3134 et 3148 al. 1(1) du *C.c.Q.*

[13] Seule la province de Terre-Neuve-et-Labrador interjette appel de ce jugement.

(2) Cour d'appel du Québec, 2017 QCCA 1791 (les juges Morissette, Healy et Ruel)

[14] S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Ruel confirme le jugement de la Cour supérieure. Il convient que la reconnaissance des droits ancestraux revendiqués est accessoire à la réclamation principale des Innus qui concerne la responsabilité civile des compagnies minières. Il conclut également que le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en qualifiant l'action de mixte. Selon le juge Ruel, l'action ne peut être qualifiée de revendication territoriale contre l'État et ne vise pas des terres situées à Terre-Neuve-et-Labrador, et ce, pour au moins trois raisons. Premièrement, les Innus ont toujours géré le Nitassinan sans égard aux frontières provinciales qui existent aujourd'hui. Deuxièmement, les droits invoqués par les Innus s'étalent le long d'un spectre en fonction du degré de rattachement au territoire visé et ne peuvent être qualifiés de droits de propriété au sens qu'on leur donne en droit civil. Troisièmement, des préoccupations fondamentales

and inhibiting the Innu's ability to set out their arguments in full.

II. Analysis

[15] There are several aspects of the content of the dissent with which we disagree, but it is not the general practice in this Court for the majority to engage in a point by point refutation of dissenting reasons. Consequently, the fact that we do not mention any particular point raised in the dissent should not be taken as our agreeing with it.

A. *Interpreting Book Ten of the C.C.Q.*

[16] Book Ten of the *C.C.Q.* sets out the rules governing private international law in the province. In the spirit of comity, these rules limit the jurisdiction of Quebec authorities to matters closely linked to the province: Quebec, National Assembly, Sous-commission des institutions, "Étude détaillée du projet de loi 125 — Code Civil du Québec", *Journal des débats*, No. 28, 1st Sess., 34th Leg., December 3, 1991, at p. SCI-1124. In considering the connection between a given matter and the province, it is important not to conflate the adjudicative competence of provincial superior courts with the legislative competence of the province: G. D. Watson and F. Au, "Constitutional Limits on Service *Ex Juris*: Unanswered Questions from *Morguard*" (2000), 23 *Adv. Q.* 167, at pp. 176 and 178; E. Edinger, "Territorial Limitations on Provincial Powers" (1982), 14 *Ottawa L. Rev.* 57, at p. 63.

[17] In order to interpret the rules of Book Ten, we must begin by examining the provisions set out in the *C.C.Q.*, and then inquire into whether a proposed interpretation is consistent with the underlying principles of comity, order and fairness: *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205, at para. 23. The second step requires interpreting the rules of Book Ten in light of the imperatives of our constitutional order: para. 51;

relatives à la proportionnalité et à l'accès à la justice militent contre la scission des réclamations en fonction des frontières provinciales et contre la restriction de la capacité des Innus à exposer entièrement leurs prétentions.

II. Analyse

[15] Nous sommes en désaccord avec plusieurs éléments de la dissidence. Il n'est toutefois pas d'usage à la Cour que les juges majoritaires réfutent point par point les motifs dissidents. En conséquence, il ne faudrait pas interpréter notre silence à l'égard de quelque aspect que ce soit de la dissidence comme un acquiescement de notre part.

A. *L'interprétation du Livre dixième du Code civil*

[16] Le Livre dixième du *Code civil* énonce les règles qui régissent le droit international privé dans la province. Pour des raisons de courtoisie, ces règles limitent la compétence des autorités du Québec aux affaires qui sont étroitement liées à la province : Québec, Assemblée nationale, Sous-commission des institutions, « Étude détaillée du projet de loi 125 — Code civil du Québec », *Journal des débats*, n° 28, 1re sess., 34e lég., 3 décembre 1991, p. SCI-1124. Lorsqu'on examine le lien entre une affaire donnée et la province, il importe de ne pas confondre la compétence juridictionnelle des cours supérieures provinciales avec la compétence législative des provinces : G. D. Watson et F. Au, « Constitutional Limits on Service *Ex Juris*: Unanswered Questions from *Morguard* » (2000), 23 *Adv. Q.* 167, p. 176 et 178; E. Edinger, « Territorial Limitations on Provincial Powers » (1982), 14 *R. D. Ottawa* 57, p. 63.

[17] Pour interpréter les règles énoncées au Livre dixième, il faut d'abord examiner les dispositions du *Code civil*, puis se demander si l'interprétation proposée est compatible avec les principes sous-jacents de courtoisie, d'ordre et d'équité : *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205, par. 23. Ensuite, il faut interpréter les règles énoncées au Livre dixième à la lumière des impératifs de notre

J. Walker, *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (6th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 1-5. As with any statute, the provisions of the *C.C.Q.* in respect of private international law should be interpreted in a manner consistent with the Constitution: *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 33; *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201, at para. 36. Where s. 35 rights are at stake, Book Ten must be interpreted in a manner that respects constitutionally recognized and affirmed Aboriginal rights and treaty rights, and that takes into account access to justice considerations, which are protected by s. 96 courts: *Constitution Act, 1982*, s. 35; *Constitution Act, 1867*, s. 96; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 82; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31, at paras. 36-39.

[18] Title Three of Book Ten governs the international jurisdiction of Quebec authorities. It begins by setting out general rules. Article 3134, the first provision of Chapter I, establishes a residual jurisdictional rule, namely that "[i]n the absence of any special provision, Québec authorities have jurisdiction when the defendant is domiciled in Québec." The special provisions referred to in art. 3134 are set out in Chapter II, which establishes specific rules of jurisdiction based on the nature of the action in question. Divisions I and II address personal and family actions. Division III governs real and mixed actions. Division III contains only three provisions — one of which sets out the general rule that Quebec authorities have jurisdiction to hear a real action if the property in dispute is situated in Quebec (art. 3152), and two exceptions concerning jurisdiction over successions (art. 3153) and matrimonial regimes (art. 3154). In the case of a mixed action, Quebec authorities must have jurisdiction over both the personal and real aspects of the matter: *CGAO v. Groupe Anderson inc.*, 2017 QCCA 923, at para. 10 (CanLII); Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code*, vol. II, t. 2, *Commentaries* (1978), at p. 989. This properly prevents Quebec courts from arrogating jurisdiction over a matter which would otherwise be

ordre constitutionnel : par. 51; J. Walker, *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (6e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 1-5. Comme pour toute autre loi, les dispositions du *Code civil* en matière de droit international privé doivent être interprétées conformément à la Constitution : *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 33; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201, par. 36. Lorsque les droits garantis par l'art. 35 sont en jeu, le Livre dixième doit être interprété de manière à respecter les droits ancestraux et les droits issus de traités reconnus et confirmés par la Constitution, mais aussi en tenant compte des considérations relatives à l'accès à la justice, qui sont protégées par les tribunaux visés à l'art. 96 : *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35; *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 82; *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31, par. 36-39.

[18] Le titre troisième du Livre dixième traite de la compétence internationale des autorités du Québec. Il débute par des règles générales. L'article 3134, la première disposition du chapitre premier, établit une règle de compétence résiduelle : « En l'absence de disposition particulière, les autorités du Québec sont compétentes lorsque le défendeur a son domicile au Québec ». Les dispositions particulières visées à l'art. 3134 se trouvent au chapitre deuxième, qui prévoit des règles de compétence particulières en fonction de la nature de l'action. Les première et deuxième sections portent sur les actions personnelles et à caractère familial. La troisième section traite des actions réelles et mixtes et ne comporte que trois dispositions — la première établit la règle générale selon laquelle les autorités québécoises sont compétentes pour connaître d'une action réelle si le bien en litige est situé au Québec (art. 3152), et les deux autres prévoient des exceptions concernant la compétence en matière successorale (art. 3153) et en matière de régimes matrimoniaux (art. 3154). Pour que les autorités québécoises soient compétentes pour entendre les actions mixtes, elles doivent l'être tant à l'égard du volet personnel que du volet réel de la question : *CGAO c. Groupe Anderson inc.*, 2017 QCCA 923, par. 10 (CanLII); Office de révision du

beyond their reach merely because the parties have amalgamated multiple claims.

[19] The *C.C.Q.* is silent with respect to the proper analysis for characterizing an action for the purposes of Chapter II. According to the legislative debates, each provision was intended to generally correspond with the law applicable to a given subject matter: *Journal des débats*, at p. SCI-1129. However, the parallels between the rules governing conflicts of law and conflicts of jurisdiction are imperfect and conflicts of law rules should not be directly transposed onto the rules governing jurisdiction: C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (3rd ed. 2011), at Nos. 150 and 380; G. Goldstein, "La qualification en droit international privé selon la perspective de l'article 3078 C.c.Q.", in S. Guillemard, ed., *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner: Études de droit international privé et de droit du commerce international* (2011), 195, at pp. 195-96, fn. 1. Where, as here, the dispute involves rights neither defined in nor directly governed by the *C.C.Q.*, particular caution in transposing those rules is warranted.

[20] In the absence of legislative direction, when characterizing an action, it is the nature of the rights at stake and the conclusions sought that must be considered: see, e.g., *Bern v. Bern*, [1995] R.D.J. 510 (C.A.). The courts in this case characterized the action as "mixed". They properly appreciated the unique nature of s. 35 rights and, with due caution, considered those rights and the conclusions sought through the appropriate *C.C.Q.* analysis. In our view, the result they reached is justified.

B. *Characterizing Section 35 Rights*

[21] Enshrined in Part II of the *Constitution Act, 1982*, s. 35 rights are a central part of the Canadian constitutional order. Section 35 provides the

Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 2, *Commentaires* (1978), p. 989. Ces règles empêchent comme il se doit que, simplement parce que les parties ont regroupé plusieurs réclamations, les tribunaux du Québec s'arrogent une compétence à l'égard d'une affaire qui, autrement, ne serait pas de leur ressort.

[19] Le *Code civil* est muet quant à l'analyse appropriée à effectuer pour qualifier une action aux fins du chapitre deuxième. Selon les débats de l'Assemblée nationale, chaque disposition a été conçue afin de correspondre de manière générale au droit applicable à une matière donnée : *Journal des débats*, p. SCI-1129. Toutefois, les parallèles entre les règles régissant le droit international privé et les conflits de compétence sont imparfaits, et les premières ne devraient pas être directement transposées aux questions de compétence : C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (3e éd. 2011), nos 150 et 380; G. Goldstein, « La qualification en droit international privé selon la perspective de l'article 3078 *C.c.Q.* » dans S. Guillemard, éd., *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner : Études de droit international privé et de droit du commerce international* (2011), 195, p. 195-196, note 1. Lorsque, comme en l'espèce, le conflit concerne des droits qui ne sont ni définis ni directement régis par le *Code civil*, il faut tout particulièrement faire preuve de prudence lorsqu'on transpose ces règles.

[20] À défaut d'indication du législateur, il faut prendre en considération la nature des droits en cause et des conclusions recherchées lorsque vient le temps de qualifier l'action : voir, par ex., *Bern c. Bern*, [1995] R.D.J. 510 (C.A.). En l'espèce, les tribunaux ont qualifié l'action de « mixte ». Ils ont bien saisi la nature unique des droits protégés par l'art. 35 et ont pris les précautions nécessaires pour examiner ces droits ainsi que les conclusions recherchées en effectuant l'analyse appropriée au regard du *Code civil*. À notre avis, leurs conclusions étaient justifiées.

B. *La qualification des droits garantis par l'art. 35*

[21] Consacrés à la partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits garantis par l'art. 35 sont une composante centrale de l'ordre constitutionnel

constitutional framework for both acknowledging the historical fact that Aboriginal peoples lived on the land in distinctive societies prior to European settlement and reconciling that fact with Canadian sovereignty: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 31. This Court has described s. 35 as a commitment that must be given meaningful content, recognizing both the ancient occupation of land by Aboriginal peoples and the contribution of those peoples to the building of Canada: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1108; *Reference re Secession of Quebec*, at para. 82.

[22] Reconciliation, the fundamental objective of the modern law of Aboriginal rights, engages the honour of the Crown: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, at paras. 1 and 4. The duties that flow from the honour of the Crown may vary according to the circumstances in which they arise but, whether we are dealing with the assertion of sovereignty or the resolution of rights or title claims, the honour of the Crown is always at stake: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 16; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 74. Indeed, in some circumstances, this doctrine requires the Crown to respect certain obligations even before s. 35 rights have been conclusively established: *Haida Nation*, at para. 27.

[23] To date, reconciliation and the honour of the Crown have most often been relied upon in the context of Aboriginal and treaty rights infringements. This appeal is an opportunity to consider how these doctrines inform the determination of which court has jurisdiction over a s. 35 claim that straddles multiple provinces.

[24] Although s. 35(1) recognizes and affirms "the existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada", defining those rights is a task

canadien. En effet, cette disposition établit le cadre constitutionnel qui permet à la fois de reconnaître le fait historique que les peuples autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctes avant la colonisation par les Européens et de concilier ce fait avec la souveraineté du Canada : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 31. La Cour a qualifié l'art. 35 d'engagement qui doit avoir un sens utile, reconnaissant non seulement l'occupation passée de terres par les Autochtones, mais aussi leur contribution à l'édification du Canada : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1108; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 82.

[22] La réconciliation, qui est l'objectif fondamental des règles de droit modernes relatives aux droits ancestraux, fait intervenir l'honneur de la Couronne : *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 1 et 4. L'obligation découlant de ce principe peut varier en fonction de la situation; toutefois, l'honneur de la Couronne entre toujours en jeu lorsqu'il est question d'affirmer la souveraineté ou de trancher des revendications de droits ou de titres : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 16; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 74. En effet, dans certaines circonstances, l'honneur de la Couronne oblige cette dernière à s'acquitter de certaines obligations, même avant que les droits protégés par l'art. 35 soient établis avec certitude : *Nation haïda*, par. 27.

[23] Jusqu'à maintenant, la réconciliation et l'honneur de la Couronne ont le plus souvent été invoqués dans le contexte d'une atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités. Le présent appel nous donne l'occasion d'examiner comment ces doctrines contribuent à la détermination du tribunal qui a compétence pour statuer sur les réclamations fondées sur l'art. 35 dont l'objet chevauche plusieurs provinces.

[24] Bien que le par. 35(1) reconnaisse et confirme « [l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada », la

that has fallen largely to the courts. The honour of the Crown requires a generous and purposive interpretation of this provision in furtherance of the objective of reconciliation: *Manitoba Metis Federation Inc.*, at paras. 76-77.

[25] As well, this Court has continually stressed the *sui generis* nature of s. 35 rights, namely the fact that a *sui generis* right is a unique one [TRANSLATION] "which it is impossible to fit into any recognized category": H. Reid, with S. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (5th ed. 2015), at p. 607; see also D. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (4th ed. 2011), at p. 1256. The unique nature of s. 35 rights flows from both their historical and cultural origins as well as their status as constitutional rights.

[26] In *Van der Peet* — one of the first cases to consider the nature of s. 35 rights in depth — Chief Justice Lamer went to great lengths to stress the unique nature of s. 35 rights:

> Aboriginal rights cannot, however, be defined on the basis of the philosophical precepts of the liberal enlightenment. Although equal in importance and significance to the rights enshrined in the *Charter*, aboriginal rights must be viewed differently from *Charter* rights because they are rights held only by aboriginal members of Canadian society. They arise from the fact that aboriginal people are aboriginal. As academic commentators have noted, aboriginal rights "inhere in the very meaning of aboriginality", Michael Asch and Patrick Macklem, "Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, at p. 502; they are the rights held by "Indians *qua* Indians", Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 776.
>
> The task of this Court is to define aboriginal rights in a manner which recognizes that aboriginal rights are rights but which does so without losing sight of the fact that they are rights held by aboriginal people because they are aboriginal. The Court must neither lose sight of the generalized constitutional status of what s. 35(1) protects, nor

définition de ces droits incombe surtout aux tribunaux. L'honneur de la Couronne exige que cette disposition soit interprétée de façon libérale et téléologique en vue d'atteindre l'objectif de la réconciliation : *Manitoba Metis Federation Inc.*, par. 76-77.

[25] En outre, la Cour a toujours souligné le caractère *sui generis* des droits garantis par l'art. 35, notamment le fait qu'un droit *sui generis* est un droit unique « qu'il est impossible de faire entrer dans aucune catégorie reconnue » : H. Reid, avec S. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (5e éd. 2015), p. 607; voir aussi D. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (4e éd. 2011), p. 1256. La nature unique des droits garantis par l'art. 35 découle autant de leur origine historique et culturelle que de leur statut de droits constitutionnels.

[26] Dans l'arrêt *Van der Peet* — une des premières affaires où la Cour a examiné en profondeur la nature des droits visés à l'art. 35 —, le juge en chef Lamer n'a ménagé aucun effort pour souligner le caractère unique de ces droits :

> Toutefois, les droits ancestraux ne peuvent être définis par l'application des préceptes de cette philosophie. Même s'ils ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la *Charte*, les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la *Charte*, parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des autochtones. Comme l'ont souligné des commentateurs universitaires, les droits ancestraux [TRADUCTION] « participent de l'essence même de l'« autochtonité », Michael Asch et Patrick Macklem, « Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R.* v. *Sparrow* » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, à la p. 502; il s'agit de droits détenus par [TRADUCTION] « les Indiens en tant qu'Indiens », Brian Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, à la p. 776.
>
> Notre Cour a pour tâche de définir les droits ancestraux d'une manière qui reconnaisse qu'il s'agit bien de droits, mais de droits détenus par les autochtones parce qu'ils sont des autochtones. Notre Cour ne doit pas perdre de vue le statut constitutionnel généralisé des droits protégés par le par. 35(1), mais elle ne peut pas non plus faire

can it ignore the necessary specificity which comes from granting special constitutional protection to one part of Canadian society. The Court must define the scope of s. 35(1) in a way which captures both the aboriginal and the rights in aboriginal rights. [Emphasis in original; paras. 19-20]

[27] The rights protected by s. 35 range from title to tobacco use and touch all aspects of life from the adoption of children to honouring burial sites of community ancestors: K. Wilkins, *Essentials of Canadian Aboriginal Law* (2018), at p. 195. While many of these rights concern the connection between Aboriginal peoples and the land, this Court has cautioned against "focus[ing] so entirely on the relationship of aboriginal peoples with the land that they lose sight of the other factors relevant to the identification and definition of aboriginal rights": *Van der Peet*, at para. 74. Instead, it has encouraged viewing s. 35 rights as existing along a spectrum with more or less intimate connections to the land. When both historic occupation and distinctive cultures are acknowledged as sources of Aboriginal rights, courts better accommodate the diverse histories and realities of Aboriginal societies: see, e.g., B. Slattery, "The Metamorphosis of Aboriginal Title" (2006), 85 *Can. Bar Rev.* 255, at p. 270. Aboriginal title is thus a sub-category of Aboriginal rights: *Van der Peet*, at para. 74.

[28] In the context of this case, the Superior Court previously stated that the recognition of Aboriginal rights is not necessarily a prerequisite to the liability of the mining companies: see *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) v. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, 2014 QCCS 4403, at paras. 33 and 45-46, leave to appeal refused, 2015 QCCA 2, leave to appeal refused, [2015] 3 S.C.R. vi. Indeed, the Innu can make a claim under arts. 976 and 1457 *C.C.Q.* even in the absence of a declaration of Aboriginal rights, just as any other person could. However, given the arguments raised

abstraction de la nécessaire spécificité qui résulte de la protection constitutionnelle spéciale accordée à un segment de la société canadienne. Notre Cour doit définir la portée du par. 35(1) d'une manière qui permet de cerner à la fois l'aspect « ancestral » et l'aspect « droit » dans l'expression « droits ancestraux ». [Soulignement dans l'original; par. 19-20]

[27] Les droits protégés par l'art. 35 couvrent un vaste éventail de sujets, englobant les titres jusqu'à l'utilisation du tabac et ils touchent tous les aspects de la vie, de l'adoption d'enfants à la commémoration des lieux de sépulture des ancêtres de la communauté : K. Wilkins, *Essentials of Canadian Aboriginal Law* (2018), p. 195. Même si bon nombre de ces droits concernent le lien entre les peuples autochtones et le territoire, la Cour a mis en garde contre le fait de « se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux » : *Van der Peet*, par. 74. La Cour favorise plutôt une interprétation selon laquelle on considère que les droits garantis par l'art. 35 s'étalent le long d'un spectre, certains ayant des liens plus intimes avec le territoire que d'autres. Lorsque l'occupation historique et les cultures distinctives sont reconnues comme étant des sources de droits ancestraux, les tribunaux tiennent mieux compte de l'histoire et des réalités diversifiées des sociétés autochtones : voir, par ex., B. Slattery, « The Metamorphosis of Aboriginal Title » (2006), 85 *Rev. du B. can.* 255, p. 270. Le titre ancestral est donc une sous-catégorie de droits ancestraux : *Van der Peet*, par. 74.

[28] Dans le contexte de la présente affaire, la Cour supérieure a déclaré antérieurement que la reconnaissance des droits des autochtones n'est pas nécessairement une condition préalable à la responsabilité des compagnies minières : voir *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, 2014 QCCS 4403, par. 33 et 45-46, autorisation d'interjeter appel refusée, 2015 QCCA 2, autorisation d'interjeter appel refusée, [2015] 3 R.C.S. vi. En effet, les Innus peuvent intenter un recours fondé sur les art. 976 et 1457 du *C.c.Q.* même en l'absence

by the Newfoundland and Labrador Crown, the nature of Aboriginal title merits particular attention.

[29] Aboriginal title pre-dates all other interests in land in Canada, arising from the historic occupation of territory by distinct cultures: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 328; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at pp. 376-78; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, at p. 340; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 114. Like Aboriginal rights more generally, Aboriginal title is *sui generis*. Even before *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia,* 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 72, this Court frequently warned against conflating Aboriginal title with traditional civil or common law property concepts, or even describing title using the classical language of property law: *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), at p. 54; *Guerin*, at p. 382; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, at pp. 677-78; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at paras. 6-7; *Van der Peet*, at para. 115 (dissenting reasons of L'Heureux-Dubé J.); *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657, at paras. 14 et seq.; *Delgamuukw*, at paras. 111 et seq.; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, at para. 129 (concurring reasons of LeBel J.); *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at para. 21.

[30] Owing to its origins in the special relationship between Indigenous peoples and the Crown, Aboriginal title has unique characteristics that distinguish it from civil law and common law conceptions of property. Aboriginal title is inherently collective and exists not only for the benefit of the present generation, but also for that of all future generations: *Tsilhqot'in Nation*, at para. 74; see also B. Slattery, "The Constitutional Dimensions of Aboriginal Title"

d'une déclaration attestant de l'existence de droits ancestraux, comme n'importe qui d'autre pourrait le faire. Cependant, étant donné les arguments soulevés par la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador, la nature du titre ancestral mérite que l'on s'y attarde.

[29] Au Canada, le titre ancestral est antérieur à tous les autres droits sur le territoire et il découle de l'occupation historique de celui-ci par des peuples de cultures distinctes : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, p. 328; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 376-378; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, p. 340; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 114. À l'instar des droits ancestraux de façon plus générale, le titre ancestral est un droit *sui generis*. Avant même l'arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 72, la Cour a indiqué à maintes reprises qu'il fallait veiller à ne pas confondre le titre ancestral avec les concepts traditionnels de droit civil ou de common law relatifs au droit des biens, ou même à ne pas qualifier ce titre en utilisant la terminologie habituelle du droit des biens : *St. Catherine's Milling and Lumber Company c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), p. 54; *Guerin*, p. 382; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, p. 677-678; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, par. 6-7; *Van der Peet*, par. 115 (motifs dissidents de la juge L'Heureux-Dubé); *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657, par. 14 et suiv.; *Delgamuukw*, par. 111 et suiv.; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 129 (motifs concordants du juge LeBel); *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 21.

[30] En raison de la façon dont il a pris naissance dans le cadre de la relation particulière qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones, le titre ancestral présente des caractéristiques uniques qui le distinguent des notions de propriété du droit civil et de la common law. Le titre ancestral est un titre intrinsèquement collectif qui est détenu non seulement au profit de la génération actuelle, mais aussi de toutes les générations à venir : *Nation Tsilhqot'in*,

(2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 45, at pp. 45-47. With its aim of benefiting both present *and* future generations, Aboriginal title restricts both the alienability of land and the uses to which land can be put: *Tsilhqot'in Nation*, at para. 74. These features are incompatible with property as it is understood in the civil law and common law: see K. Anker, "Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights in the Civilian Imagination", in A. Popovici, L. Smith and R. Tremblay, eds., *Les intraduisibles en droit civil* (2014), 1, at pp. 23-28.

par. 74; voir aussi B. Slattery, « The Constitutional Dimensions of Aboriginal Title » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 45, p. 45-47. Pour permettre *tant* aux générations actuelles *qu'*aux générations futures d'en jouir, le titre ancestral prévoit des restrictions à la cession des terres et à l'utilisation qu'on peut en faire : *Nation Tsilhqot'in*, par. 74. Ces caractéristiques sont incompatibles avec la propriété au sens du droit civil et de la common law : voir K. Anker, « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights in the Civilian Imagination », dans A. Popovici, L. Smith et R. Tremblay, dir., *Les intraduisibles en droit civil* (2014), 1, p. 23-28.

[31] Moreover, Aboriginal perspectives shape the very concept of Aboriginal title, the content of which may vary from one group to another. As such, disputes involving title should not be resolved "by strict reference to intractable real property rules" but rather must also be understood with reference to Aboriginal perspectives: *St. Mary's Indian Band*, at para. 15; see also *Delgamuukw*, at para. 112; *Marshall*, at paras. 129-30 (concurring reasons of LeBel J.).

[31] De surcroît, les perspectives autochtones façonnent le concept même du titre ancestral, dont le contenu peut varier d'un groupe à l'autre. Par conséquent, on ne devrait pas aborder les conflits relatifs à un titre en référant « strictement aux règles inflexibles du droit des biens », mais plutôt en essayant de les comprendre du point de vue des Autochtones : *Bande indienne de St. Mary's*, par. 15; voir aussi *Delgamuukw*, par. 112; *Marshall*, par. 129-130 (motifs concordants du juge LeBel).

[32] In *Tsilhqot'in Nation*, this Court said that

> [t]he characteristics of Aboriginal title flow from the special relationship between the Crown and the Aboriginal group in question. It is this relationship that makes Aboriginal title *sui generis* or unique. Aboriginal title is what it is — the unique product of the historic relationship between the Crown and the Aboriginal group in question. Analogies to other forms of property ownership — for example, fee simple — may help us to understand aspects of Aboriginal title. But they cannot dictate precisely what it is or is not. As La Forest J. put it in *Delgamuukw*, at para. 190, Aboriginal title "is not equated with fee simple ownership; nor can it be described with reference to traditional property law concepts". [para. 72]

[32] Dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in*, la Cour a déclaré ce qui suit :

> Les caractéristiques du titre ancestral découlent de la relation particulière entre la Couronne et le groupe autochtone en question. C'est cette relation qui rend le titre ancestral *sui generis*, ou unique. Le titre ancestral est ce qu'il est — le résultat unique de la relation historique entre la Couronne et le groupe autochtone en question. Des analogies avec d'autres formes de propriété — par exemple, la propriété en fief simple — peuvent être utiles pour mieux comprendre certains aspects du titre ancestral. Cependant, elles ne peuvent pas dicter précisément en quoi il consiste ou ne consiste pas. Comme le juge La Forest l'a indiqué dans *Delgamuukw*, par. 190, le titre ancestral « n'équivaut pas à la propriété en fief simple et il ne peut pas non plus être décrit au moyen des concepts traditionnels du droit des biens ». [par. 72]

[33] At the same time, the Court recognized that

> Aboriginal title confers ownership rights similar to those associated with fee simple, including: the right to decide how the land will be used; the right of enjoyment

[33] La Cour a toutefois reconnu ceci :

> Le titre ancestral confère des droits de propriété semblables à ceux associés à la propriété en fief simple, y compris le droit de déterminer l'utilisation des terres, le

and occupancy of the land; the right to possess the land; the right to the economic benefits of the land; and the right to pro-actively use and manage the land. [para. 73]

[34] From the civilian perspective, as it is a *sui generis* right, Aboriginal title is properly characterized as neither a personal right nor a real right nor a combination of the two even though it may appear to have characteristics of both real and personal rights. The Quebec Research Centre of Private & Comparative Law defines personal and real rights as follows:

PERSONAL RIGHT

Right of a patrimonial nature that permits its holder, the *creditor*, to claim the performance of a prestation from another person, the *debtor*.

. . .

REAL RIGHT

Right of a patrimonial nature that is exercised directly upon property. [Emphasis in original; citations omitted; pp. 230 and 254.]

(*Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Obligations* (2003))

[35] There is no doubt that Aboriginal title is fundamentally concerned with land. And it is tempting to conclude that Aboriginal title is a purely real right, as its name suggests. But to do so would ignore the fact that Aboriginal title is also firmly grounded in the relationships formed by the confluence of prior occupation and the assertion of sovereignty by the Crown: *Tsilhqot'in Nation*, at para. 72. Sovereignty assured the Crown underlying title to all land in the provinces, but the content of that title has *always* been burdened by the pre-existing rights of Aboriginal peoples which preceded those of the provinces: paras. 69-70; *Constitution Act, 1867*, s. 109. The nature of the fiduciary relationship arising from the interplay of these rights, steeped as it is in the history of settlement, is what gives rise to the other obligations flowing from the honour of the Crown that are part

droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive. [par. 73]

[34] Du point de vue du droit civil, comme il s'agit d'un droit *sui generis*, on considère à juste titre que le droit ancestral n'est ni un droit personnel, ni un droit réel, ni un mélange des deux, même s'il semble posséder certaines des caractéristiques de ces deux types de droits. Le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec définit comme suit les droits personnel et réel :

DROIT PERSONNEL

Droit à caractère patrimonial permettant à son titulaire, le *créancier*, d'exiger d'une autre personne, le *débiteur*, une prestation.

. . .

DROIT RÉEL

Droit à caractère patrimonial qui est exercé directement sur un bien. [Italique dans l'original; références omises; p. 230 et 254.]

(*Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues — Les obligations* (2003))

[35] Il ne fait aucun doute que le titre ancestral est fondamentalement associé au territoire. On pourrait donc être tenté de conclure qu'il est purement un droit réel, comme son nom le donne à penser. Or, on méconnaîtrait ainsi le fait que le titre ancestral est aussi solidement ancré dans les relations qui sont le fruit du croisement de l'occupation antérieure et de l'affirmation de la souveraineté par la Couronne : *Nation Tsilhqot'in*, par. 72. La souveraineté a conféré à la Couronne un titre sous-jacent sur l'ensemble du territoire des provinces, mais le contenu de ce titre a *toujours* été grevé des droits préexistants des peuples autochtones qui sont antérieurs à ceux des provinces : par. 69-70; *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 109. C'est la nature de la relation fiduciale découlant de l'interrelation de ces droits, enracinée profondément dans l'histoire de la colonisation, qui donne

and parcel of Aboriginal title. Those obligations are clearly more akin to personal rights.

[36] However, no matter the facial similarities, s. 35 rights are not simply an amalgam of real rights and personal rights connected to Aboriginal peoples. As the term *sui generis* makes clear, s. 35 rights are legally distinct and, indeed, [TRANSLATION] "impossible to fit into any recognized category": Reid, at p. 607. They are neither real rights nor personal rights as defined in the civil law, but *sui generis* rights. Given the foregoing, s. 35 rights should not be pigeonholed into a category of civil law rights, especially not for the purposes of private international law alone. Rights cannot be characterized differently for different areas of law in civil law. A piecemeal approach, which would, for instance, suggest that a different characterization of s. 35 rights could be used in Book Four (Property) of the *C.C.Q.*, would be, in our view, inappropriate.

C. *Nature of the Relief Sought*

[37] Having examined the nature of s. 35 rights, we now turn to the conclusions sought by the claim.

[38] The Innu seek compensatory and injunctive relief, alleging the mining companies are liable under arts. 976 (no-fault liability for neighbourhood disturbances) and 1457 (fault-based liability) *C.C.Q.* for violations of s. 35 rights.

[39] A helpful examination of these two liability regimes can be found in the landmark decision *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392. In that case, residents of a Quebec City neighbourhood brought a class action

naissance aux autres obligations liées à l'honneur de la Couronne qui font partie intégrante du titre ancestral. Ces obligations s'apparentent définitivement plus à des droits personnels.

[36] Toutefois, peu importe les similitudes apparentes, les droits garantis par l'art. 35 ne sont pas simplement un amalgame de droits réels et de droits personnels ayant un lien avec les peuples autochtones. Comme l'expression *sui generis* l'indique clairement, les droits protégés par l'art. 35 sont des droits juridiquement distincts qu'il est par ailleurs « impossible de faire entrer dans aucune catégorie reconnue » : Reid, p. 607. Ce ne sont ni des droits réels ni des droits personnels au sens du droit civil, ce sont des droits *sui generis*. Compte tenu de ce qui précède, les droits garantis par l'art. 35 ne peuvent pas être compartimentés dans une des catégories de biens du droit civil, encore moins lorsque la question concerne exclusivement le droit international privé. Les droits ne peuvent pas être caractérisés différemment selon les domaines du droit civil. Une approche fragmentaire, qui suggérerait, par exemple, qu'on pourrait qualifier différemment les droits garantis par l'art. 35 pour l'application du Livre quatrième (« Des biens ») du *Code civil*, serait, à notre avis, inacceptable.

C. *La nature de la réparation demandée*

[37] Ayant examiné la nature des droits garantis par l'art. 35, nous passons maintenant à l'analyse des conclusions recherchées par la demande.

[38] Les Innus sollicitent des dommages-intérêts compensatoires et une injonction, alléguant que les compagnies minières sont responsables, en application des art. 976 (responsabilité sans faute pour troubles de voisinage) et 1457 (responsabilité pour faute) du *C.c.Q.* d'avoir porté atteinte à leurs droits garantis par l'art. 35.

[39] L'analyse de ces deux régimes de responsabilité réalisée dans l'arrêt de principe *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, est utile. Dans cette cause, les résidents d'un quartier de la ville de Québec avaient intenté

against a cement factory, alleging disturbances caused by dust and noise. In so doing, the class members invoked both arts. 976 and 1457. Justices LeBel and Deschamps, writing for the Court, noted that even when it concerns questions of property, art. 1457 gives rise to relief that is compensatory in nature, flowing from the failure of an alleged wrongdoer to adopt the conduct of a reasonable person: paras. 21-22. They explicitly rejected the proposition that actions brought under art. 976 *C.C.Q.*, concerning abnormal annoyances between neighbours, were "real actions": para. 81. Instead, they wrote, "the remedy under art. 976 *C.C.Q.* remains first and foremost a claim that a person (and not land) has against another person": para. 82. Given the nature of the relief sought under arts. 976 and 1457 *C.C.Q.*, it is undisputed that Quebec authorities would normally have jurisdiction to hear the claims against the mining companies because they are domiciled in Quebec.

[40] But to succeed in their claims, the Innu must prove they have some relationship to the land that engaged the duty of the mining companies in either delict or neighbourhood disturbances. They *also* seek declaratory relief, namely declarations of unextinguished Aboriginal rights and title over the parts of the Nitassinan affected by the IOC megaproject. It is this relief that is at the heart of the objections of the the Newfoundland and Labrador Crown.

[41] In Quebec civil law, declaratory relief is generally non-coercive, concerning only the existence of rights or obligations: D. Grenier and M. Paré, *La requête en jugement déclaratoire en droit public québécois* (2nd ed. 1999), at p. 1. Declaratory relief is available with respect to real rights and may be sought in conjunction with monetary or injunctive relief: J.-C. Thivierge, "La requête en jugement déclaratoire en droit immobilier", in Service de la formation permanente — Barreau du Québec, vol. 103, *Développements récents en droit immobilier* (1998), p. 37; M. Paré, *La requête en jugement*

un recours collectif contre une cimenterie, alléguant des troubles de voisinage causés par la poussière et le bruit. Les membres du recours collectif ont invoqué les art. 976 et 1457. Les juges LeBel et Deschamps, s'exprimant au nom de la Cour, ont indiqué que, même lorsqu'il est question de territoire, l'art. 1457 donne naissance à une réparation de nature compensatoire qui découle du défaut du présumé auteur de l'acte répréhensible d'adopter le comportement d'une personne raisonnable : par. 21-22. Ils ont explicitement rejeté la proposition selon laquelle les actions fondées sur l'art. 976 du *C.c.Q.* concernant des inconvénients anormaux de voisinage sont des « action[s] réelle[s] » : par. 81. Ils ont plutôt déclaré que « le recours fondé sur l'art. 976 *C.c.Q.* reste avant tout un droit de créance appartenant à une personne (et non à un fonds) et opposable à une autre » : par. 82. Étant donné la nature des réparations demandées en application des art. 976 et 1457 du *C.c.Q.*, il est incontesté que les autorités québécoises auraient normalement compétence pour connaître des actions intentées contre les compagnies minières, parce qu'elles ont un domicile au Québec.

[40] Cela dit, s'ils veulent obtenir gain de cause, les Innus doivent prouver qu'ils ont une certaine relation avec le territoire et que celle-ci fait intervenir soit la responsabilité délictuelle des compagnies minières soit leur responsabilité fondée sur les inconvénients du voisinage. Ils sollicitent *aussi* un jugement déclaratoire portant qu'ils détiennent un titre et des droits ancestraux non éteints à l'égard des secteurs du Nitassinan touchés par le mégaprojet d'IOC. C'est cette réparation qui est au cœur des objections de la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador.

[41] En droit civil québécois, le jugement déclaratoire est généralement non coercitif et ne porte que sur l'existence de droits ou d'obligations : D. Grenier et M. Paré, *La requête en jugement déclaratoire en droit public québécois* (2e éd. 1999), p. 1. La requête en jugement déclaratoire s'applique aux droits réels et peut être accompagnée d'une demande de réparation pécuniaire ou d'injonction : J.-C. Thivierge, « La requête en jugement déclaratoire en droit immobilier », dans Service de la formation permanente — Barreau du Québec, vol. 103, *Développements récents en droit immobilier* (1998),

déclaratoire (2001). The Quebec Court of Appeal recently reiterated the four criteria for issuing declaratory relief: (1) a genuine problem exists; (2) the party seeking the declaration has an existing legal interest in resolving the problem; (3) the source of the problem is identified as a written instrument or legislation; and (4) the party's objective is to have a right, power or obligation determined in order to resolve the problem: *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec v. Hôtel Forestel Val-d'Or inc.*, 2017 QCCA 250, at para. 34 (CanLII).

[42] Declaratory relief is a narrow remedy, available independently of consequential relief, but granted only where it will have practical utility: *Manitoba Metis Federation Inc.*, at para. 143; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, at para. 11. Fairness requires that the parties affected by declaratory relief be heard, but courts may issue declarations applicable to parties located in another jurisdiction, resolving any problems of extra-territoriality under the doctrine of *forum non conveniens*: L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4th ed. 2016), at p. 91.

[43] It is important to note, however, that neither of the prior judgments in this case consider whether the declaratory relief sought will or ought to be granted — nor should we. These are discretionary determinations to be made by the court seized with the merits of the case. The issue here concerns only the jurisdiction of the Quebec courts to embark on that inquiry which, as stated above, will be determined by examining the nature of the rights alleged and the conclusions sought through the lens of the rules set out in Book Ten of the *C.C.Q.* Before turning to that analysis, we refer to the interests of access to justice.

p. 37; M. Paré, *La requête en jugement déclaratoire* (2001). La Cour d'appel du Québec a récemment réitéré les quatre critères auxquels il faut qu'il soit satisfait pour qu'une cour prononce un jugement déclaratoire : (1) il existe une difficulté réelle; (2) le demandeur a un intérêt direct et actuel se rattachant à la difficulté réelle; (3) la source de la difficulté est identifiée comme un écrit ou une loi; (4) l'objectif du demandeur, pour résoudre cette difficulté, est de faire déterminer un droit, un pouvoir ou une obligation : *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec c. Hôtel Forestel Val-d'Or inc.*, 2017 QCCA 250, par. 34 (CanLII).

[42] Un jugement déclaratoire est une réparation d'une portée restreinte qui peut être obtenue sans avoir à réclamer de réparation en conséquence. Il n'est toutefois rendu que s'il a une utilité pratique : *Manitoba Metis Federation Inc.*, par. 143; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, par. 11. L'équité exige que les parties touchées par le jugement déclaratoire soient entendues. Les tribunaux peuvent néanmoins rendre des jugements déclaratoires qui s'appliquent à des justiciables domiciliés dans d'autres ressorts; tout problème d'extraterritorialité se règle conformément à la doctrine du *forum non conveniens* : L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4e éd. 2016), p. 91.

[43] Il est toutefois important de noter qu'aucun des jugements antérieurs en l'espèce n'a tranché la question de savoir si le jugement déclaratoire demandé serait rendu ou devait l'être. Nous ne devrions pas le faire non plus. Il s'agit d'une décision discrétionnaire qui appartiendra au tribunal saisi du fond de l'affaire. La question qui se pose en l'espèce ne concerne que la compétence des tribunaux québécois pour se prononcer, une question qui, comme nous l'avons déjà expliqué, sera tranchée en examinant la nature des droits allégués et les conclusions demandées en fonction des règles établies au Livre dixième du *Code civil*. Avant de passer à cette analyse, examinons l'enjeu de l'accès à la justice.

D. *Access to Justice*

[44] The motions judge asked the question — [TRANSLATION] "[c]an we say that it is in the interest of justice that essentially the same debate should take place in two jurisdictions that must both apply the same law, when the courts that will hear the cases are both federally appointed?": para. 107. The answer in this case is no.

[45] As to the suggestion that the approach chosen by the Innu is problematic and may not facilitate access to justice, in our respectful view, this Court should not second-guess a litigant's strategic choice to sue in one jurisdiction rather than in another. The Innu have argued that separating their claim along provincial borders will result in higher — perhaps prohibitive — costs caused by "piecemeal" advocacy, and inconsistent holdings that will require further resolution in the courts. Both the motions judge and the Court of Appeal acknowledged the potential risk of these outcomes derailing the entire proceedings.

[46] These are compelling access to justice considerations, especially when they are coupled with the pre-existing nature of Aboriginal rights.

[47] As Chief Justice McLachlin affirmed in *Trial Lawyers Association of British Columbia*, s. 96 courts, notably, have a special constitutional role to play in terms of access to justice:

> The s. 96 judicial function and the rule of law are inextricably intertwined. As Lamer C.J. stated in *MacMillan Bloedel*, "[i]n the constitutional arrangements passed on to us by the British and recognized by the preamble to the *Constitution Act, 1867*, the provincial superior courts are the foundation of the rule of law itself" (para. 37). The very rationale for the provision is said to be "the maintenance of the rule of law through the protection of the judicial role": *Provincial Judges Reference*, at para. 88. As access

D. *L'accès à la justice*

[44] Le juge des requêtes a posé la question suivante : « [p]eut-on dire qu'il est dans l'intérêt de la justice qu'essentiellement le même débat ait lieu devant deux juridictions qui doivent toutes les deux appliquer la même loi, et ce, quand les tribunaux qui entendront les causes sont tous les deux de nomination fédérale? » : par. 107. En l'espèce, il faut répondre à cette question par la négative.

[45] Il a été suggéré que l'approche choisie par les Innus est problématique et pourrait ne pas faciliter l'accès à la justice. Or, nous sommes d'avis qu'il n'appartient pas à la Cour de remettre en question le choix stratégique d'une partie d'intenter son recours dans une juridiction plutôt que dans une autre. Les Innus ont fait valoir que le fractionnement de leur action en fonction des frontières provinciales entraînerait des coûts plus élevés, voire exorbitants, puisqu'ils seraient tenus de « dédoubler » leurs démarches judiciaires. De plus, cela pourrait donner lieu à des décisions contradictoires qui devraient être réexaminées par les tribunaux. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux reconnu le risque que ce résultat fasse dérailler l'ensemble de la procédure.

[46] Ce sont là des considérations incontournables lorsqu'on aborde la question de l'accès à la justice, surtout lorsque, en outre, on a affaire à des droits ancestraux qui sont par leur nature même préexistants.

[47] Comme la juge en chef McLachlin l'a affirmé dans l'arrêt *Trial Lawyers Association of British Columbia*, les tribunaux visés à l'art. 96 ont un rôle constitutionnel spécial à jouer en matière d'accès à la justice :

> Le rôle de protection des tribunaux que joue l'art. 96 et la primauté du droit sont inextricablement liés. Comme l'a indiqué le juge en chef Lamer dans l'arrêt *MacMillan Bloedel*, « [s]elon les ententes constitutionnelles qui nous ont été transmises par l'Angleterre et qui sont reconnues dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les cours supérieures provinciales constituent le fondement de la primauté du droit » (par. 37). La raison d'être même de la disposition est, affirme-t-on, « [le] maintien de la

to justice is fundamental to the rule of law, and the rule of law is fostered by the continued existence of the s. 96 courts, it is only natural that s. 96 provide some degree of constitutional protection for access to justice. [para. 39]

[48] In *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, this Court stated that, "[a]bove all, it is simply not just to place the onus on the party affected to undertake costly constitutional litigation in another jurisdiction": p. 315 (emphasis added). As the Court noted, this concern over fairness was not new, given that the predecessor judgment of *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, was concerned with "tempering . . . unfairness and inconvenience to litigants in conformity with the changing nature of the world community and, in particular, in light of the Canadian constitutional structure": p. 321.

[49] These holdings apply with greater force to the context of Indigenous claimants generally and the Innu in this case. Where a claim of Aboriginal rights or title straddles multiple provinces, requiring the claimant to litigate the *same issues* in separate courts multiple times erects gratuitous barriers to potentially valid claims. We agree with the intervener the Tsawout First Nation that this is particularly unjust given that the rights claimed pre-date the imposition of provincial borders on Indigenous peoples. We reiterate that the legal source of Aboriginal rights and title is *not* state recognition, but rather the realities of prior occupation, sovereignty and control: see, e.g., *Delgamuukw*, at para. 114. We do not accept that the later establishment of provincial boundaries should be permitted to deprive or impede the right of Aboriginal peoples to effective remedies for alleged violations of these pre-existing rights.

primauté du droit par la protection du rôle des tribunaux » : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 88. Puisque l'accès à la justice est essentiel à la primauté du droit, et que celle-ci est favorisée par le maintien des cours visées à l'art. 96, il est naturel que cet article accorde une certaine protection constitutionnelle à l'accès à la justice. [par. 39]

[48] Dans l'arrêt *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, la Cour a déclaré que, « [a]vant tout, il n'est simplement pas juste d'imposer à la partie touchée le fardeau d'engager une action constitutionnelle coûteuse dans un autre ressort » : p. 315 (nous soulignons). Comme la Cour l'a fait observer, ce souci d'équité n'était pas nouveau puisque, dans l'arrêt antérieur *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, elle était soucieuse « de tempérer cette source d'injustice et d'inconvénient pour les parties à un litige conformément au caractère changeant de la communauté internationale et, particulièrement, en fonction de la structure constitutionnelle canadienne » : p. 321.

[49] Ces décisions s'appliquent à plus forte raison à la situation des demandeurs autochtones en général et à celle des Innus en l'espèce. Lorsqu'une revendication de titre ou de droits ancestraux concerne un territoire qui chevauche la frontière qui sépare plusieurs provinces, le fait d'obliger le demandeur à plaider plusieurs fois les *mêmes questions* devant des cours distinctes crée des obstacles inutiles à des revendications potentiellement valides. Nous souscrivons à l'argument de l'intervenante, la Tsawout First Nation, selon lequel cette façon de faire serait particulièrement injuste puisque les droits revendiqués sont antérieurs à l'établissement des frontières provinciales imposées aux peuples autochtones. Nous réitérons que la source juridique du titre et des droits ancestraux *n'est pas* leur reconnaissance par l'État, mais plutôt la réalité de l'occupation antérieure, de la souveraineté et du contrôle : voir, par ex., *Delgamuukw*, par. 114. Nous rejetons l'idée selon laquelle l'établissement ultérieur de frontières provinciales devrait permettre de priver les Autochtones de leur droit à des réparations efficaces pour des violations alléguées de ces droits préexistants ou d'y porter atteinte.

[50] In the specific context of s. 35 claims that straddle multiple provinces, access to justice requires that jurisdictional rules be interpreted flexibly so as not to prevent Aboriginal peoples from asserting their constitutional rights, including their traditional rights to land: see, generally, *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, at para. 18; *Trial Lawyers Association of British Columbia*, at paras. 39-40; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, at pp. 229-230; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at paras. 1 and 23 et seq.

[50] Dans le contexte particulier des revendications fondées sur l'art. 35 qui concernent un territoire chevauchant les frontières qui séparent plusieurs provinces, le principe de l'accès à la justice commande que les règles en matière de compétence soient interprétées avec souplesse de manière à ne pas empêcher les peuples autochtones de faire valoir leurs droits constitutionnels, y compris leurs droits traditionnels à l'égard d'un territoire : voir, de manière générale, *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, par. 18; *Trial Lawyers Association of British Columbia*, par. 39-40; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, p. 229-230; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 1, 23 et suiv.

[51] Moreover, the honour of the Crown requires increased attention to minimizing costs and complexity when litigating s. 35 matters and courts should approach proceedings involving the Crown practically and pragmatically in order to effectively resolve these disputes.

[51] Le principe de l'honneur de la Couronne exige quant à lui que l'on soit soucieux de minimiser les coûts et la complexité des causes fondées sur l'art. 35. Qui plus est, les tribunaux doivent aborder les affaires qui impliquent la Couronne de manière pratique et pragmatique afin de régler efficacement les litiges de ce type.

[52] Requiring the Innu to bifurcate their claim would undermine the twin constitutional imperatives of access to justice and the honour of the Crown.

[52] Obliger les Innus à scinder leur demande irait à l'encontre du double impératif constitutionnel de faciliter l'accès à la justice et de préserver l'honneur de la Couronne.

E. *Applying the C.C.Q. Framework*

E. *L'application du cadre d'analyse prescrit par le Code civil*

[53] We are unaware of any case other than the case at bar in which a Quebec court has been called upon to characterize the nature of an action involving s. 35 rights for the purposes of Book Ten. Since there is no precedent for determining which category of action corresponds to a claim seeking the recognition of s. 35 rights, it is important to examine the rights at issue and the relief sought through the lens of Book Ten. In our view, the motions judge was right to find that, absent a special provision referring specifically to declarations of s. 35 rights, arts. 3134 and 3148, para. 1(1) *C.C.Q.* establish the jurisdiction of Quebec courts. The Court of Appeal came to the

[53] Hormis le cas présent, nous ne connaissons aucune affaire dans laquelle un tribunal québécois a été appelé à définir la nature d'une action touchant les droits garantis par l'art. 35 pour l'application du Livre dixième. Puisqu'il n'existe aucun précédent pour nous aider à déterminer à quelle catégorie d'actions appartient un recours visant la reconnaissance de droits protégés par l'art. 35, il importe d'examiner les droits en cause et la réparation demandée dans l'optique du Livre dixième. À notre avis, le juge des requêtes a eu raison de conclure que, en l'absence d'une disposition particulière relative aux droits garantis par l'art. 35, les tribunaux du Québec

same conclusion, finding that the motions judge "did not err with respect to this issue": para. 61.

[54] "Personal" and "real" actions are defined as follows in G. Cornu, *Dictionary of the Civil Code* (2014):

> [***personal action.***] Action for the purpose of acknowledging the existence or the protection of a personal right (a claim), whatever its source or origin (a contract, a quasi-contract, a delict, a quasi-delict); a personal action is, in general, of a movable nature, like the right to claim a debt which the creditor wants paid (ex. action to collect a loan of money); however this action can take on an immovable nature whenever the claim itself is immovable in nature. Ex. the action for the transfer of so many acres of land in a subdivision.
>
> . . .
>
> [***real action.***] Action, remedy, to have a real right, in rem, acknowledged or protected (right of ownership, servitude, usufruct, mortgage); it is of a movable nature if the real right which is exercised bears on a movable thing. Ex. action to claim back a lost or stolen movable thing; the action is of an immovable nature if the right bears on an immovable. Ex. The action to claim back the ownership of an immovable as in a petitory action. [pp. 21-22]

The original French versions of these two definitions can be found in G. Cornu, ed., *Vocabulaire juridique* (12th ed. 2018), at pp. 27-28. As well, the "mixed" action is defined as follows in the *Vocabulaire juridique*:

> [TRANSLATION] [***mixed action.***] Action both to have a real right acknowledged and to have an obligation performed. Ex. action for resolution of a sale brought against a buyer for failure to pay the price; action by an acquirer or a donee seeking to be given possession of an immovable of which the acquirer has become the owner by sale or the donee by gift. [Citation omitted; p. 26.]

The Quebec Court of Appeal endorsed the French versions of these three definitions in *Bern*, at p. 516.

étaient compétents en vertu des art. 3134 et 3148 al. 1(1) du *C.c.Q.* La Cour d'appel en est venue à la même conclusion, estimant que le juge des requêtes « n['avait pas] comm[is] d'erreur sur cette question » : par. 61.

[54] Dans l'ouvrage *Vocabulaire juridique* (12e éd. 2018), G. Cornu a donné les définitions suivantes des actions « personnelle », « réelle » et « mixte » :

> ***action personnelle.*** Action par laquelle on demande la reconnaissance ou la protection d'un droit personnel (d'une créance) quelle qu'en soit la source (contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit) et qui est, en général, mobilière, comme la créance dont l'exécution est réclamée (ex. action en recouvrement d'un prêt d'argent) mais qui peut être immobilière, si cette créance l'est aussi. Ex. l'action en délivrance de tant d'hectares de terre dans un terrain de lotissement.
>
> . . .
>
> ***action réelle.*** Action par laquelle on demande la reconnaissance ou la protection d'un droit réel (droit de propriété, servitude, usufruit, hypothèque) et qui est mobilière si le droit réel exercé porte sur un meuble. Ex. action en revendication d'un meuble perdu ou volé; immobilière si le droit porte sur un immeuble. Ex. action en revendication d'un immeuble.
>
> . . .
>
> ***action mixte.*** Action par laquelle le demandeur agit tout à la fois en reconnaissance d'un droit réel et en exécution d'une obligation. Ex. l'action en résolution de la vente exercée contre l'acheteur pour défaut de paiement du prix; l'action par laquelle l'acquéreur ou le donataire demande à être mis en possession de l'immeuble dont il est devenu propriétaire par la vente ou la donation. [Référence omise; p. 26, 27 et 28]

La Cour d'appel du Québec a repris ces trois définitions à son compte à la page 516 de l'arrêt *Bern*.

[55] The Attorney General of Newfoundland and Labrador argues that this action "fundamentally relate[s] to . . . lan[d]" and that as such it is a purely real action: A.F., at para. 55. This is an argument we cannot accept.

[56] The claim here falls into the "mixed" category, insofar as the Innu seek both the recognition of a *sui generis* right (a declaration of Aboriginal title) and the performance of various obligations related to failures to respect that right (damages in delict and neighbourhood disturbances). However, it is a not a classical mixed action. Unlike the definition of mixed action set out in *Bern*, this action does not involve seeking the acknowledgment of a real right and the performance of obligations. It is rather a mixed action that involves seeking the recognition of *sui generis* rights and the performance of obligations. In other words, it is a mixed action because it has a *sui generis* aspect and a personal aspect.

[57] In order for a Quebec court to have jurisdiction over a classical mixed action, it must have jurisdiction over *both* the personal and real aspects of the matter: *CGAO*, at para. 10; *Report on the Québec Civil Code*, at p. 989. This rule should not be applied in narrow and absolute terms in the context of a non-classical mixed action that involves the recognition of *sui generis* rights and the performance of obligations. In such a context, it is logical that a Quebec court have jurisdiction over both the personal and the *sui generis* aspects of the claim.

[58] With respect to the personal aspects of the claim, actions in delict and neighbourhood disturbances are generally characterized as personal actions: *St. Lawrence Cement Inc.*, at para. 82. Article 3148 *C.C.Q.* grants Quebec authorities jurisdiction over personal actions of a patrimonial nature where the defendant is domiciled in Quebec. Given that the mining companies are both headquartered in Montréal, there is no dispute that Quebec authorities would normally have jurisdiction over the

[55] Selon le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, la présente action [TRADUCTION] « porte essentiellement sur [. . .] le territoire », et constitue donc une action purement réelle : m.a., par. 55. Il s'agit d'un argument que nous ne pouvons accepter.

[56] En l'espèce, la demande relève de la catégorie des actions « mixtes », dans la mesure où les Innus réclament à la fois la reconnaissance d'un droit *sui generis* (en sollicitant un jugement déclaratoire reconnaissant un titre ancestral) et l'exécution de diverses obligations liées au non-respect de ce droit (en réclamant des dommages-intérêts pour délit et troubles de voisinage). Il ne s'agit toutefois pas d'une action mixte classique. Contrairement à la définition énoncée dans l'arrêt *Bern*, la présente action ne concerne pas la reconnaissance d'un droit réel et l'exécution d'obligations. Il s'agit plutôt d'une action mixte qui suppose la reconnaissance de droits *sui generis* et l'exécution d'obligations. En d'autres termes, il s'agit d'une action mixte parce qu'elle comporte à la fois un aspect *sui generis* et un aspect personnel.

[57] Pour pouvoir connaître d'une action mixte classique, le tribunal québécois doit nécessairement être compétent *tant* pour l'action personnelle *que* pour l'action réelle : *CGAO*, par. 10; *Rapport sur le Code civil du Québec*, p. 1005. Cette règle ne devrait pas être appliquée de façon rigide et absolue dans le contexte d'une action mixte non classique qui comprend la reconnaissance de droits *sui generis* et l'exécution d'obligations. Dans ce contexte, il est logique que le tribunal québécois ait compétence à la fois sur l'aspect personnel et sur l'aspect *sui generis* de la demande.

[58] En ce qui concerne les aspects personnels de la demande, rappelons que les actions pour délit et pour troubles de voisinage sont généralement qualifiées d'actions personnelles : *Ciment du Saint-Laurent Inc.*, par. 82. L'article 3148 du *C.c.Q.* confère aux autorités québécoises la compétence d'entendre les actions personnelles à caractère patrimonial lorsque le défendeur a son domicile au Québec. Comme les compagnies minières ont toutes les deux leur siège à Montréal, il n'est pas contesté que les autorités

proceedings against the mining companies pursuant to art. 3148.

[59] With respect to the aspects of the claim that relate to the recognition of a *sui generis* right, such as a s. 35 right, the *C.C.Q.* does not include any special provision to establish the jurisdiction of Quebec authorities in such circumstances. Article 3134 states that "[i]n the absence of any special provision, Québec authorities have jurisdiction when the defendant is domiciled in Québec". As such, since both mining companies are headquartered in Montréal, Quebec authorities have jurisdiction over both aspects of this non-classical mixed action.

[60] Yet, the Attorney General of Newfoundland and Labrador is of the view that art. 3152 requires Quebec courts to refrain from assuming jurisdiction over *any* action that concerns property outside of Quebec based on the real aspects of the mixed claim. Article 3152 provides that "Québec authorities have jurisdiction to hear a real action if the property in dispute is situated in Québec." But here, we are faced with the unique situation of a non-classical mixed action that has simply not been contemplated by the *C.C.Q.* Its provisions therefore must be interpreted by taking into account both the purpose of its private international law rules and the special character of s. 35 rights. A strict reading and application of art. 3152 *C.C.Q.* to this situation is unwarranted.

[61] It is true that the *C.C.Q.* enumerates only two specific exceptions to art. 3152 — those concerning successions (art. 3153) and matrimonial or civil union regimes (art. 3154), but nothing in the *C.C.Q.* *excludes* the possibility of identifying non-classical mixed actions to which art. 3152 *C.C.Q.* does not apply. In the context of the Innu's claim, arts. 3134 and 3148 *C.C.Q.* are sufficient to ground the jurisdiction of Quebec authorities.

québécoises auraient normalement compétence sur les poursuites intentées contre les compagnies minières au titre de l'art. 3148.

[59] En ce qui concerne les aspects de la demande qui ont trait à la reconnaissance d'un droit *sui generis*, par exemple un droit garanti par l'art. 35, il appert que le *Code civil* est muet quant à la compétence des autorités québécoises en pareil cas. L'article 3134 dispose que, « [e]n l'absence de disposition particulière, les autorités du Québec sont compétentes lorsque le défendeur a son domicile au Québec ». Les deux compagnies minières ont leur siège à Montréal, les autorités québécoises ont donc compétence sur les deux aspects de la présente action mixte non classique.

[60] Pourtant, le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador est d'avis que l'art. 3152 exige des tribunaux du Québec qu'ils s'abstiennent d'assumer leur compétence à l'égard de *toutes* les actions qui visent des biens situés à l'extérieur de la province en raison des aspects réels de la demande mixte. L'article 3152 prévoit que « [l]es autorités québécoises sont compétentes pour connaître d'une action réelle si le bien en litige est situé au Québec ». Or, en l'espèce, nous avons affaire à la situation unique d'une action mixte non classique qui n'a tout simplement pas été envisagée par le *Code civil*. Les dispositions de ce dernier doivent donc être interprétées en tenant compte à la fois de l'objet des règles qui y sont énoncées en matière de droit international privé et du caractère spécial des droits consacrés par l'art. 35. Il ne serait pas justifié d'interpréter et d'appliquer strictement l'art. 3152 du *C.c.Q.* à la présente situation.

[61] Il est vrai que le *Code civil* ne mentionne que deux exceptions spécifiques à l'art. 3152 — celle en matière de succession (art. 3153) et celle en matière de régime matrimonial ou d'union civile (art. 3154). Le *Code civil* n'*empêche* toutefois pas les tribunaux de désigner des actions mixtes non classiques auxquelles l'art. 3152 du *C.c.Q.* ne s'appliquerait pas. S'agissant de la revendication des Innus, les art. 3134 et 3148 du *C.c.Q.* suffisent pour établir la compétence des autorités québécoises.

[62] More importantly, objections to Quebec courts assuming jurisdiction over Aboriginal rights and title outside its borders do not withstand scrutiny in light of the unique constitutional context of these claims.

[63] The first of these objections is based on the fact that the law governing property is generally that of the place where the property is situated. Aligning the applicable law with adjudicative jurisdiction was clearly one of the objectives that art. 3152 sought to achieve. The Minister's comments explicitly state that art. 3152 is meant to correspond to art. 3097 which provides that [TRANSLATION] "real rights and their publication are governed by the law of the place where the property concerned is situated": Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, *Le Code civil du Québec – Un mouvement de société* (1993), at p. 2012. Because s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, limits Quebec's *legislative* jurisdiction to property within the province, it is argued, it cannot have *adjudicative* jurisdiction over property outside of the province. This argument cannot prevail in the s. 35 context because the latter concerns *sui generis* rights, not real rights as conceived in the civilian imagination (see Anker, at pp. 4 and 35-36).

[64] Section 35 of the *Constitution Act, 1982*, operates uniformly across Canada. The determination of whether a claimed Aboriginal or treaty right enjoys constitutional protection under s. 35 is a matter of constitutional law, not of federal law or provincial law. This Court has explicitly rejected a province-by-province approach to Aboriginal title and other Aboriginal rights which would "create an awkward patchwork of constitutional protection for aboriginal rights across the nation, depending upon the historical idiosyncrasies of colonization over particular regions of the country": *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R.

[62] Plus important encore, les objections à ce que les tribunaux du Québec aient compétence sur les droits et titres ancestraux relativement à des territoires situés à l'extérieur des frontières de la province ne résistent pas à l'examen mené à la lumière du contexte constitutionnel unique des revendications du type dont il est question en l'espèce.

[63] La première de ces objections est fondée sur le fait que la loi régissant les biens est généralement celle de l'endroit où le bien est situé. L'article 3152 visait notamment clairement à harmoniser la loi applicable avec la compétence juridictionnelle. Les commentaires du ministre indiquent explicitement que l'art. 3152 a été conçu pour correspondre à l'art. 3097, qui prévoit que « [l]es droits réels ainsi que leur publicité sont régis par la loi du lieu de la situation du bien qui en fait l'objet » : Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 2012. Comme le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* limite la compétence *législative* du Québec à la propriété dans la province, certains soutiennent que le Québec ne peut pas détenir de compétence *juridictionnelle* à l'égard de la propriété à l'extérieur de la province. Cet argument ne peut être retenu dans le contexte de l'art. 35 parce que les droits visés par ce dernier sont des droits *sui generis* et non des droits réels comme on les conçoit dans l'imaginaire du droit civil : voir Anker, p. 4 et 35-36.

[64] L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'applique uniformément partout au Canada. La question de savoir si le droit ancestral ou le droit issu d'un traité revendiqué jouit de la protection constitutionnelle prévue à l'art. 35 relève du droit constitutionnel et non du droit fédéral ou du droit provincial. La Cour a explicitement rejeté, en ce qui concerne le titre ancestral et les autres droits ancestraux, une approche province par province qui « entraînerait la création, à la grandeur du pays, d'un ensemble de mesures disparates de protection constitutionnelle des droits ancestraux, mesures qui

139, at para. 53. Neither s. 35 nor constitutional law more generally is foreign to Quebec or its courts.

[65] This is particularly significant when paired with the fact that the Innu claim predates the imposition of provincial boundaries, the corresponding provincial legislative competence over property and civil rights, and the systems of property law that flow therefrom. Though the provinces have no *legislative* jurisdiction over s. 35 rights, their courts certainly adjudicate them.

[66] The province of Newfoundland and Labrador undoubtedly has a strong and legitimate interest in participating in these proceedings. The courts in these proceedings recognized this: Sup. Ct. reasons, at para. 14; C.A. reasons, at paras. 104 et seq.; *Innu of Uashat and Mani-Utenam v. Iron Ore Company of Canada*, 2016 QCCS 1958, [2017] 4 C.N.L.R. 73, at paras. 63 et seq. On the basis of the record before us, there is nothing that permits this Court to determine what portions of the claim concern privately held land versus Crown land, or even what proportion of the territory at issue is located in each of the respective provinces. In our view, these are not considerations to be taken into account in determining *whether* Quebec courts have jurisdiction over the claim, although they may be considerations that could affect a decision as to whether or not a Quebec court should decline that jurisdiction. While the motions judge refused to decline jurisdiction in this case on the basis of *forum non conveniens*, that issue was, however, not appealed to the Court of Appeal, nor raised before this Court. Under the *C.C.Q.*, this is not an issue that can be raised by the Court on its own motion.

[67] Indeed, because the parties' focus was whether or not Quebec courts had jurisdiction over all aspects of this matter, the motions judge and the

seraient fonction des particularités historiques de la colonisation dans les diverses régions » : *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 53. Ni l'art. 35 ni le droit constitutionnel plus généralement ne sont étrangers au Québec ou à ses tribunaux.

[65] Ces considérations revêtent une importance particulière lorsqu'on tient également compte du fait que la revendication des Innus concerne une réalité antérieure à l'établissement des frontières provinciales, à la compétence législative provinciale correspondante à l'égard de la propriété et des droits civils, ainsi qu'aux systèmes de droit des biens qui en découlent. Même si les provinces n'ont pas de compétence *législative* à l'égard des droits garantis par l'art. 35, leurs tribunaux instruisent certainement ce type d'affaires.

[66] La province de Terre-Neuve-et-Labrador a sans aucun doute un intérêt marqué et légitime à participer à cette instance. Les tribunaux qui ont été saisis de cette dernière l'ont d'ailleurs reconnu : motifs de la C.S., par. 14; motifs de la C.A., par. 104 et suiv.; *Innus de Uashat et de Mani-Utenam c. Iron Ore Company of Canada*, 2016 QCCS 1958, par. 63 et suiv. D'après le dossier dont nous disposons, rien ne permet à la Cour de déterminer quelles parties de la demande concernent des terres privées ou des terres appartenant à la Couronne, ni même quelle partie du territoire en cause est située dans chacune des provinces. À notre avis, ce ne sont pas des considérations à prendre en compte pour déterminer *si* les tribunaux du Québec ont compétence à l'égard de l'action, même si elles pourraient avoir une incidence lorsqu'il s'agira de décider si les tribunaux québécois devraient décliner cette compétence. Bien que le juge des requêtes ait refusé de décliner sa compétence en l'espèce en application du principe du *forum non conveniens*, cette question n'a été ni portée en appel devant la Cour d'appel ni soulevée devant la Cour. Sous le régime du *Code civil*, cette question ne peut être soulevée par la Cour de son propre chef.

[67] D'ailleurs, comme les parties ont mis l'accent sur la question de la compétence des tribunaux du Québec à l'égard de ce litige, le juge des requêtes

Court of Appeal focused their analysis on answering that question. We have concluded, as they did, that Quebec authorities do have jurisdiction over the entire claim. It is true that art. 3135 *C.C.Q.* provides that even where a Quebec authority has jurisdiction over a matter it may, *exceptionally*, and only on an application by a party, decline jurisdiction if it decides that the authorities of another jurisdiction are in a better position to decide the dispute.

[68] As this Court stated in *Spar Aerospace*:

> . . . the doctrine of *forum non conveniens*, as codified at art. 3135, serves as an important counterweight to the broad basis for jurisdiction set out in art. 3148. In this way, it is open to the appellants to demonstrate, pursuant to art. 3135, that although there is a link to the Quebec authorities, another forum is, in the interests of justice, better suited to take jurisdiction. [para. 57]

Some of the factors traditionally considered at the *forum non conveniens* stage are:

1) [t]he parties' residence, that of witnesses and experts;
2) the location of the material evidence;
3) the place where the contract was negotiated and executed;
4) the existence of proceedings pending between the parties in another jurisdiction;
5) the location of Defendant's assets;
6) the applicable law;
7) advantages conferred upon Plaintiff by its choice of forum, if any;
8) the interest of justice;
9) the interest of the parties;

et la Cour d'appel ont analysé le dossier en vue de répondre à cette question. Nous avons conclu, tout comme eux, que les autorités du Québec ont effectivement compétence à l'égard de l'ensemble de l'action. Certes, selon l'art. 3135 du *C.c.Q.*, même si une autorité québécoise est compétente pour connaître d'un litige, elle peut, *exceptionnellement*, et uniquement à la demande d'une partie, décliner cette compétence si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige.

[68] Comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Spar Aerospace* :

> . . . la doctrine du *forum non conveniens*, telle que codifiée à l'art. 3135, constitue un contrepoids important à la large assise juridictionnelle prévue à l'art. 3148. Ainsi, les appelantes peuvent démontrer, en conformité avec l'art. 3135, que malgré l'existence d'un lien avec les autorités du Québec, il y a un autre tribunal qui, dans l'intérêt de la justice, est mieux à même d'exercer sa compétence. [par. 57]

Voici quelques-uns des facteurs habituellement pris en considération à l'étape de l'évaluation de la doctrine du *forum non conveniens* :

1) le lieu de résidence des parties et des témoins ordinaires et experts;
2) la situation des éléments de preuve;
3) le lieu de formation et d'exécution du contrat;
4) l'existence d'une autre action intentée à l'étranger;
5) la situation des biens appartenant au défendeur;
6) la loi applicable au litige;
7) l'avantage dont jouit la demanderesse dans le for choisi;
8) l'intérêt de la justice;
9) l'intérêt des deux parties;

10) the need to have the judgment recognized in another jurisdiction. [para. 71]

(see also *Oppenheim forfait GMBH v. Lexus maritime inc*, 1998 CanLII 13001 (Que. C.A.))

[69] In the unique circumstances of s. 35 claims that straddle multiple provinces, factors 6 to 10 may require heightened attention. As the Attorney General of Canada pointed out in its intervention, considerations that may be relevant at this stage could include, for instance, whether or not the claimed Aboriginal rights are site-specific, and, if so, whether the bulk of the site is within the province's territorial boundaries; the scope of any Aboriginal title claims; and the interest of the Crown of another province in participating in litigation in order to present evidence and argument as to the scope of s. 35 rights. We would also note that courts in both provinces would likely apply the same law, namely constitutional law, to determine whether the Innu have made out their claim of Aboriginal title and rights.

[70] In this case, the motions judge considered a number of these factors, noting that, overall, the application of these factors did not favour declining jurisdiction and that the doctrine of *forum non conveniens* should not be applied: paras. 104-10. But as indicated above, this conclusion was not appealed to the Court of Appeal or to this Court. As a result, there is no basis upon which to disturb this holding.

F. *Crown Immunity*

[71] As in the courts below, the Attorney General of Newfoundland and Labrador raised Crown immunity as a further reason that the action should not be allowed to proceed to the extent that it affects Newfoundland and Labrador. In the Superior Court,

10) la nécessité éventuelle d'une procédure en exemplification à l'étranger. [par. 71]

(voir aussi *Oppenheim forfait GMBH c. Lexus maritime inc*, 1998 CanLII 13001 (C.A. Qc))

[69] Dans le cas particulier d'une action fondée sur l'art. 35 dont l'objet chevauche les frontières qui séparent plusieurs provinces, les facteurs 6 à 10 peuvent requérir une attention particulière. Comme le procureur général du Canada l'a souligné dans son intervention, parmi les considérations qui peuvent être pertinentes à cette étape, il y a lieu de mentionner, par exemple, la question de savoir si les droits ancestraux revendiqués sont liés au territoire en cause et, le cas échéant, si la majeure partie de ce territoire se trouve à l'intérieur des frontières territoriales de la province, la portée des revendications de titres ancestraux et l'intérêt de la Couronne d'une autre province à participer au litige afin de présenter des éléments de preuve et des arguments sur la portée des droits garantis par l'art. 35. Nous tenons également à souligner que les tribunaux des deux provinces appliqueraient probablement les mêmes règles de droit — à savoir les règles de droit constitutionnel — pour déterminer si les Innus ont établi le bien-fondé de leur revendication de titre et de droits ancestraux.

[70] En l'espèce, le juge des requêtes a examiné plusieurs de ces facteurs, faisant observer que, dans l'ensemble, leur application ne militait pas pour qu'il décline sa compétence, et ajoutant qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la doctrine du *forum non conveniens* : par. 104-110. Or, comme nous l'avons déjà précisé, cette conclusion n'a été portée en appel ni devant la Cour d'appel ni devant la Cour. En conséquence, nous ne voyons aucune raison de la modifier.

F. *L'immunité de la Couronne*

[71] Comme il l'a fait devant les juridictions d'instances inférieures, le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador a invoqué devant nous l'immunité de la Couronne comme raison supplémentaire de refuser d'instruire l'action dans la mesure où elle touche

the motions judge concluded that the doctrine of Crown immunity was ill-fitting in the context of proceedings involving a s. 35 claim straddling provincial boundaries: para. 115. The Court of Appeal did not resolve this issue, but instead concluded that "interprovincial jurisdictional immunity cannot, at this stage, be an obstacle to the jurisdiction of the Quebec courts over this dispute": para. 100. While the Attorney General of Newfoundland and Labrador has raised a potentially live issue in this regard, we agree that it does not need to be resolved at this stage of the proceedings.

[72] As explained above, Quebec courts have jurisdiction in this case to resolve the dispute between the Innu and the mining companies. The Innu seek no relief against the Crown of Newfoundland and Labrador, and they admit that any conclusions in respect of their s. 35 rights will not bind the the Crown of Newfoundland and Labrador. In fact, they recognize that they would need to either "negotiate with the government of Newfoundland and Labrador or seize the courts of that province in the context of a [comprehensive] claim": C.A. reasons, at para. 104. It is therefore unnecessary to address this issue at this stage. This should not be read, however, as precluding the participation of the Crown of Newfoundland and Labrador in the proceedings, if it wishes, in order to assert its interests, invoke its rights and make submissions about the appropriate scope of any declaratory relief (see paras. 106-7).

III. Conclusion

[73] For these reasons, we find that the Superior Court of Quebec has jurisdiction over the claim and we would dismiss the appeal with costs throughout.

sa province. En Cour supérieure, le juge a estimé que la théorie de l'immunité de la Couronne s'appliquait mal à un dossier dans lequel une demande fondée sur l'art. 35 portait sur des droits ancestraux relativement à un territoire qui chevauche des frontières provinciales : par. 115. La Cour d'appel n'a pas statué sur cette question, mais a plutôt conclu que « l'immunité juridictionnelle interprovinciale ne peut faire obstacle, à ce stade, à la juridiction des tribunaux québécois sur le litige » : par. 100. Bien que le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador ait soulevé une question qui est potentiellement toujours en litige entre les parties à cet égard, nous sommes d'accord pour dire qu'il n'est pas nécessaire de la régler à ce stade de l'instance.

[72] Comme nous l'avons déjà expliqué, les tribunaux québécois ont compétence en l'espèce pour régler le différend qui oppose les Innus et les compagnies minières. Les Innus ne réclament aucune réparation contre la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador, et ils admettent que les conclusions tirées au sujet des droits que leur garantit l'art. 35 n'auront aucune valeur contraignante pour la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador. En fait, ils reconnaissent qu'ils devraient « négocier avec le Gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador ou encore saisir les tribunaux de cette province dans le cadre d'une revendication globale » : motifs de la C.A., par. 104. Il n'est donc pas nécessaire d'aborder cette question à ce stade. Notre décision ne devrait toutefois pas être interprétée comme une fin de non-recevoir à la participation de la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador à l'instance, si elle le souhaite, pour faire valoir ses droits et ses intérêts, de même que pour présenter ses observations quant à la portée que devrait avoir tout jugement déclaratoire : voir par. 106-107.

III. Conclusion

[73] Pour les motifs qui ont été exposés, nous concluons que la Cour supérieure du Québec a compétence pour connaître de l'action et nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

English version of the reasons of Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. delivered by

BROWN AND ROWE JJ. (dissenting) —

TABLE OF CONTENTS

		Paragraph
I.	Overview	74
II.	Background	79
III.	Judicial History	88
A.	Quebec Superior Court, 2016 QCCS 5133, [2017] 4 C.N.L.R. 89 (Davis J.)	88
B.	Quebec Court of Appeal, 2017 QCCA 1791, [2018] 4 C.N.L.R. 167 (Morissette, Healy and Ruel JJ.A.)	92
IV.	Issue	96
V.	Analysis	97
A.	General Comments on the Applicable Analytical Framework	98
(1)	Necessary Application of the Rules of Private International Law	101
(2)	Constitutional Territorial Limits	114
(3)	Conclusion on General Comments	117
B.	Jurisdiction of Quebec Authorities	126
(1)	Characterization of the Innu's Action	127
(2)	Article 3152 C.C.Q.	163
(3)	Consideration of Jurisdiction on a Case by Case Basis	184
(4)	Conclusion Regarding the Jurisdiction of Quebec Authorities	203
C.	Some Potential Solutions	207

Les motifs des juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe ont été rendus par

LES JUGES BROWN ET ROWE (dissidents) —

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphe
I.	Aperçu	74
II.	Contexte	79
III.	Décisions des juridictions inférieures	88
A.	Cour supérieure du Québec, 2016 QCCS 5133 (le juge Davis)	88
B.	Cour d'appel du Québec, 2017 QCCA 1791 (les juges Morissette, Healy et Ruel)	92
IV.	Question en litige	96
V.	Analyse	97
A.	Observations générales sur le cadre d'analyse applicable	98
(1)	Obligation de recourir aux règles du droit international privé	101
(2)	Limites territoriales prévues par la Constitution	114
(3)	Conclusion sur les observations générales	117
B.	Compétence des autorités québécoises	126
(1)	Qualification de l'action des Innus	127
(2)	Article 3152 C.c.Q.	163
(3)	Examen de la compétence pour chaque demande en particulier	184
(4)	Conclusion sur la compétence des autorités québécoises	203
C.	Quelques pistes de solution	207

(1) Transboundary Nature of Aboriginal Rights 207

(2) Access to Justice 214

(3) Inherent Jurisdiction 218

D. Approach Proposed by the Attorney General of Canada 236

(1) The Effects on Canada's Constitutional Structure 236

(2) The AGC's Approach Leads to a Strong Possibility of Conflicting Judgments and Confusion 267

(3) Incompatibility With the Principle of Crown Immunity 274

(4) The AGC's Approach Ultimately Impedes Access to Justice 281

(5) This Case Exemplifies the Serious Problems That Can Arise Under the AGC's Approach 291

VI. Conclusion 297

I. Overview

[74] This appeal raises questions that lie at the boundary between private international law and constitutional law. At issue is whether the superior court of a province (the Quebec Superior Court) has jurisdiction to recognize Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights in land that is situated in part in another province (Newfoundland and Labrador) and to hear claims against private parties that cannot succeed absent such recognition. Also at issue is the source of the legal principles governing the jurisdiction of the provincial superior courts in such a context.

[75] We conclude that the jurisdiction of provincial superior courts is governed first and foremost by the rules of private international law, which in Quebec

(1) Caractère transfrontalier des droits ancestraux 207

(2) Accès à la justice 214

(3) Compétence inhérente 218

D. Approche préconisée par le procureur général du Canada 236

(1) Les effets sur la structure constitutionnelle du Canada 236

(2) L'approche du PGC, source d'une forte possibilité de jugements contradictoires et de confusion 267

(3) Incompatibilité avec le principe de l'immunité de la Couronne 274

(4) Approche préconisée par le PGC : obstacle à l'accès à la justice 281

(5) Approche préconisée par le PGC : source potentielle de problèmes sérieux dans la présente affaire 291

VI. Conclusion 297

I. Aperçu

[74] Le présent pourvoi soulève des questions qui se situent à la limite du droit international privé et du droit constitutionnel. Il s'agit de décider si une cour supérieure provinciale (en l'occurrence la Cour supérieure du Québec) a la compétence pour reconnaître l'existence d'un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités sur des terres qui sont situées en partie dans une autre province (en l'occurrence la province de Terre-Neuve-et-Labrador), et pour entendre des demandes qui sont dirigées contre des parties privées, mais dont le succès dépend de la constatation de l'existence de tels droits. Il s'agit également d'identifier la source des règles de droit régissant la compétence des cours supérieures provinciales dans un tel contexte.

[75] Nous concluons que la compétence des cours supérieures provinciales est d'abord régie par les règles du droit international privé — lesquelles se

are set out in the *Civil Code of Québec* ("*C.C.Q.*" or "*Civil Code*"). In some cases, those rules may also be subject to constitutional scrutiny in light of the territorial limits created by the Constitution.

[76] There is no need in this case to decide whether a provincial legislature would have the constitutional authority to confer on the province's superior court the jurisdiction to recognize Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights in land situated outside the province, as the Quebec National Assembly has not conferred such jurisdiction on the Quebec Superior Court. Suffice it to say that the Quebec Superior Court's lack of jurisdiction clearly does not violate the Constitution, since it reflects the requirements of interprovincial comity or mutual respect that are an integral part of Canada's federal structure.

[77] We are aware of the practical difficulties faced by Indigenous peoples of Canada who seek to claim Aboriginal rights in a single traditional territory that straddles provincial borders. However, Aboriginal rights exist within the limits of Canada's legal system, which means that Aboriginal rights claims before the courts must not go beyond what is permitted by Canada's legal and constitutional structure.

[78] Finding that the Quebec Superior Court has jurisdiction to issue a declaration recognizing Aboriginal rights in the part of Nitassinan that is situated in Newfoundland and Labrador would have serious consequences for Canadian federalism. Far from promoting access to justice or reconciliation with Indigenous peoples, it would lead to increased litigation and delays, as well as confusion and loss of confidence in our justice system. In these reasons, we will explore some procedural avenues that would allow Aboriginal title claims to be made *effectively* in territories straddling provincial borders and that would be compatible with our constitutional order. We believe that our solution favours proportionality and access to justice better than the solutions

trouvent au Québec dans le *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* » ou « *Code civil* »). Le cas échéant, ces règles peuvent ensuite être assujetties à un contrôle constitutionnel au regard des limites territoriales prévues par la Constitution.

[76] Il n'est pas nécessaire en l'espèce de décider si une législature provinciale aurait le pouvoir constitutionnel de conférer à la cour supérieure de la province la compétence de reconnaître l'existence d'un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités sur des terres qui sont situées à l'extérieur de la province, puisque l'Assemblée nationale du Québec n'a pas conféré une telle compétence à la Cour supérieure du Québec. Il suffit de constater que l'incompétence de la Cour supérieure du Québec n'est certainement pas contraire à la Constitution, puisqu'elle reflète les exigences de courtoisie ou de respect mutuel entre provinces intégrées à la structure fédérale canadienne.

[77] Nous sommes conscients des difficultés pratiques auxquelles sont confrontés les peuples autochtones du Canada qui souhaitent revendiquer des droits ancestraux sur un seul et même territoire traditionnel qui chevauche les frontières entre différentes provinces. Cependant, les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien et la revendication de droits ancestraux devant les tribunaux ne doit donc pas faire entorse à l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada.

[78] En effet, reconnaître à la Cour supérieure du Québec la compétence de rendre un jugement déclarant l'existence de droits ancestraux sur la partie du Nitassinan située dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador aurait d'importantes conséquences sur le fédéralisme canadien. Loin de promouvoir l'accès à la justice ou la réconciliation avec les peuples autochtones, il en résulterait une multiplication des litiges et des délais ainsi qu'une confusion et une perte de confiance envers notre système de justice. Dans les présents motifs, nous explorerons d'ailleurs certaines pistes de solutions procédurales qui permettraient de revendiquer *efficacement* un titre autochtone sur un territoire qui chevauche les frontières provinciales tout en respectant notre ordre constitutionnel. À notre

advanced by our colleagues and the Attorney General of Canada ("AGC").

II. Background

[79] The appellant, the Attorney General of Newfoundland and Labrador ("AGNL"), appeals the decision of the Quebec Court of Appeal affirming a judgment of the Quebec Superior Court, which dismissed his motion to strike allegations dated April 23, 2014: A.R., vol. II, at pp. 90-93. Through his motion, the AGNL sought to strike certain allegations and conclusions set out in a motion to institute proceedings for a permanent injunction, for declaratory conclusions and for damages (A.R., vol. II, at pp. 1-40) dated March 18, 2013, which the respondents the Innu of Uashat and of Mani-Utenam and the Innu of Matimekush-Lac John (collectively "Innu of UM and MLJ" or simply "Innu") had filed in the Quebec Superior Court.

[80] The Innu of UM and MLJ are two distinct First Nations. For centuries leading to the mid-20th century, they occupied a vast traditional territory, Nitassinan, which encompasses part of the Quebec-Labrador Peninsula: pp. 3 and 5. The traditional activities that make up the way of life of the Innu of UM and MLJ in Nitassinan include hunting, fishing, trapping and gathering: p. 9.

[81] In their motion to institute proceedings, the Innu of UM and MLJ essentially seek to establish extracontractual civil liability on the part of the defendants, the Iron Ore Company of Canada ("IOC") and the Quebec North Shore and Labrador Railway Company Inc. ("QNS&L"), the latter being a corporation owned by IOC.

[82] The defendants, IOC and QNS&L, are domiciled in Montréal, Quebec: pp. 6-7. In the mid-20th century, they built a [TRANSLATION] "mining megaproject" in Nitassinan without the consent of the Innu of UM and MLJ: p. 3. The megaproject included the development and operation of iron

avis, notre solution favorise davantage la proportionnalité des procédures et l'accès à la justice que celles mises de l'avant par nos collègues et le procureur général du Canada (« PGC »).

II. Contexte

[79] Le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador (« PGTNL ») appelant se pourvoit contre un jugement de la Cour d'appel du Québec, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure du Québec rejetant sa requête en radiation d'allégations datée du 23 avril 2014 : d.a., vol. II, p. 90-93. Par sa requête, le PGTNL souhaite faire radier certaines allégations et conclusions d'une requête introductive d'instance en injonction permanente pour l'obtention de conclusions déclaratoires et en dommages-intérêts (d.a., vol. II, p. 1-40), laquelle est datée du 18 mars 2013 et a été déposée devant la Cour supérieure du Québec par les Innus de Uashat et de Mani-Utenam et les Innus de Matimekush-Lac John intimés (collectivement les « Innus de UM et MLJ » ou simplement les « Innus »).

[80] Les Innus de UM et MLJ forment deux Premières Nations distinctes. Depuis des siècles et jusqu'au milieu du XXe siècle, ils ont occupé un vaste territoire traditionnel, le Nitassinan, qui englobe une partie de la Péninsule Québec-Labrador : p. 3 et 5. Les activités traditionnelles constitutives du mode de vie des Innus de UM et MLJ sur le Nitassinan comprennent la chasse, la pêche, le piégeage et la cueillette : p. 9.

[81] Par leur requête introductive d'instance, les Innus de UM et MLJ souhaitent essentiellement établir la responsabilité civile extracontractuelle des défenderesses Compagnie minière IOC (« IOC ») et Compagnie de chemin de fer du littoral nord de Québec et du Labrador inc. (« QNS&L »), une société détenue par IOC.

[82] Les défenderesses IOC et QNS&L sont domiciliées à Montréal, au Québec : p. 6-7. Vers le milieu du XXe siècle, elles ont procédé à la construction d'un « mégaprojet d'exploitation minière » dans le Nitassinan, et ce, sans le consentement des Innus de UM et MLJ : p. 3. Ce mégaprojet consiste notamment

mines and associated works near Schefferville and Labrador City, a 578 km railroad between Sept-Îles and Schefferville, port facilities in Sept-Îles, and hydroelectric complexes: pp. 3 and 6-7.

[83] The Innu of UM and MLJ claim to hold Aboriginal title and other Aboriginal or treaty[1] rights in *all* of Nitassinan (pp. 10-11 and 30-31), but in particular in the parts of that territory, in Quebec and in Labrador, that are affected by the IOC megaproject (pp. 5, 10-11 and 30-31). They allege that this title and these rights [TRANSLATION] "include ownership and exclusive use" of these parts of Nitassinan and of the natural resources found there: Notice of Constitutional Questions, A.R., vol. II, at p. 113. In their submission, the operations, facilities and activities of the defendants, IOC and QNS&L, in Nitassinan infringe their Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights, and this constitutes a civil fault under art. 1457 *C.C.Q.*: Motion to Institute Proceedings, A.R., vol. II, at pp. 24-28.[2] The Innu also raise an argument based on no-fault liability under art. 976 *C.C.Q.* in respect of neighbourhood disturbances: pp. 28-29.

[84] By way of remedy, the Innu of UM and MLJ seek the following:

(1) [TRANSLATION] "declaratory . . . remedies against the defendants, including declarations that the defendants' industrial, port and railway facilities belong to the Innu of UM-MLJ or, at the very least, are subject to [Aboriginal] title and [other] Aboriginal [rights]", and "a declaration that the IOC megaproject, and in

[1] The treaties, instruments and other documents in question, which are listed in para. 30 of the motion to institute proceedings (A.R., vol. II, at p. 7) (as completed by para. 30(c)(iii) of the particulars dated October 31, 2013 that were provided further to an application by the respondents (A.R., vol. II, at p. 48)), include the 1603 Treaty of Alliance, the 1645 Trois-Rivières Peace Treaty and the 1760 Treaty between the Montagnais and the British Crown.

[2] They allege that it also violates various provisions of the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, G.A. Res., UNGAOR, 61st Sess., Supp. No 49, UN Doc A/RES/61/295 (2007): para. 155.

en l'aménagement et l'exploitation de mines de fer et d'ouvrages connexes près de Schefferville et de Labrador City, d'un chemin de fer de 578 km entre Sept-Îles et Schefferville, d'installations portuaires à Sept-Îles et de complexes hydroélectriques : p. 3 et 6-7.

[83] Les Innus de UM et MLJ soutiennent être titulaires d'un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités[1] sur *tout* le Nitassinan (p. 10-11 et 30-31), mais en particulier sur les parties de ce territoire qui, au Québec et au Labrador, sont affectées par le mégaprojet d'IOC (p. 5, 10-11 et 30-31). Ce titre et ces droits « inclu[raient] la propriété et l'usage exclusif » de ces parties du Nitassinan et des ressources naturelles qui s'y trouvent : Avis de questions constitutionnelles, d.a., vol. II, p. 113. Les opérations, installations et activités des défenderesses IOC et QNS&L sur le Nitassinan porteraient atteinte au titre ancestral et aux autres droits ancestraux ou issus de traités des Innus de UM et MLJ, ce qui constituerait une faute civile visée à l'art. 1457 *C.c.Q.* : Requête introductive d'instance, d.a., vol. II, p. 24-28.[2] Les Innus se fondent également sur la responsabilité sans faute visée à l'art. 976 *C.c.Q.* en matière de troubles de voisinage : par. 28-29.

[84] En guise de réparation, les Innus de UM et MLJ demandent

(1) « des remèdes déclaratoires [. . .] contre les défenderesses, y compris des déclarations que les installations industrielles, portuaires et ferroviaires des défenderesses appartiennent aux Innus de UM-MLJ ou à tout le moins sont sujettes au titre [ancestral] et aux [autres droits] ancestraux » et « une déclaration que le mégaprojet

[1] Ces traités, instruments et autres documents sont énumérés au par. 30 de la requête introductive d'instance (d.a., vol. II, p. 7) (tel que complété par le par. 30(c)(iii) des précisions du 31 octobre 2013 fournies à la demande des défenderesses (d.a., vol. II, p. 48)), et incluent le Traité d'alliance de 1603, le Traité de paix de Trois-Rivières de 1645 et le Traité de 1760 entre les Montagnais et la Couronne britannique.

[2] Il s'agirait aussi d'une violation de diverses dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, A.G. Rés., Doc off AG NU, 61e sess., suppl. no 49, Doc NU A/RES/61/295 (2007) : par. 155.

particular the defendants' operations, facilities and activities, infringe [Aboriginal] title, [other] Aboriginal rights and treaty rights" (p. 30);

(2) a permanent injunction to put a stop to the defendants' operations, facilities and activities (pp. 28-30);

(3) an award against the defendants, solidarily, for the payment of $900 million in damages (p. 28);

(4) "an accounting for all profits generated by the defendants' use of Nitassinan" (p. 28) as well as various fiduciary remedies ("constructive trust", "[c]ommon law trust" and "[f]iduciary trust") or remedies based on administration of the property of others (art. 1299 *C.C.Q.*) with respect to the defendants' income, works, facilities and activities (p. 30).

d'IOC et notamment les opérations, installations et activités des défenderesses violent le titre [ancestral], les [autres] droits ancestraux et les droits issus de traités » (p. 30);

(2) l'émission d'une injonction permanente afin de faire cesser les opérations, installations et activités des défenderesses (p. 28-30);

(3) la condamnation des défenderesses solidairement au paiement de 900 millions de dollars à titre de dommages-intérêts (p. 28);

(4) « une reddition de compte en regard de la totalité des profits générés par l'exploitation par les défenderesses du Nitassinan » (p. 28) ainsi que divers remèdes de nature fiduciaire ([TRADUCTION] « fiducie constructoire », « fiducie de common law » et « fiducie ») ou fondés sur l'administration du bien d'autrui (art. 1299 *C.c.Q.*) à l'égard des revenus, ouvrages, installations et activités des défenderesses (p. 30).

[85] On April 23, 2014, after filing a motion to intervene in the Quebec Superior Court, the AGNL filed a motion to strike allegations in order to have the allegations and conclusions of the Innu's motion to institute proceedings struck insofar as they related to the parts of Nitassinan situated in Newfoundland and Labrador. The AGNL contended that the land situated in Newfoundland and Labrador to which the Innu's action applied belonged to the Crown of Newfoundland and Labrador: Motion to Strike Allegations, A.R., vol. II, at p. 92; A.F., at paras. 48 and 61; transcript, at pp. 24-25. The AGNL's motion to strike allegations is, in reality, a declinatory exception whose basis is that Quebec authorities lack jurisdiction over the [TRANSLATION] "paragraphs of the pleading that concern the territory of Newfoundland and Labrador": *Procureur général de Terre-Neuve-Labrador v. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2017 QCCA 14, at para. 14 (CanLII). Such a declinatory exception must be disposed of on a preliminary basis: A. Rochon, with the collaboration of F. Le Colleter, *Guide des requêtes devant le juge unique de la Cour d'appel: Procédure et pratique* (2013), at p. 77; *Transax Technologies inc. v. Red Baron Corp. Ltd*, 2016 QCCA 1432, at para. 6 (CanLII).

[85] Le 23 avril 2014, après avoir déposé une requête en intervention devant la Cour supérieure du Québec, le PGTNL a déposé une requête en radiation d'allégations, visant les allégations et conclusions de la requête introductive d'instance des Innus, dans la mesure où elles portent sur les parties du Nitassinan qui sont situées à Terre-Neuve-et-Labrador. Le PGTNL soumet que les terres qui sont visées par l'action des Innus et qui sont situées à Terre-Neuve-et-Labrador appartiennent à la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador : requête en radiation d'allégations, d.a. vol. II, p. 92; m.a., par. 48 et 61; transcriptions, p. 24-25. La requête en radiation d'allégations du PGTNL est en réalité un moyen déclinatoire fondé sur l'absence de compétence des autorités québécoises à l'égard des « paragraphes de la procédure qui touchent le territoire de Terre-Neuve-Labrador » : *Procureur général de Terre-Neuve-Labrador c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2017 QCCA 14, par. 14 (CanLII). Un tel moyen déclinatoire doit être tranché *in limine litis* : A. Rochon, avec la collaboration de F. Le Colleter, *Guide des requêtes devant le juge unique de la Cour d'appel : Procédure et pratique* (2013), p. 77; *Transax Technologies inc. c. Red Baron Corp. Ltd*, 2016 QCCA 1432, par. 6 (CanLII).

[86] On April 29, 2014, Blanchard J. ordered the Innu to send a notice of constitutional questions in accordance with art. 95 of the former *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 ("f.*C.C.P.*"), to the attorneys general of Quebec, Canada and Newfoundland and Labrador on the basis that [TRANSLATION] "[t]here is . . . no doubt that . . . the allegations and conclusions [of the Innu's motion to institute proceedings] engage the constitutional rights of Canada, the province of Quebec and the province of Newfoundland and Labrador": *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) v. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, 2014 QCCS 2051, at para. 5 (CanLII) ("Sup. Ct. Judgment Ordering Service of a Notice of Constitutional Questions").

[87] On April 26, 2016, Davis J. authorized the intervention of the AGNL in the Quebec Superior Court: *Innu of Uashat and Mani-Utenam v. Iron Ore Company of Canada*, 2016 QCCS 1958, [2017] 4 C.N.L.R. 73 ("Sup. Ct. Judgment Authorizing the Intervention of the AGNL").

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, 2016 QCCS 5133, [2017] 4 C.N.L.R. 89 (Davis J.)*

[88] The Superior Court judge ruled on the AGNL's motion to strike allegations. In his opinion, a decision on the motion [TRANSLATION] "require[d] identifying the nature of the action instituted by the Innu": para. 48. In this respect, the judge noted that "the Innu argue that the Aboriginal title that they may have over Nitassinan is equivalent to a real right": para. 61. The judge also held that "Aboriginal title involves a number of elements of a real right": para. 62. In his view, the "same conclusion applies" with respect to "Aboriginal rights[, which] resemble usufruct": paras. 63-64.

[89] However, the judge stated that he could not agree with the AGNL's position that [TRANSLATION] "the Innu's claim is a real action": para. 66. The aspect of the Innu's action concerning the recognition of their Aboriginal title and their other Aboriginal

[86] Le 29 avril 2014, le juge Blanchard a ordonné aux Innus d'envoyer un avis de questions constitutionnelles conforme à l'art. 95 de l'ancien *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (« a.*C.p.c.* ») aux procureurs généraux du Québec, du Canada et de Terre-Neuve-et-Labrador, au motif qu'« [i]l ne fait [. . .] aucun doute que [. . .] les allégations et les conclusions [de la requête introductive d'instance des Innus] mettent en cause les droits constitutionnels du Canada, de la Province de Québec et de la Province de Terre-Neuve et Labrador » : *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, 2014 QCCS 2051, par. 5 (CanLII) (« jugement de la C.S. ordonnant la signification d'un avis de questions constitutionnelles »).

[87] Le 26 avril 2016, le juge Davis a autorisé l'intervention du PGTNL devant la Cour supérieure du Québec : *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, 2016 QCCS 1958 (« jugement de la C.S. autorisant l'intervention du PGTNL »).

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure du Québec, 2016 QCCS 5133 (le juge Davis)*

[88] Le juge de la Cour supérieure s'est prononcé sur la requête en radiation d'allégations du PGTNL. À son avis, la solution à cette requête « repose sur la détermination de la nature du recours intenté par les Innus » : par. 48 (CanLII). À cet égard, le juge a noté que « les Innus soutiennent que le titre ancestral qu'ils pourraient posséder dans le Nitassinan équivaudrait à un droit réel » : par. 61. Le juge a aussi estimé que « le titre ancestral comporte plusieurs éléments d'un droit réel » : par. 62. La « même conclusion s'impose », selon lui, à l'égard des « droits ancestraux [qui] ressemblent à l'usufruit » : par. 63-64.

[89] Toutefois, le juge a dit ne pas pouvoir se rallier à la position du PGTNL selon laquelle « la demande des Innus est une action réelle » : par. 66. Le volet de l'action des Innus qui porte sur la reconnaissance de leur titre ancestral et de leurs autres

or treaty rights "is ancillary to their claim for damages" against IOC and QNS&L: paras. 67-68. The Innu's action "is much more than a simple real action", given their allegation that IOC and QNS&L had breached a duty of care: para. 77. In addition to the extracontractual civil liability action based on art. 1457 *C.C.Q.*, the Innu were seeking an award against the defendants on the basis of no-fault liability for neighbourhood disturbances under art. 976 *C.C.Q.*: para. 78. In the judge's opinion, a "mixed action" was therefore a "much better" characterization of the Innu's action than a "real action": para. 79. Quebec authorities have jurisdiction over such a "mixed action" under arts. 3134 and 3148 para. 1(1) *C.C.Q.*: para. 82.

[90] Regarding the *allegations* in the Innu's action with respect to the facilities of the defendants, IOC and QNS&L, situated in Newfoundland and Labrador, the judge found them to be relevant, including for the purpose of [TRANSLATION] "establishing their rights and title in Quebec": para. 90. He added that he would be of the same opinion "even if IOC, QNS&L and Newfoundland and Labrador were correct in their claim that the Court does not have jurisdiction to issue orders affecting the defendants' facilities in Newfoundland and Labrador or recognizing the Aboriginal title or rights of the Innu in Newfoundland and Labrador": para. 91. Regarding the *conclusions* sought in the Innu's action, the judge held that, even though it seemed possible "[a]t the procedural level" to order that a conclusion be struck, there was no reason to do so here given that Quebec authorities "ha[ve] the jurisdiction to render a judgment including the conclusions that are requested": para. 92.

[91] In this regard, the judge noted that a number of the connecting factors set out in *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572, including the fact that the defendants, IOC and QNS&L, were domiciled in Quebec and carried on their businesses there, confirmed that Quebec authorities had "*prima facie*" jurisdiction: paras. 93-102, also citing art. 3148 *C.C.Q.* Furthermore, he refused to decline jurisdiction over the dispute on the basis

droits ancestraux ou issus de traités « est ancillaire à leur réclamation en dommages », dirigée, elle, contre IOC et QNS&L : par. 67-68. De fait, l'action des Innus « va au-delà d'une simple action réelle » puisqu'ils allèguent qu'IOC et QNS&L ont manqué à une obligation de diligence : par. 77. Outre l'action en responsabilité civile extracontractuelle fondée sur l'art. 1457 *C.c.Q.*, les Innus recherchent une condamnation des défenderesses sur la base de la responsabilité sans faute en matière de troubles de voisinage prévue à l'art. 976 *C.c.Q.* : par. 78. Selon le juge, la qualification d'« action mixte » — plutôt que celle d'« action réelle » — convenait par conséquent « beaucoup mieux » à l'action des Innus : par. 79. Or, les autorités québécoises sont compétentes pour entendre une telle « action mixte » au titre des art. 3134 et 3148 al. 1(1) *C.c.Q. :* par. 82.

[90] En ce qui concerne les *allégations* de l'action des Innus visant les installations des défenderesses IOC et QNS&L situées à Terre-Neuve-et-Labrador, le juge a estimé qu'elles sont pertinentes, et ce, y compris afin de faire « la démonstration de leurs droits ou de leur titre au Québec » : par. 90. Le juge a ajouté qu'il serait de cet avis « même si IOC, QNS&L et Terre-Neuve-et-Labrador avaient raison d'avancer que le Tribunal n'est pas compétent pour rendre des ordonnances qui touchent aux installations des défenderesses à Terre-Neuve-et-Labrador ou qui reconnaissent le titre ou des droits ancestraux des Innus à Terre-Neuve-et-Labrador » : par. 91. En ce qui concerne les *conclusions* de l'action des Innus, le juge a estimé — bien qu'il semble possible « [a]u niveau procédural » d'ordonner la radiation d'une conclusion — qu'il n'y avait pas lieu de le faire ici puisque les autorités québécoises « [sont] compétent[es] pour prononcer les conclusions qui sont demandées » : par. 92.

[91] À cet égard, le juge a noté que plusieurs des facteurs de rattachement énoncés dans l'arrêt *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, y compris le fait que les défenderesses IOC et QNS&L sont domiciliées au Québec et y exploitent leurs entreprises, confirment la compétence « *prima facie* » des autorités québécoises : par. 93-102, référant également à l'art. 3148 *C.c.Q.* Par ailleurs, le juge a refusé de décliner sa compétence

of the doctrine of *forum non conveniens* codified in art. 3135 *C.C.Q.*: paras. 102-10. He expressed the opinion that, among other things, it was not in the interests of justice for "the same debate [to] take place in two jurisdictions that must both apply the same law, when the courts that will hear the cases are both federally appointed": para. 107.

B. *Quebec Court of Appeal, 2017 QCCA 1791, [2018] 4 C.N.L.R. 167 (Morissette, Healy and Ruel JJ.A.)*

[92] The AGNL appealed the Superior Court's judgment dismissing his motion to strike allegations to the Quebec Court of Appeal. He argued in particular that [TRANSLATION] "the Innu's action relates to real rights, specifically in land located in Labrador and, consequently, the courts of Quebec have no jurisdiction over the dispute": para. 45.

[93] The Court of Appeal dismissed the appeal. In essence, the court concluded that it was inappropriate to [TRANSLATION] "classify the Innu's action as being a strictly real action, [given that] it is not possible to describe Aboriginal rights in terms of traditional property law concepts" and that "[t]hese are *sui generis* rights": para. 13; see also paras. 67-69 and 85. Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights "ha[ve] other elements that may be characterized as 'personal' between the Aboriginal community in question and the Crown", namely the Crown's "fiduciary duty to Aboriginal people" and its "duty to consult and to accommodate Aboriginal communities, which is personal in nature": paras. 74-77 and 81-82.

[94] The Court of Appeal added that [TRANSLATION] "the recognition of Aboriginal rights is accessory to the Innu's claim; they seek to establish the civil liability of private companies": para. 14; see also para. 86. The Innu "also invoke violations of their guaranteed Charter rights as well as neighbourhood disturbances": para. 93. In the Court of Appeal's view, the Innu's action was "primarily personal", and Quebec authorities "have jurisdiction

sur le litige conformément à la doctrine du *forum non conveniens* codifiée à l'art. 3135 *C.c.Q.* : par. 102-110. Le juge s'est notamment dit d'avis que l'intérêt de la justice s'oppose à ce que « le même débat ait lieu devant deux juridictions qui doivent toutes les deux appliquer la même loi, et ce, quand les tribunaux qui entendront les causes sont tous les deux de nomination fédérale » : par. 107.

B. *Cour d'appel du Québec, 2017 QCCA 1791 (les juges Morissette, Healy et Ruel)*

[92] Le PGTNL s'est pourvu devant la Cour d'appel du Québec à l'encontre du jugement de la Cour supérieure rejetant sa requête en radiation d'allégations. Il a notamment soulevé que « le recours des Innus porte sur des droits réels, en particulier sur des terres situées au Labrador et, par conséquent, les tribunaux québécois n'ont pas compétence sur le litige » : par. 45 (CanLII).

[93] La Cour d'appel a rejeté ce pourvoi. Pour l'essentiel, elle a conclu qu'il n'y a pas lieu de « classifier de manière rigide le recours des Innus comme étant une action réelle, [puisqu'il] n'est pas possible de décrire les droits autochtones selon des notions traditionnelles du droit des biens » et qu'« [i]l s'agit de droits *sui generis* » : par. 13; voir aussi par. 67-69 et 85. Le titre ancestral et les autres droits ancestraux ou issus de traités « comporte[nt] des éléments qui pourraient être qualifiés de "personnels" entre la communauté autochtone concernée et la Couronne », à savoir l'« obligation fiduciaire [de la Couronne] envers les autochtones » et son « obligation de consultation et d'accommodement de nature personnelle envers les communautés autochtones » : par. 74-77 et 81-82.

[94] En outre, « la reconnaissance des droits autochtones constitue un aspect accessoire à la réclamation des Innus, qui cherchent à établir la responsabilité civile d'entreprises privées » : par. 14; voir aussi par. 86. Les Innus « invoquent également des violations des droits garantis par les chartes ainsi que des troubles du voisinage » : par. 93. Pour la Cour d'appel, l'action des Innus serait « principalement [u]ne action personnelle » et les autorités

because the IOC and the QNS&LR have their head offices in Quebec" and because the Innu were alleging an injury suffered in Quebec: paras. 15, 52 and 95, with reference to arts. 3134 and 3148 *C.C.Q.*

[95] Finally, the Court of Appeal stated that it shared the Superior Court judge's [TRANSLATION] "concerns regarding access to justice and the proportionality of proceedings": para. 113. The court found that it was not in the interests of justice "to prematurely sever from the Innu's action any references to Labrador, to the rights the Innu may claim over this territory, or to the activities of the IOC and the QNS&LR": para. 117.

IV. Issue

[96] Does the Quebec Superior Court have jurisdiction to consider the aspect of the Innu's action seeking the recognition and protection of Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights in land situated outside Quebec?

V. Analysis

[97] At the outset, we disagree with our colleagues' assertion that "[t]he Innu seek no relief against the Crown of Newfoundland and Labrador": para. 72. We agree with the AGNL that the way the relief has been claimed is not determinative; we must look to the substance of the claim to determine what is really being sought. And what is being sought clearly includes a declaration of Aboriginal title over land situated in Newfoundland and Labrador, regardless of the fact that this relief is framed as being "incidental" to the main relief sought. The decisions below recognized that the claim would have clear effects on Newfoundland and Labrador: Sup. Ct. Judgment Ordering Service of a Notice of Constitutional Questions, at para. 5; *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) v. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, 2014 QCCS 4403, at para. 19 (CanLII) ("Sup. Ct. Judgment Dismissing IOC and QNS&L's Motion to Dismiss"); Sup. Ct. Judgment Authorizing the Intervention of the AGNL, at paras. 60-64 and 67; Sup. Ct. reasons, at para. 72; C.A. reasons, at para. 104. But even more fundamentally, and as we discuss further below, the Crown is a

québécoises seraient « compétent[e]s puisqu'IOC et QNS&L ont leur siège au Québec », et puisque les Innus allèguent un préjudice subi au Québec : par. 15, 52 et 95, référant aux art. 3134 et 3148 *C.c.Q.*

[95] Enfin, la Cour d'appel a dit partager les « préoccupations » du juge de la Cour supérieure « dans une optique d'accès à la justice et de proportionnalité des procédures » : par. 113. En effet, selon la Cour d'appel, il n'allait pas dans l'intérêt de la justice, « d'amputer prématurément le recours des Innus de toute référence au Labrador, aux droits que les Innus pourraient revendiquer sur ce territoire et aux activités d'IOC et de [QNS&L] au Labrador » : par. 117.

IV. Question en litige

[96] La Cour supérieure du Québec est-elle compétente pour entendre le volet de l'action des Innus qui vise à faire reconnaître et à protéger un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités sur des terres qui sont situées à l'extérieur du Québec?

V. Analyse

[97] D'emblée, nous sommes en désaccord avec l'affirmation de nos collègues selon laquelle « [l]es Innus ne réclament aucune réparation contre la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador » : par. 72. Nous croyons plutôt, à l'instar du PGTNL, que la façon dont la réparation a été demandée n'est pas déterminante et que nous devons nous pencher sur le fond de la réclamation pour déceler ce qui est réellement recherché. Or, ici, cela comprend manifestement un jugement déclaratoire reconnaissant l'existence d'un titre ancestral sur un territoire situé dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador, en dépit du fait que cette mesure soit présentée comme étant « accessoire » à la réparation principale sollicitée. Les cours d'instances inférieures ont reconnu que la revendication aurait des répercussions évidentes sur la province de Terre-Neuve-et-Labrador : jugement de la C.S. ordonnant la signification d'un avis de questions constitutionnelles, par. 5; *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, 2014 QCCS 4403, par. 19 (CanLII) (« jugement de la C.S. rejetant la requête en irrecevabilité de IOC

necessary party in Aboriginal title litigation, because the Crown retains underlying title and consequently owes fiduciary duties to Aboriginal rights holders in relation to the land. The recognition of Aboriginal title over land in Labrador is clearly relief with a direct impact on the Crown. This is an undisputable fact which cannot just be wished away.

et de la CCLNQL »); jugement de la C.S. autorisant l'intervention du PGTNL, par. 60-64 et 67; motifs de la C.S., par. 72; motifs de la C.A., par. 104. Ce qui est toutefois encore plus fondamental, et dont nous traiterons plus longuement ultérieurement, c'est que la Couronne est une partie nécessaire aux litiges portant sur un titre ancestral. Il en est ainsi parce qu'elle conserve le titre sous-jacent et qu'elle doit donc s'acquitter d'obligations fiduciaires envers les détenteurs de droits ancestraux en lien avec le territoire en cause. La reconnaissance d'un titre ancestral relativement à un territoire qui se situe au Labrador constitue clairement une réparation ayant une incidence directe sur la Couronne. Il s'agit d'un fait incontestable qu'on ne peut ignorer.

A. *General Comments on the Applicable Analytical Framework*

[98] Before we embark on our analysis of the Quebec authorities' jurisdiction over the Innu's action, a few general comments should be made regarding the framework to be applied by the court in this case.

[99] The intervener the AGC maintains in his factum that the rules of private international law "are inapposite"[3] where the existing rights of the Indigenous peoples of Canada — which are recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* — are at issue. He suggests that the appeal instead be decided on the basis of the superior courts' inherent jurisdiction over actions for the recognition and protection of constitutional rights: para. 13. This approach means that a provincial superior court considering an action for the recognition and protection of the existing rights of an Indigenous people that affect another province would first have to determine whether there is a real and substantial connection between the Indigenous people's action as a whole and the province of the superior court in which the claim has been brought, and would then have to consider all the circumstances in order to determine

A. *Observations générales sur le cadre d'analyse applicable*

[98] Avant d'entreprendre notre analyse de la compétence des autorités québécoises sur l'action intentée par les Innus, il convient de formuler quelques remarques générales au sujet du cadre devant guider le tribunal en l'espèce.

[99] Le PGC intervenant prétend dans son mémoire que les règles du droit international privé ne s'appliquent pas (« *are inapposite* »)[3] lorsqu'il est question des droits existants des peuples autochtones du Canada — lesquels sont reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il suggère de plutôt trancher le pourvoi au moyen de la compétence inhérente des cours supérieures de connaître d'une action en reconnaissance et en protection de droits constitutionnels : par. 13. Suivant cette approche, la cour supérieure d'une province saisie d'une action visant à faire reconnaître et à protéger des droits existants d'un peuple autochtone ayant des incidences sur une autre province devrait d'abord déterminer s'il existe un lien réel et substantiel entre l'action du peuple autochtone concerné considérée dans son ensemble et la province de la cour supérieure saisie, et ensuite considérer toutes

[3] Unlike the AGC, the Innu do not dispute that [TRANSLATION] "[t]he rules of private international law set out in the *C.C.Q.* apply in this case": R.F., at para. 4; see also para. 47.

[3] Contrairement au PGC, les Innus ne contestent pas le fait que « [l]es règles de droit international privé prévues au *C.c.Q.* s'appliquent en l'espèce » : m.i., par. 4; voir aussi par. 47.

whether it should exercise jurisdiction over the entire dispute: para. 19.

[100] We will discuss the implications of the approach proposed by the AGC later in these reasons. If accepted, this approach would have serious consequences for Canadian federalism and would also entail a serious risk of conflicting judgments, would be incompatible with the principle of Crown immunity and would impede access to justice. But for now, suffice to say that we disagree with the AGC's position, primarily for the two reasons that follow.

(1) Necessary Application of the Rules of Private International Law

[101] Private international law "is designed to resolve conflicts between different jurisdictions, the legal systems or rules of different jurisdictions and decisions of courts of different jurisdictions"; this area of the law "consists of legal principles that apply in situations in which more than one court might claim jurisdiction, to which the law of more than one jurisdiction might apply or in which a court must determine whether it will recognize and enforce a foreign judgment or, in Canada, a judgment from another province": *Van Breda*, at para. 15; S. G. A. Pitel and N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2nd ed. 2016), at p. 1. In other words, private international law is the branch of the law that "is concerned with the jurisdiction of courts of the Canadian provinces, with whether that jurisdiction should be exercised, with what law should apply to a dispute, and with whether a court should recognize and enforce a judgment rendered by a court of another province or country": *Van Breda*, at para. 21.

[102] In the common law provinces, the rules of private international law are found in the procedural rules for service *ex juris*, in the real and substantial connection test developed in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, and in the statutes of those provinces. In Quebec, they are found in the *C.C.Q.*, which contains a complete set of rules and principles on the matter (see Book Ten of the *C.C.Q.*, arts. 3076 to 3168): *Van Breda*, at para. 21;

les circonstances afin de décider s'il serait opportun qu'elle exerce sa compétence sur l'ensemble du litige : par. 19.

[100] Nous traiterons des implications de l'approche préconisée par le PGC plus loin dans nos motifs, laquelle, si elle était acceptée, aurait d'importantes conséquences sur le fédéralisme canadien, en plus d'emporter un risque sérieux de jugements contradictoires, d'être contraire au principe de l'immunité de la Couronne et de constituer une entrave à l'accès à la justice. Pour l'instant, il suffit toutefois de mentionner que nous rejetons ce point de vue, principalement pour les deux raisons suivantes.

(1) Obligation de recourir aux règles du droit international privé

[101] Le droit international privé « a pour objet la résolution des conflits entre des ressorts différents, entre des systèmes ou règles juridiques de ressorts différents et entre des décisions de tribunaux de ressorts différents »; ce domaine du droit « est formé de principes juridiques applicables dans des situations où plus d'un tribunal peut se déclarer compétent, ou lorsque les lois de plus d'un territoire peuvent s'appliquer, ou quand un tribunal doit décider s'il reconnaîtra et exécutera un jugement étranger ou, au Canada, un jugement d'une autre province » : *Van Breda*, par. 15; S. G. A. Pitel et N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2e éd. 2016), p. 1. Autrement dit, le droit international privé est la branche du droit qui « traite de la compétence des tribunaux provinciaux canadiens, de l'opportunité d'exercer cette compétence, de la loi applicable dans un litige donné et des conditions de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal d'une autre province ou d'un tribunal étranger » : *Van Breda*, par. 21.

[102] Dans les provinces de common law, les règles du droit international privé sont énoncées dans les règles de procédure relatives aux significations *ex juris*, dans le critère du lien réel et substantiel découlant de l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, et dans les lois de ces provinces. Au Québec, elles se trouvent dans le *C.c.Q.*, qui contient un ensemble complet de règles et de principes en la matière (voir le Livre

Barer v. Knight Brothers LLC, 2019 SCC 13, [2019] 1 S.C.R. 573, at paras. 131-32, per Brown J.; G. Saumier, "The Recognition of Foreign Judgments in Quebec — The Mirror Crack'd?" (2002), 81 *Can. Bar Rev.* 677, at p. 693.

[103] It is therefore not the inherent jurisdiction of provincial superior courts that sometimes authorizes them to exercise their powers over extraterritorial or transnational operations (i.e., those involving persons or property not situated within a province's territory), but rather the rules of private international law, which have been established by legislatures or by the courts. A superior court's inherent jurisdiction is one aspect of its general jurisdiction, which, in principle, it exercises only within *its* territory:

> The term "inherent jurisdiction of the court" does not mean the same thing as "the jurisdiction of the court" used without qualification or description: the two terms are not interchangeable, for the "inherent" jurisdiction of the court is only a part or an aspect of its general jurisdiction. The general jurisdiction of the High Court as a superior court of record is, broadly speaking, unrestricted and unlimited in all matters of substantive law, both civil and criminal, except in so far as that has been taken away in unequivocal terms by statutory enactment. The High Court is not subject to supervisory control by any other court except by due process of appeal, and it exercises the full plenitude of judicial power in all matters concerning the general administration of justice within its area. Its general jurisdiction thus includes the exercise of an inherent jurisdiction. [Emphasis added; footnote omitted.]
>
> (I. H. Jacob, "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, at pp. 23-24)

[104] The provincial superior courts are the ordinary courts of the land and have inherent jurisdiction over all matters, both federal and provincial, except matters for which a different forum has been specified: *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at p. 311; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration*

dixième du *C.c.Q.*, art. 3076 à 3168) : *Van Breda*, par. 21; *Barer c. Knight Brothers LLC*, 2019 CSC 13, [2019] 1 R.C.S. 573, par. 131-132, le juge Brown; G. Saumier, « The Recognition of Foreign Judgments in Quebec — The Mirror Crack'd? » (2002), 81 *R. du B. can.* 677, p. 693.

[103] Ainsi, ce n'est pas la compétence inhérente des cours supérieures provinciales qui les autorise parfois à exercer leurs pouvoirs sur des opérations extraterritoriales ou transnationales (c.-à-d. à l'égard de personnes ou de biens qui ne sont pas situés à l'intérieur des limites territoriales de la province). Ce sont plutôt les règles du droit international privé — lesquelles sont d'origine législative ou prétorienne — qui les y autorisent. La compétence inhérente d'une cour supérieure est l'un des aspects de sa compétence générale, qu'elle exerce, en principe, seulement sur *son* territoire :

> [TRADUCTION] Le terme « compétence inhérente de la cour » n'est pas synonyme du terme « compétence de la cour » utilisé sans qualificatif ni description : ces termes ne sont pas interchangeables, puisque la compétence « inhérente » de la cour n'est qu'une portion ou un aspect de sa compétence générale. La compétence générale de la Haute Cour à titre de cour supérieure d'archives est, de manière générale, illimitée et sans restriction en ce qui a trait à toutes les questions de droit de fond, tant civiles que criminelles, sous réserve de la compétence qui lui a été retirée en termes non équivoques par un texte législatif. Les décisions de la Haute Cour ne sont soumises au contrôle d'aucune autre juridiction, sauf par un appel interjeté en bonne et due forme. Elle exerce par ailleurs une compétence judiciaire totale sur l'ensemble des affaires concernant l'administration générale de la justice dans son ressort. Sa compétence générale comprend donc l'exercice d'une compétence inhérente. [Nous soulignons; note de bas de page omise.]
>
> (I. H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, p. 23-24)

[104] Les cours supérieures provinciales constituent les tribunaux de droit commun du pays; elles ont une compétence inhérente sur toutes les matières relevant de la compétence fédérale ou provinciale, sauf sur celles pour lesquelles un autre tribunal a été désigné : *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4

Canada Ltd., [1989] 1 S.C.R. 206, at pp. 217-18; *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743, at para. 30. In Quebec, as this Court explained in *Three Rivers Boatman Ltd. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] S.C.R. 607, at p. 618, art. 33 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01 ("*C.C.P.*") (then art. 31 f.*C.C.P.*), codifies this principle of public law based on the common law.

[105] Title III of the *C.C.P.* concerns — as its name indicates — the jurisdiction of courts. In that title, art. 33 *C.C.P.* is located in Chapter I, "Subject-Matter Jurisdiction of Courts", and not in Chapter II, "Territorial Jurisdiction of Courts". The Quebec Superior Court's *inherent jurisdiction* is therefore an aspect of its subject-matter jurisdiction (or jurisdiction *ratione materiae*), not an aspect of its territorial jurisdiction (or jurisdiction *ratione personae vel loci*):

> . . . subject matter competence refers to the ability of the court to hear the type of dispute in question, considering issues such as whether its jurisdiction was limited by statute. It deals with criteria that are not connected to the territorial reach of the court's authority and rarely raise issues of private international law. [Emphasis added; footnote omitted.]

(Pitel and Rafferty, at pp. 58-59)

[106] Private international law, on the other hand, is concerned with territorial jurisdiction: J.-G. Castel, *Droit international privé québécois* (1980), at p. 660. The rules of subject-matter jurisdiction play a limited role in private international law. By definition, however, the rules of territorial jurisdiction impose territorial limits on the authority of provincial superior courts to exercise their subject-matter jurisdiction, including their inherent powers. In Quebec, for example, although "procedural law recognizes the courts' inherent powers to deal with situations not provided for in the law or the rules of practice", the fact remains that "civil procedure is subject to

R.C.S. 289, p. 311; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, p. 217-218; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743, par. 30. Comme l'a expliqué notre Cour dans l'arrêt *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607, p. 618, l'art. 33 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 (« *C.p.c.* ») (alors l'art. 31 a.*C.p.c.*) codifie au Québec ce principe de droit public basé sur la common law.

[105] Le titre III du *C.p.c.* porte, comme son nom l'indique, sur la compétence des tribunaux. On y retrouve l'art. 33 *C.p.c.,* situé dans le chapitre I intitulé « La compétence d'attribution des tribunaux », et non dans le chapitre II intitulé « La compétence territoriale des tribunaux ». La *compétence inhérente* de la Cour supérieure du Québec est donc l'un des aspects de sa compétence d'attribution (ou compétence *ratione materiae*), et non l'un de ceux de sa compétence territoriale (ou compétence *ratione personae vel loci*) :

> [TRADUCTION] . . . la compétence *ratione materiae* renvoie à la capacité de la cour d'entendre le type de litige en cause, en tenant compte notamment de la question de savoir si sa compétence a été restreinte par un texte législatif. Cette compétence concerne des éléments qui ne sont pas liés à la portée territoriale du pouvoir de la cour et soulève rarement des questions de droit international privé. [Nous soulignons; note en bas de page omise.]

(Pitel et Rafferty, p. 58-59)

[106] Le droit international privé s'intéresse, au contraire, à la compétence territoriale : J.-G. Castel, *Droit international privé québécois* (1980), p. 660. Les règles de la compétence d'attribution jouent un rôle restreint en droit international privé. Cependant, les règles de la compétence territoriale imposent par définition des restrictions territoriales au pouvoir des cours supérieures provinciales d'exercer leur compétence d'attribution, y compris leurs pouvoirs inhérents. Par exemple, au Québec, si « le droit procédural reconnaît des pouvoirs inhérents aux tribunaux pour régler des situations non prévues par la loi ou les règles de pratique », il reste que la « procédure

the general principles found in the *Civil Code of Québec*", including the rules of private international law set out in Book Ten: *Lac d'Amiante*, at paras. 37 and 40; arts. 25 and 49 *C.C.P*.

[107] Provincial superior courts inherited their "inherent jurisdiction" from the English royal courts of justice, of which they are direct descendants: T. A. Cromwell, "Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada" (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027, at pp. 1030-31, quoted in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 32. But those courts do not have any *inherent jurisdiction* to determine proprietary or possessory rights in immovable property situated abroad (as a result of the "foreign immovable rule" in the common law jurisdictions and of art. 3152 *C.C.Q.* in Quebec); in fact, they have no jurisdiction whatsoever to rule on the existence of such rights (Pitel and Rafferty, at pp. 53 and 330-31; A. Briggs, *The Conflict of Laws* (3rd ed. 2013), at p. 50; Castel, at p. 660).

[108] Nor do those courts have inherent jurisdiction to authorize service of pleadings *ex juris* (i.e., out of their jurisdiction): see, on this point, *Abela v. Baadarani*, [2013] UKSC 44, [2013] 4 All E.R. 119, at para. 45. Rather, the power to do so was conferred on them by statute, that is, by the *Common Law Procedure Act, 1852* (U.K.), 15 & 16 Vict., c. 76: J. Swan, "The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 271, at p. 294; see also Pitel and Rafferty, at p. 54; E. Edinger, "Territorial Limitations on Provincial Powers" (1982), 14 *Ottawa L. Rev.* 57, at p. 66.

[109] There is no reason to think that the situation in Quebec is any different, given that there *too*, legislation is the primary source of the rules of private international law: Castel, at p. 24; *The Scottish Metropolitan Assurance Company Limited v. Graves*, [1955] C.S. 88.

[110] Our comments on this point are consistent with this Court's decision in *Hunt*. In that case, the Court held that a Quebec statute whose "purpose

civile est soumise aux principes généraux que l'on retrouve dans le *Code civil du Québec* », ce qui comprend les règles du droit international privé figurant au Livre dixième : *Lac d'Amiante*, par. 37 et 40; art. 25 et 49 *C.p.c.*

[107] Les cours supérieures provinciales ont hérité leur « compétence inhérente » des cours royales de justice anglaises, dont elles descendent directement : T. A. Cromwell, « Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada » (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027, p. 1030-1031, cité dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 32. Or, ces cours n'ont aucune *compétence inhérente* pour statuer sur des droits de propriété ou de possession relatifs à des immeubles situés à l'étranger (suivant la « règle portant sur les immeubles étrangers » dans les juridictions de common law et, au Québec, suivant l'art. 3152 *C.c.Q.*); ces cours sont en fait totalement incompétentes pour se prononcer sur l'existence de tels droits (Pitel et Rafferty, p. 53, 330-331; A. Briggs, *The Conflict of Laws* (3e éd. 2013), p. 50; Castel, p. 660).

[108] Ces cours n'ont pas non plus de compétence inhérente pour autoriser la signification d'actes de procédure *ex juris* (c.-à-d. hors de leur ressort) : voir, à ce sujet, *Abela c. Baadarani*, [2013] UKSC 44, [2013] 4 All E.R. 119, par. 45. Ce pouvoir leur a plutôt été conféré par la loi, en l'occurrence la *Common Law Procedure Act, 1852* (R.-U.), 15 & 16 Vict., c. 76 : J. Swan, « The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws » (1985), 63 *R. du B. can.* 271, p. 294; voir aussi Pitel et Rafferty, p. 54; E. Edinger, « Territorial Limitations on Provincial Powers » (1982), 14 *R.D. Ottawa* 57, p. 66.

[109] Il n'y a aucune raison de croire que la situation au Québec serait différente, puisque la loi y est *aussi* la source principale des règles du droit international privé : Castel, p. 24; *The Scottish Metropolitan Assurance Company Limited c. Graves*, [1955] C.S. 88.

[110] Ce que nous venons d'affirmer est compatible avec le jugement de notre Cour dans l'affaire *Hunt*. La Cour y a déclaré qu'une loi québécoise

[was] to impede successful litigation or prosecution in other jurisdictions" than Quebec was constitutionally inapplicable in British Columbia: p. 327. At issue was whether the British Columbia Supreme Court had jurisdiction to rule on the constitutionality of the Quebec statute. In finding that it did have such jurisdiction, this Court relied, not on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which "is silent on the jurisdictional point *per se*" (p. 313), but rather on the *inherent jurisdiction* and *general jurisdiction* of the provincial superior courts, that is, their *subject-matter* jurisdiction, and stressed that such jurisdiction "must include a determination of whether the laws sought to be applied are constitutionally valid" (p. 312 (emphasis added); see also p. 313).

[111] *Hunt* therefore did not concern the British Columbia Supreme Court's *territorial* jurisdiction over the dispute and the parties, which had been definitively confirmed in related legal proceedings: pp. 297 and 315-16. In private international law terms, *Hunt* actually concerned choice of law rather than the jurisdiction of the British Columbia Supreme Court. The dispute was properly before that court, which should normally have applied its *own* rules of procedure regarding discovery (and in particular r. 2(5) of the British Columbia *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90). However, the Quebec defendants had raised, as a "lawful excuse" for failing to comply with the rule in question, a Quebec statute that prohibited the removal from Quebec of documents of business concerns that were required in judicial processes outside that province: p. 296. This Court stressed "the right of any superior court to consider and make findings of fact respecting the law of another jurisdiction for the purposes of litigation before it": p. 308. The Quebec statute was "a material fact in relation to the public policy of British Columbia": p. 308.

[112] We note that Quebec's rules of private international law also exclude the application of "[t]he provisions of the law of a foreign State . . . if their

qui avait « pour objet d'empêcher qu'il y ait des litiges ou des poursuites couronnés de succès dans d'autres ressorts » que le Québec était constitutionnellement inapplicable en Colombie-Britannique : p. 327. Il s'agissait de savoir si la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité de la loi québécoise. En répondant par l'affirmative, la Cour s'est fondée, non pas sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lequel « est silencieux sur la question de compétence comme telle » (p. 313), mais plutôt sur la *compétence inhérente* et la *compétence générale* des cours supérieures provinciales c'est-à-dire sur leur compétence *d'attribution*, et a souligné qu'une telle compétence « doit inclure le pouvoir de décider si les lois que l'on cherche à appliquer sont constitutionnelles » (p. 312 (nous soulignons); voir aussi p. 313).

[111] L'arrêt *Hunt* ne portait donc pas sur la compétence *territoriale* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique à l'égard du litige et des parties; cette compétence territoriale avait été définitivement confirmée à l'issue de procédures judiciaires connexes : p. 297 et 315-316. En termes de droit international privé, l'arrêt *Hunt* portait en réalité sur le choix de la loi applicable, plutôt que sur la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. En effet, cette dernière, valablement saisie du litige, aurait normalement dû appliquer ses *propres* règles de procédure en matière de communication de la preuve (notamment le par. 2(5) des *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, de la Colombie-Britannique). Or, les défendeurs du Québec avaient soulevé comme « excuse légitime » pour ne pas s'y conformer une loi québécoise qui interdisait de transporter hors du Québec des documents d'entreprises exigés relativement à des procédures judiciaires à l'extérieur du Québec : p. 296. La Cour a alors souligné « le droit de toute cour supérieure d'examiner la loi d'un autre ressort pour les fins du litige dont elle est saisie et de tirer des conclusions de fait à cet égard » : p. 308. La loi québécoise était « un fait pertinent quant à l'ordre public de la Colombie-Britannique » : p. 308.

[112] Nous notons que les règles québécoises de droit international privé excluent tout autant « [l]'application des dispositions de la loi d'un État

application would be manifestly inconsistent with public order as understood in international relations": art. 3081 *C.C.Q.* We would add that it has long been established that a party who argues in the courts of one province for the *direct* application of a law of another province "will invariably be met with refusal, on the ground that if such operation was intended by the legislating province then the statute is to that extent *ultra vires*", given that "[a] direct application of a foreign rule is, of course, a breach of the territoriality principle and naturally provokes outbursts from courts as to the limits of the legislative jurisdiction of the other province": Edinger, at p. 67.

étranger [. . .] lorsqu'elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales » : art. 3081 *C.c.Q.* Il faut de plus souligner qu'il est établi depuis longtemps qu'une partie qui invoque une loi d'une province *directement* devant les tribunaux d'une autre ([TRADUCTION] « essuira invariablement un refus, au motif que si une telle opération était souhaitée par la province qui a légiféré, la loi est dans cette mesure *ultra vires* », puisque « l'application directe d'une règle étrangère est, bien entendu, une violation du principe de territorialité et provoque naturellement des débordements des tribunaux quant aux limites de la compétence législative de l'autre province » : Edinger, p. 67.

[113] In short, it is the rules of private international law — not the inherent jurisdiction of provincial superior courts — that sometimes authorize those courts to exercise their powers with respect to persons or property not situated within the province's territory. It is therefore not possible to disregard these rules and rely solely on an inherent jurisdiction that is, in principle, exercisable only within the province. The rules of private international law are of a different, legislative nature and confer authority. In other words, only these rules can authorize the extraterritorial exercise of a power that otherwise is limited to a single territory. The rules of private international law must of course themselves be consistent with the territorial limits created by the Constitution: *Van Breda*, at paras. 21 and 34; J. Walker, *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (6th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 1-5; *Dupont v. Taronga Holdings Ltd.*, [1987] R.J.Q. 124 (Sup. Ct.), at p. 127. This is the subject to which we now turn.

[113] Bref, ce sont les règles du droit international privé — et non la compétence inhérente des cours supérieures provinciales — qui les autorisent parfois à exercer leurs pouvoirs à l'égard de personnes ou de biens qui ne sont pas situés à l'intérieur des limites territoriales de la province. On ne peut donc les écarter pour ne s'en remettre qu'à une compétence inhérente qui ne peut, en principe, s'exercer que sur le territoire de la province. Les règles du droit international privé sont d'une nature différente, législative, et sont autorisatrices. En d'autres mots, elles peuvent à elles seules autoriser l'exercice extraterritorial d'un pouvoir qui, autrement, est limité à un seul territoire. Bien sûr, les règles du droit international privé doivent elles-mêmes respecter les limites territoriales prévues par la Constitution : *Van Breda*, par. 21 et 34; J. Walker, *Castel & Walker : Canadian Conflict of* Laws (6e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 1-5; *Dupont c. Taronga Holdings Ltd.*, [1987] R.J.Q. 124 (C.S.), p. 127. C'est ce point que nous allons maintenant examiner.

(2) Constitutional Territorial Limits

(2) Limites territoriales prévues par la Constitution

[114] As the AGC points out in his factum, the existing Aboriginal and treaty rights of the Indigenous peoples of Canada are recognized and affirmed by the Constitution. However, Canada also has a "constitutional framework which limits the external reach of provincial laws and of a province's courts": *Van*

[114] Comme le souligne le PGC dans son mémoire, les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés par la Constitution. Cependant, il existe aussi au Canada un « cadre constitutionnel qui limite la portée extraterritoriale

Breda, at para. 21. And as this Court has already recognized, the Constitution assigns powers to the provinces but limits the exercise of those powers to each province's territory: para. 21. These territorial restrictions created by the Constitution are inherent in the Canadian federation:

> . . . in a federal system it is obvious that a province, whose government is elected by and responsible to only those people within its territory, should not have extensive powers outside its territory where other provincial governments have a better claim to govern. It is not surprising to find, therefore, that the Constitution Act, 1867 couches provincial legislative power in terms which rather plainly impose a territorial limitation on the scope of the power. The sections allocating power to the provincial Legislatures, namely, ss. 92, 92A, 93 and 95, open with the words "In each province"; and each class of subjects listed in s. 92 as within provincial legislative power contains the phrase "in the province" or some other indication of a territorial limitation. [Emphasis added; footnote omitted.]

(P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 13-4)

[115] The territorial limits on the jurisdiction of provincial authorities "reflect the requirements of order and fairness underlying Canadian federal arrangements": *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 27. These constitutional limits affect provincial *legislative* jurisdiction, but also, as a consequence, provincial *adjudicative* jurisdiction. As this Court stated in *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1065, "the courts would appear to be limited in exercising their powers to the same extent as the provincial legislatures" (see also Swan, at p. 309). Under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, provincial legislative authority is limited to "The Administration of Justice in the Province". It follows that the jurisdiction of a provincial superior court constituted under this provision is also necessarily limited to the province's territory: see, in this regard, *McGuire v. McGuire*, [1953] O.R. 328 (C.A.), at

des lois provinciales et des tribunaux provinciaux » : *Van Breda*, par. 21. En effet, et comme notre Cour l'a déjà reconnu, la Constitution attribue des pouvoirs aux provinces, mais elle n'en autorise l'exercice que sur leur territoire : par. 21. Ces restrictions territoriales prévues par la Constitution sont inhérentes à la fédération canadienne :

> [TRADUCTION] . . . dans un système fédéral, il est évident qu'une province, dont le gouvernement n'est élu que par les citoyens qui y résident et qui n'est responsable qu'envers ceux-ci, ne devrait pas avoir de pouvoirs étendus en dehors de son territoire, où les gouvernements d'autres provinces sont mieux placés pour y gouverner. Il n'est donc pas surprenant que la *Loi constitutionnelle de 1867* répartisse le pouvoir législatif provincial en des termes qui limitent assez clairement sa portée sur le plan territorial. Le libellé des dispositions qui confèrent un pouvoir aux législatures provinciales, soit les art. 92, 92A, 93 et 95, débute par les mots « Dans chaque province » ou « La législature de chaque province » et chaque catégorie de sujets énumérés à l'art. 92 comme relevant du pouvoir législatif provincial contient l'expression « dans la province » ou une autre indication d'une limitation territoriale. [Nous soulignons; note en bas de page omise.]

(P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 13-4)

[115] Les limites territoriales de la compétence des autorités provinciales « reflètent les exigences d'ordre et d'équité qui sous-tendent les structures fédérales canadiennes » : *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 27. Ces limites constitutionnelles affectent la compétence provinciale *législative*, mais aussi, par voie de conséquence, la compétence provinciale *juridictionnelle*. En effet, comme notre Cour l'a affirmé dans *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, à la p. 1065, « il semblerait que les tribunaux soient limités dans l'exercice de leurs pouvoirs de la même façon que les législatures provinciales » (voir aussi Swan, p. 309). Or, le pouvoir législatif des provinces au titre du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est limité à « [l]'administration de la justice dans la province ». Il s'ensuit que la compétence des cours supérieures provinciales constituées en vertu de ce paragraphe est elle aussi

p. 334; *Re Vantel Broadcasting Co. Ltd. and Canada Labour Relations Board* (1962), 35 D.L.R. (2d) 620 (B.C.C.A.), at p. 624.

[116] Furthermore, the powers flowing from the rules of private international law are based on the provinces' legislative jurisdiction under s. 92(13) ("Property and Civil Rights") and s. 92(14) ("The Administration of Justice") of the *Constitution Act, 1867*, and are *expressly* limited by the words "in the Province": G. D. Watson and F. Au, "Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from Morguard" (2000), 23 *Adv. Q.* 167, at pp. 175-76.

(3) Conclusion on General Comments

[117] In the above discussion, we have laid down the applicable analytical framework. In deciding the appeal, the first question to be asked is whether the rules of private international law in Book Ten of the *C.C.Q.* give the Quebec Superior Court jurisdiction over an application for the recognition or protection of Aboriginal title or other Aboriginal or treaty rights in land situated outside Quebec. If the answer is no, no further analysis is required, since a provincial superior court does not have *inherent jurisdiction* over immovable property situated outside the province. If the answer is yes, however, it must then be asked whether such a rule of private international law that gives the Quebec Superior Court jurisdiction over immovable property situated outside Quebec is consistent with the Constitution: R. E. Sullivan, "Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces" (1985), 7 *S.C.L.R.* 511, at p. 512.

[118] This analytical framework is not altered by the fact that Aboriginal rights are a public law concept (B. Slattery, "The Constitutional Dimensions of Aboriginal Title" (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 45, at p. 47) or that they fall under federal common law (*Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313 ("*Calder* (1973)"); *Roberts v.*

nécessairement limitée au territoire de la province : voir, en ce sens, *McGuire c. McGuire*, [1953] O.R. 328 (C.A.), p. 334; *Re Vantel Broadcasting Co. Ltd. and Canada Labour Relations Board* (1962), 35 D.L.R. (2d) 620 (C.A. C.-B.), p. 624.

[116] En outre, les pouvoirs conférés par les règles du droit international privé relèvent de la compétence législative provinciale au titre des par. 92(13) (« [l]a propriété et les droits civils ») et 92(14) (« [l]'administration de la justice ») de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sont *expressément* limités par les termes « dans la province » : G. D. Watson et F. Au, « Constitutional Limits on Service Ex Juris : Unanswered Questions from Morguard » (2000), 23 *Adv. Q.* 167, p. 175-176.

(3) Conclusion sur les observations générales

[117] Les propos qui précèdent posent le cadre d'analyse applicable. Pour trancher le pourvoi, il faut, dans un premier temps, se demander si les règles du droit international privé figurant au Livre dixième du *C.c.Q.* confèrent à la Cour supérieure du Québec la compétence d'entendre une demande en reconnaissance ou en protection d'un titre ancestral ou d'autres droits ancestraux ou issus de traités sur des terres qui sont situées à l'extérieur du Québec. Dans la négative, aucune autre analyse n'est nécessaire puisqu'une cour supérieure provinciale n'a aucune *compétence inhérente* à l'égard d'un immeuble situé à l'extérieur de la province. Cependant, dans l'affirmative, on se demandera, dans un second temps, si une telle règle du droit international privé conférant compétence à la Cour supérieure du Québec à l'égard d'un immeuble situé à l'extérieur du Québec est conforme à la Constitution : R. E. Sullivan, « Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces » (1985), 7 *S.C.L.R.* 511, p. 512.

[118] Ce cadre d'analyse n'est aucunement modifié par le fait que les droits ancestraux font partie du droit public (B. Slattery, « The Constitutional Dimensions of Aboriginal Title » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 45, p. 47) ou relèvent de la common law fédérale (*Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313 (« *Calder* (1973) »);

Canada, [1989] 1 S.C.R. 322, at p. 340; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 28).

[119] First, the *C.C.Q.* is not limited to "private law" rules; rather, it is the "*jus commune*" of Quebec, as is expressly stated in its preliminary provision. Therefore, in the matters to which it relates — including the jurisdiction of Quebec authorities, which is the subject of Title Three of Book Ten — the *C.C.Q.* encompasses certain aspects of public law: *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663, at paras. 28-29; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, at paras. 15-21; A.-F. Bisson, "La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec"* (1999), 44 *McGill L.J.* 539; D. Lemieux, "L'impact du *Code civil du Québec* en droit administratif" (1994), 15 *Admin. L.R.* (2d) 275, at pp. 295-97; J.-M. Brisson, "Le Code civil, droit commun?", in *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992* (1993), 292, at pp. 312-14. Moreover, [TRANSLATION] "[the] boundary between public law and private law . . . is much less clear in Canada and in Quebec than it is in continental Europe", and "it is quite easy to accept that this type of mixed relationship [at the boundary between public law and private law] is in principle covered by private international law": G. Goldstein and E. Groffier, *Droit international privé*, vol. I, *Théorie générale* (1998), at No. 6.

[120] Second, contrary to the suggestion of the Superior Court judge in this case (at para. 107) and to that of our colleagues (at para. 63), the jurisdiction of the provincial superior courts cannot be expanded simply because a case raises issues of federal or constitutional law.

[121] In *Vantel*, at issue was whether a provincial superior court could exercise its power to review a decision of a federal board, the Canada Labour Relations Board, which had certified three unions as bargaining agents for the employees of Vantel Broadcasting Co. Ltd. Vantel had applied to the British Columbia Supreme Court for a writ of *certiorari* in order to have the certificates of certification

Roberts c. Canada, [1989] 1 R.C.S. 322, p. 340; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 28).

[119] Premièrement, le *C.c.Q.* ne contient pas seulement des règles de « droit privé »; il constitue plutôt le « droit commun » du Québec, comme l'énonce expressément sa disposition préliminaire. Ainsi, dans les matières auxquelles il se rapporte — ce qui comprend la compétence des autorités québécoises, qui fait l'objet du titre troisième du Livre dixième — le *C.c.Q.* couvre certains aspects de droit public : *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 28-29; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 15-21; A.-F. Bisson, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* » (1999), 44 *R.D. McGill* 539; D. Lemieux, « L'impact du *Code civil du Québec* en droit administratif » (1994), 15 *Admin. L.R.* (2d) 275, p. 295-297; J.-M. Brisson, « Le Code civil, droit commun? », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992* (1993), 292, p. 312-314. De plus, « [la] frontière entre le droit public et le droit privé [est] beaucoup moins claire au Canada et au Québec qu'elle ne l'est en Europe continentale », et l'« on peut assez facilement admettre que ce type de relations mixtes [à la frontière entre le droit public et le droit privé] est couvert en principe par le droit international privé » : G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale* (1998), n° 6.

[120] Deuxièmement, et contrairement à ce qu'a suggéré le juge de la Cour supérieure en l'espèce (par. 107) et à ce que proposent nos collègues (par. 63), la compétence des cours supérieures provinciales ne saurait être étendue du seul fait qu'un litige soulève des questions de droit fédéral ou constitutionnel.

[121] Dans *Vantel*, il s'agissait de décider si une cour supérieure provinciale pouvait exercer son pouvoir de contrôle judiciaire à l'égard d'un organisme fédéral, à savoir le Conseil canadien des relations du travail, qui avait accrédité trois syndicats à titre d'agents de négociation des employés de Vantel Broadcasting Co. Ltd. Cette dernière avait alors présenté devant la Cour suprême de la

quashed. The application judge had concluded that the British Columbia Supreme Court had no jurisdiction over the Board because its head office was in Ontario and not in British Columbia. However, Vantel and all its employees were residents of British Columbia, and the British Columbia Court of Appeal allowed the appeal on that basis. In support of its conclusion that the British Columbia Supreme Court had jurisdiction over the dispute and the parties, the Court of Appeal stressed that the Board's decision affected *only* rights that existed *in British Columbia*: pp. 626-28, per Davey J.A., and pp. 634-36, per Sheppard J.A.

[122] In the case at bar, it cannot be argued that the dispute concerns *only* real rights in immovable property situated *in Quebec*, given that the Innu are claiming, by way of a declaratory judgment, Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights in [TRANSLATION] "[the] parts of Nitassinan that are affected by the IOC megaproject", including the "parts" situated in Newfoundland and Labrador: Notice of Constitutional Questions, A.R., vol. II, at p. 113. The recognition of Aboriginal title by way of a declaratory judgment is binding on governments and therefore necessarily affects the rights and powers of the governments in question, including those of the provincial government:

> The guarantee of Aboriginal rights in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, like the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, operates as a limit on federal and provincial legislative powers. The *Charter* forms Part I of the *Constitution Act, 1982*, and the guarantee of Aboriginal rights forms Part II. Parts I and II are sister provisions, both operating to limit governmental powers, whether federal or provincial. Part II Aboriginal rights, like Part I *Charter* rights, are held against government — they operate to prohibit certain types of regulation which governments could otherwise impose. These limits have nothing to do with whether something lies at the core of the federal

Colombie-Britannique, au moyen d'un bref de *certiorari*, une demande de contrôle judiciaire visant à faire annuler les certificats d'accréditation. Le juge de première instance avait conclu à l'absence de compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique à l'égard du Conseil, puisque le siège de celui-ci se trouvait en Ontario, et non en Colombie-Britannique. Vantel et tous ses employés étaient cependant résidents de la Colombie-Britannique. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donc accueilli l'appel. Au soutien de sa conclusion selon laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait compétence sur le litige et sur les parties, la Cour d'appel a souligné que la décision du Conseil affectait *seulement* des droits se trouvant *en Colombie-Britannique* : p. 626-628, le juge Davey, et p. 634-636, le juge Sheppard.

[122] En l'espèce, il n'est pas possible de soutenir que le litige concerne *seulement* des droits réels sur un immeuble situé *au Québec*. En effet, les Innus revendiquent par voie de jugement déclaratoire un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités sur « [l]es parties du Nitassinan affectées par le mégaprojet d'IOC », y compris sur celles de ces « parties » qui sont situées à Terre-Neuve-et-Labrador : Avis de questions constitutionnelles, d.a., vol. II, p. 113. Or, la reconnaissance de l'existence d'un titre ancestral par voie de jugement déclaratoire est opposable aux gouvernements, et affecte par conséquent nécessairement les droits et pouvoirs de ces gouvernements, y compris ceux du gouvernement provincial :

> Tout comme le fait la *Charte canadienne des droits et libertés*, la protection des droits ancestraux garantie à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* vient limiter l'exercice des pouvoirs législatifs fédéraux et provinciaux. La *Charte* constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la protection des droits ancestraux constitue la partie II. Les parties I et II sont apparentées et limitent toutes deux l'exercice des pouvoirs gouvernementaux, qu'ils soient fédéraux ou provinciaux. Les droits garantis à la partie II, tout comme les droits garantis par la *Charte* à la partie I, sont opposables au gouvernement — ils ont pour effet d'interdire certains types de réglementation

government's powers. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 142)

[123] Moreover, Aboriginal title "is a burden on the Crown's underlying title": *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 145. Section 109 of the *Constitution Act, 1867* vests this underlying title in the provincial Crowns and qualifies provincial ownership by making it subject to "any Interest other than that of the Province". Aboriginal title is one such interest: see also Sch., s. 37 of the *British North America Act, 1949* (U.K.), 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 22 (reprinted as *Newfoundland Act* in R.S.C. 1985, App. II, No. 32); *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 380; *Delgamuukw*, at para. 175; *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.); *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 59 ("*Haida Nation*"). The content of the provincial Crown's underlying title is thus "what is left when Aboriginal title is subtracted from it" (*Tsilhqot'in Nation*, at para. 70) and can be described as consisting of "a fiduciary duty owed by the Crown to Aboriginal people when dealing with Aboriginal lands, and the right to encroach on Aboriginal title if the government can justify this in the broader public interest under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*" (para. 71).

[124] In addition, the notice of constitutional questions sent by the Innu to the attorneys general of Canada, Quebec and Newfoundland and Labrador includes a list of 27 statutes or regulations of the province of Newfoundland and Labrador whose constitutional validity or applicability they are challenging: A.R., vol. II, at pp. 115-16. And it is expressly stated in that notice that the Crown of Newfoundland and Labrador has violated its constitutional and

que les gouvernements pourraient autrement imposer. Ces limites n'ont rien à voir avec la question de savoir si une activité fait partie du contenu essentiel des pouvoirs du gouvernement fédéral. [Nous soulignons; soulignement dans l'original omis.]

(*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 142)

[123] En outre, le titre ancestral « grève le titre sous-jacent de la Couronne » : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 145. L'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue ce titre sous-jacent aux couronnes provinciales, et limite ce droit de propriété provincial en le subordonnant à « tous intérêts autres que ceux que peut [. . .] avoir la province ». Le titre ancestral constitue un tel intérêt : voir également ann., art. 37 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949* (R.-U), 12, 13 &14 Geo. 6, c. 22 (reproduit sous l'intitulé *Loi sur Terre-Neuve* dans L.R.C. 1985, app. II, nº 32); *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 380; *Delgamuukw*, par. 175; *St. Catherine's Milling and Lumber Company c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.); *Nation haïda c. Colombie-Britanique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 59 (« *Nation haïda* »). Le contenu du titre sous-jacent de la couronne provinciale est donc « ce qui reste après la soustraction du titre ancestral » (*Nation Tsilhqot'in*, par. 70) et peut être décrit comme « une obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones à l'égard des terres ancestrales et le droit de porter atteinte au titre ancestral si le gouvernement peut démontrer que l'atteinte est justifiée dans l'intérêt général du public en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » (par. 71).

[124] De plus, l'avis de questions constitutionnelles transmis par les Innus aux procureurs généraux du Canada, du Québec et de Terre-Neuve-et-Labrador comprend une liste de 27 lois ou règlements de la province de Terre-Neuve-et-Labrador dont la validité ou l'applicabilité constitutionnelle est contestée par les Innus : d.a., vol. II, p. 115-116. Il y est aussi expressément affirmé que la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador aurait violé ses obligations

fiduciary duties as well as its duty to consult and accommodate the Innu: p. 125.

[125] In short, this is not a case in which the jurisdiction of the Quebec Superior Court over the entire dispute is self-evident because *only* rights that exist *in Quebec* would be at issue. On the contrary, there is a clear external element. Nor is it a case in which the Quebec Superior Court would have to exercise its inherent jurisdiction in order to determine whether the statutes and regulations of Newfoundland and Labrador being challenged by the Innu are constitutional even though its territorial jurisdiction over the entire dispute has been definitively confirmed. In that respect, none of the conditions from *Hunt* are met in this case: (1) it cannot be said that the issue of the constitutionality of these statutes and regulations of Newfoundland and Labrador has arisen only incidentally in the ordinary course of litigation; (2) these statutes and regulations of Newfoundland and Labrador do not affect any real interest in Quebec that would ground the jurisdiction of the Quebec Superior Court; and (3) the Innu are not arguing that there is no reasonable likelihood of the constitutionality of these statutes and regulations of Newfoundland and Labrador being challenged otherwise (*Hunt*, at pp. 309-10, 313 and 315; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2017 QCCA 756, at para. 18 (CanLII); Walker, at p. 2-4). For these reasons, the Quebec Superior Court has jurisdiction over the entire dispute — including the issue of the existence of Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights in land situated outside Quebec — only if the rules of private international law give it that jurisdiction, and only if those rules can survive constitutional scrutiny.

B. *Jurisdiction of Quebec Authorities*

[126] The general criterion for jurisdiction in private international law is the defendant's domicile (art. 3134 *C.C.Q.*). However, as that provision expressly indicates, the general rule it states is subsidiary in nature: the rule applies only "[i]n the absence of any special provision". The "special provisions" in the *Civil Code* that displace this subsidiary rule

constitutionnelles et fiduciaires, ainsi que ses obligations de consultation et d'accommodement envers les Innus : p. 125.

[125] En somme, il ne s'agit pas d'un cas où la compétence de la Cour supérieure du Québec sur l'ensemble du litige s'impose comme une évidence du fait que *seuls* des droits situés *au Québec* seraient en jeu. Au contraire, le dossier présente un élément évident d'extranéité. Il ne s'agit pas non plus d'un cas où la Cour supérieure du Québec serait appelée à exercer sa compétence inhérente afin de statuer sur la constitutionnalité des lois et règlements de Terre-Neuve-et-Labrador qui sont contestés par les Innus alors que sa compétence territoriale sur l'ensemble du litige serait définitivement confirmée. À cet égard, il n'est satisfait à aucune des conditions de l'arrêt *Hunt* en l'espèce : (1) on ne peut pas dire que la constitutionnalité de ces lois et règlements de Terre-Neuve-et-Labrador se pose seulement accessoirement dans le cours normal d'un litige; (2) ces lois et règlements de Terre-Neuve-et-Labrador n'affectent aucun intérêt réel au Québec qui justifierait la compétence de la Cour supérieure du Québec; et (3) les Innus ne prétendent pas que la constitutionnalité de ces lois et règlements de Terre-Neuve-et-Labrador n'est pas raisonnablement susceptible d'être autrement contestée (*Hunt*, p. 309-310, 313 et 315; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2017 QCCA 756, par. 18 (CanLII); Walker, p. 2-4). Pour ces raisons, la Cour supérieure du Québec n'est compétente sur l'ensemble du litige, y compris sur la question de l'existence d'un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités sur des terres qui sont situées à l'extérieur du Québec, que si les règles du droit international privé lui confèrent une telle compétence, et seulement si ces règles résistent à un examen constitutionnel.

B. *Compétence des autorités québécoises*

[126] Le critère général de compétence en droit international privé est le domicile du défendeur (art. 3134 *C.c.Q.*). Or, comme le prévoit expressément cette disposition, la règle générale qu'elle énonce a un caractère subsidiaire : elle s'applique seulement « [e]n l'absence de disposition particulière ». Les « dispositions particulières » prévues

govern the international jurisdiction of Quebec authorities over personal actions of an extrapatrimonial and family nature (arts. 3141 to 3147 *C.C.Q.*), personal actions of a patrimonial nature (arts. 3148 to 3151 *C.C.Q.*) and real or mixed actions (arts. 3152 to 3154 *C.C.Q.*). It is therefore necessary to characterize the Innu's action in order to determine the international jurisdiction of Quebec authorities in this case. Is it a *personal action of an extrapatrimonial and family nature*, a *personal action of a patrimonial nature*, or a *real* or *mixed action*?

(1) Characterization of the Innu's Action

(a) *"Personal Action", "Real Action" and "Mixed Action" Concepts*

[127] Private international law must be interpreted on the basis of the *lex fori*, because it is necessary to [TRANSLATION] "favou[r], as a matter of principle, the application of domestic civil law characterizations in private international law": C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (3rd ed. 2011), at No. 412; art. 3078 para. 1 *C.C.Q.*; *Gauthier v. Bergeron*, [1973] C.A. 77, at p. 79; see also G. Goldstein and E. Groffier, *Droit international privé*, vol. II, *Règles spécifiques* (2003), at No. 311; G. Goldstein, *Droit international privé*, vol. 2, *Compétence internationale des autorités québécoises et effets des décisions étrangères (Art. 3134 à 3168 C.C.Q.)* (2012), at p. 273. The personal action, real action and mixed action concepts referred to in the special provisions of Title Three of Book Ten of the *C.C.Q.* should therefore be defined on the basis of Quebec law: Emanuelli, at No. 412.

[128] In civil law, a "real action" is an "[a]ction, remedy, to have a real right, in rem, acknowledged or protected (right of ownership, servitude, usufruct, mortgage); it is of a movable nature if the real right which is exercised bears on a movable thing [and] of an immovable nature if the right bears on an immovable. Ex. The action to claim back the ownership of an immovable as in a petitory action": *Bern v. Bern*, [1995] R.D.J. 510 (C.A.), at p. 516

par le *Code civil* et qui écartent cette règle subsidiaire régissent la compétence internationale des autorités québécoises selon qu'il est question d'une action personnelle à caractère extrapatrimonial et familial (art. 3141 à 3147 *C.c.Q.*), d'une action personnelle à caractère patrimonial (art. 3148 à 3151 *C.c.Q.*) ou d'une action réelle ou mixte (art. 3152 à 3154 *C.c.Q.*). Ainsi, pour déterminer la compétence internationale des autorités québécoises en l'espèce, il nous incombe de qualifier l'action des Innus. S'agit-il d'une *action personnelle à caractère extrapatrimonial et familial*, d'une *action personnelle à caractère patrimonial* ou encore d'une *action réelle* ou *mixte*?

(1) Qualification de l'action des Innus

a) *Notions d'« action personnelle », d'« action réelle » et d'« action mixte »*

[127] L'interprétation du droit international privé doit être effectuée en fonction de la *lex fori* puisqu'il faut « favorise[r] l'application de principe des qualifications du droit civil interne en droit international privé » : C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (3e éd. 2011), n° 412; art. 3078 al. 1 *C.c.Q.*; *Gauthier c. Bergeron*, [1973] C.A. 77, p. 79; voir aussi G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. II, *Règles spécifiques* (2003), n° 311; G. Goldstein, *Droit international privé*, vol. 2, *Compétence internationale des autorités québécoises et effets des décisions étrangères (Art. 3134 à 3168 C.c.Q.)* (2012), p. 273. Ainsi, les notions d'action personnelle, d'action réelle et d'action mixte auxquelles renvoient les dispositions particulières du titre troisième du Livre dixième du *C.c.Q.* doivent être définies en fonction du droit québécois : Emanuelli, n° 412.

[128] En droit civil, une « action réelle » est une « [a]ction par laquelle on demande la reconnaissance ou la protection d'un droit réel (droit de propriété, servitude, usufruit, hypothèque) et qui est mobilière si le droit réel exercé porte sur un meuble [et] immobilière si le droit porte sur un immeuble. Ex. action en revendication d'un immeuble » : *Bern c. Bern*, [1995] R.D.J. 510 (C.A.), p. 516 (nous soulignons), citant G. Cornu, dir., *Vocabulaire juridique* (4e éd.

(emphasis added), citing G. Cornu, ed., *Vocabulaire juridique* (4th ed. 1994), at p. 21, "*action réelle*" (real action) (English translation taken from G. Cornu, ed., *Dictionary of the Civil Code* (2014), at p. 22); see also H. Reid, with the collaboration of S. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (5th ed. 2015), at p. 27, "*action réelle*" (real action); *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons* (2nd ed. 1991), at p. 359, "real action".

1994), p. 21, « action réelle »; voir aussi H. Reid, avec la collaboration de S. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (5e éd. 2015), p. 27, « action réelle »; *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues* (2e éd. 1991), p. 31, « action réelle ».

[129] The concept of "real action" can be contrasted with that of "personal action", which can be defined as follows:

[129] La notion d'« action réelle » s'oppose à la notion d'« action personnelle », qui se définit comme une

> Action for the purpose of acknowledging the existence or the protection of a personal right (a claim), whatever its source or origin (a contract, a quasi-contract, a delict, a quasi-delict); a personal action is, in general, of a movable nature, like the right to claim a debt which the creditor wants paid (ex. action to collect a loan of money); however this action can take on an immovable nature whenever the claim itself is immovable in nature. Ex. the action for the transfer of so many acres of land in a subdivision. [Emphasis added.]

> [a]ction par laquelle on demande la reconnaissance ou la protection d'un droit personnel (d'une créance) quelle qu'en soit la source (contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit) et qui est, en général, mobilière, comme la créance dont l'exécution est réclamée (ex. action en recouvrement d'un prêt d'argent) mais qui peut être immobilière, si cette créance l'est aussi. Ex. l'action en délivrance de tant d'hectares de terre dans un terrain de lotissement. [Nous soulignons.]

(*Bern*, at p. 516, citing Cornu, *Vocabulaire juridique*, at p. 21, "*action personnelle*" (personal action) (English translation taken from Cornu, *Dictionary of the Civil Code*, at p. 21); see also Reid, at p. 26, "*action personnelle*" (personal action); *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons*, at p. 319, "personal action".)

(*Bern*, par. 516, citant Cornu, p. 21, « action personnelle »; voir aussi Reid, p. 26, « action personnelle »; *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, p. 29-30, « action personnelle ».)

[130] Finally, a "mixed action" is an [TRANSLATION] "[a]ction both to have a real right acknowledged and to have an obligation performed. Ex. action for resolution of a sale brought against a buyer for failure to pay the price; action by an acquirer or a donee seeking to be given possession of an immovable of which the acquirer has become the owner by sale or the donee by gift": *Bern*, at p. 516, citing Cornu, *Vocabulaire juridique*, at p. 20, "*action mixte*" (mixed action); see also Reid, at p. 25, "*action mixte*" (mixed action); *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons*, at p. 273, "mixed action"; R. Savoie and L.-P. Taschereau, *Procédure civile*, vol. I, *Introduction, Théorie générale, Organisation judiciaire, Action en justice* (1973), at p. 70. There

[130] Enfin, l'« action mixte » est une « [a]ction par laquelle le demandeur agit tout à la fois en reconnaissance d'un droit réel et en exécution d'une obligation. Ex. l'action en résolution de la vente exercée contre l'acheteur pour défaut de paiement du prix; l'action par laquelle l'acquéreur ou le donataire demande à être mis en possession de l'immeuble dont il est devenu propriétaire par la vente ou la donation » : *Bern*, p. 516, citant Cornu, p. 20, « action mixte »; voir aussi Reid, p. 25, « action mixte »; *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, p. 28, « action mixte »; R. Savoie et L.-P. Taschereau, *Procédure civile*, t. I, *Introduction*, *Théorie générale, Organisation judiciaire, Action en justice* (1973), p. 70. Il existerait deux catégories « traditionnelles »

are two [TRANSLATION] "traditional" categories of mixed actions: "actions for the performance of a juridical act that created or transferred a real right while also giving rise to a claim" and "actions for the resolution, review or annulment of an act transferring or creating a real right" (Goldstein and Groffier (1998), at No. 151, citing H. Reid, with the collaboration of C. Carrier and L. Fontaine, *Code de procédure civile du Québec: Complément jurisprudence et doctrine* (4th ed. 1988), at p. 85; see also Savoie and Taschereau, at pp. 71-72). Put simply, [TRANSLATION] "[w]hether an action is classified as real or personal depends on the rights sought to be asserted; the action is mixed where both real rights and personal rights are sought to be asserted": *Domaine de l'Isle aux Oyes Inc. v. D'Aragon*, [1984] R.D.J. 171 (C.A.), at p. 173; see also A.-F. Debruche, *Équité du juge et territoires du droit privé* (2008), at p. 37.

[131] In this case, the AGNL is not challenging the jurisdiction of Quebec authorities over the *entire* dispute; he is challenging *only* their jurisdiction to consider the aspect of the Innu's action whose purpose, according to him, is to obtain the recognition or protection of Aboriginal title or other Aboriginal or treaty rights in land situated *outside* Quebec: A.F., at para. 60. He argues that this aspect of the Innu's action is "real" because Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights are "real rights" for the purposes of private international law. Quebec authorities therefore lack jurisdiction under art. 3152 *C.C.Q.*, since the property in dispute is not situated in Quebec: paras. 68-85.

[132] The Innu acknowledge that Aboriginal title is an interest in land, [TRANSLATION] "but not a real right for the purposes of the classification of property according to the rules of private international law": R.F., at para. 32. They argue that other Aboriginal or treaty rights are "activity rights" (para. 112) without a "specific connection with the land" (para. 111 (emphasis deleted)). They characterize their action as a personal action because, they submit, it is simply an extracontractual civil liability action brought against private corporations, IOC and QNS&L: paras. 66 and 79. It is therefore not a real action: paras. 120-29. Quebec authorities would therefore have jurisdiction

d'actions mixtes : « . . . celles qui visent à l'exécution d'un acte juridique qui a créé ou transféré un droit réel tout en donnant naissance à un droit de créance » et « celles qui visent à la résolution, à la révision ou à l'annulation d'un acte translatif ou créateur d'un droit réel » (Goldstein et Groffier (1998), n° 151, citant H. Reid, avec la collaboration de C. Carrier et L. Fontaine, *Code de procédure civile du Québec : Complément jurisprudence et doctrine* (4e éd. 1988), p. 85; voir aussi Savoie et Taschereau, p. 71-72). Dit simplement, « [l]a classification d'une action comme réelle ou personnelle dépend des droits qu'on cherche à faire valoir; l'action est mixte lorsqu'elle cherche à faire valoir et des droits réels et des droits personnels » : *Domaine de l'Isle aux Oyes Inc. c. D'Aragon*, [1984] R.D.J. 171 (C.A.), p. 173; voir également A.-F. Debruche, *Équité du juge et territoires du droit privé* (2008), p. 37.

[131] En l'espèce, le PGTNL ne conteste pas la compétence des autorités québécoises sur l'*entièreté* du litige; il conteste leur compétence *seulement* pour entendre le volet de l'action des Innus qui vise selon lui à faire reconnaître ou à protéger un titre ancestral ou d'autres droits ancestraux ou issus de traités sur des terres qui sont situées *à l'extérieur* du Québec : m.a., par. 60. Il soumet que ce volet de l'action des Innus est « réel », puisque le titre ancestral et les autres droits ancestraux ou issus de traités seraient des « droits réels » aux fins du droit international privé. Le bien en litige n'étant pas situé au Québec, les autorités québécoises ne seraient par conséquent pas compétentes au titre de l'art. 3152 *C.c.Q.* : par. 68-85.

[132] Les Innus reconnaissent que le titre ancestral est un droit foncier — « mais pas un droit réel aux fins de la classification des biens selon les règles de droit international privé » : m.i., par. 32. Les autres droits ancestraux ou issus de traités seraient des « droits-activités » (par. 112) sans aucun « rapport précis au territoire » (par. 111 (soulignement omis)). Ils qualifient leur action d'action personnelle, puisqu'il s'agit selon eux d'une simple action en responsabilité civile extracontractuelle dirigée contre des sociétés privées, à savoir IOC et QNS&L : par. 66 et 79. Il ne s'agirait donc pas d'une action réelle : par. 120-129. Les défenderesses étant domiciliées au

under arts. 3134 and 3148 para. 1(1) and (3) *C.C.Q.*, since the defendants are domiciled in Quebec and injury has been suffered there. The Innu emphasize the *sui generis* nature of Aboriginal rights, which, they argue, are "unclassifiable" on the basis of traditional property law concepts: paras. 101-5.

[133] This Court has in fact recognized the *sui generis* nature of Aboriginal rights: see, for example, *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1112. Aboriginal title is described as "*sui generis*" particularly "in order to distinguish it from 'normal' proprietary interests", but also because "its characteristics cannot be completely explained by reference either to the common law rules of real property or to the rules of property found in aboriginal legal systems": *Delgamuukw*, at para. 112 (emphasis added). The law of Aboriginal rights is "neither English nor aboriginal in origin: it is a form of intersocietal law that evolved from long-standing practices linking the various communities": *Van der Peet*, at para. 42, citing B. Slattery, "The Legal Basis of Aboriginal Title", in F. Cassidy, ed., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen* (1992), 113, at pp. 120-21. It follows that Aboriginal title is a *sui generis* interest that cannot "be described with reference to traditional property law concepts": *Delgamuukw*, at para. 190, per La Forest J.; see also *Tsilhqot'in Nation*, at para. 72. In this area, the terminology drawn from general property law is, in other words, "somewhat inappropriate": *Guerin*, at p. 382, per Dickson J. (as he then was).

[134] However, classification problems such as this are common in private international law given that this area of the law is an essentially national one yet its purpose is specifically to resolve conflicts of law or of jurisdiction that arise when a dispute transcends different legal systems: Goldstein and Groffier (1998), at No. 58.

[135] In the case at bar, Book Ten of the *C.C.Q.* and its Title Three, which defines the international jurisdiction of Quebec authorities, have their basis

Québec et un préjudice y ayant été subi, les autorités québécoises seraient par conséquent compétentes au titre des art. 3134 et 3148 al. 1(1) et (3) *C.c.Q.* Les Innus insistent sur le caractère *sui generis* des droits ancestraux qui seraient « inclassifiables » selon les notions traditionnelles du droit des biens : par. 101-105.

[133] De fait, notre Cour a reconnu le caractère *sui generis* des droits ancestraux : voir, par exemple, *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1112. Le qualificatif « *sui generis* » est employé à propos du titre ancestral en particulier « afin de le différencier des intérêts de propriété "ordinaires" », mais également parce qu'il est « impossible d'expliquer entièrement ses caractéristiques en fonction soit des règles du droit des biens en common law soit des règles relatives à la propriété prévues par les régimes juridiques autochtones » : *Delgamuukw*, par. 112 (nous soulignons). Le droit relatif aux droits ancestraux n'est « ni d'origine anglaise, ni d'origine autochtone : il s'agit d'une forme de droit intersociétal, découlant de l'évolution de pratiques de longue date liant les diverses collectivités » : *Van der Peet*, par. 42, citant B. Slattery, « The Legal Basis of Aboriginal Title », dans F. Cassidy, dir., *Aboriginal Title in British Columbia : Delgamuukw v. The Queen* (1992), p. 113, 120-121. Il en résulte que le titre ancestral est un droit *sui generis* qui ne peut pas « être décrit au moyen des concepts traditionnels du droit des biens » : *Delgamuukw*, par. 190, le juge La Forest; voir aussi *Nation Tsilhqot'in*, par. 72. Autrement dit, dans ce domaine, la terminologie tirée du droit général des biens est « quelque peu inadéquate » : *Guerin*, p. 382, le juge Dickson (plus tard juge en chef).

[134] Cependant, le droit international privé est couramment confronté à des difficultés semblables de classification, du fait qu'il s'agit d'un domaine du droit essentiellement national, mais dont la vocation est précisément de résoudre les conflits de lois ou de juridictions qui se présentent lorsqu'un litige transcende différents systèmes juridiques : Goldstein et Groffier (1998), n° 58.

[135] En l'espèce, le Livre dixième du *C.c.Q.* et son titre troisième définissant la compétence internationale des autorités québécoises sont d'inspiration

in the civil law, but the aspect of the Innu's action whose purpose, according to the AGNL, is to obtain the recognition and protection of Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights, is grounded in federal common law, as this Court has previously noted: *Calder* (1973); *Roberts*, at p. 340; *Van der Peet*, at para. 28. Aboriginal and treaty rights are thus an institution that is *absent* from the civil law: K. Anker, "Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights in the Civilian Imagination", in A. Popovici, L. Smith and R. Tremblay, eds., *Les intraduisibles en droit civil* (2014), at p. 4.

[136] How is such a classification problem to be resolved? In our view, we must [TRANSLATION] "consider our rules to be the species of a genus that can include other species": H. Batiffol and P. Lagarde, *Droit international privé* (7th ed. 1981), vol. 1, at No. 297. In other words, [TRANSLATION] "the characterizations that exist in domestic civil law should not necessarily be adopted in private international law": H. P. Glenn, "Droit international privé", in *La réforme du Code civil*, vol. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires* (1993), 669, at p. 676. Where a domestic institution is [TRANSLATION] "ill-suited to a foreign law institution, which is too different from the corresponding institution in the forum or even completely unknown" (Goldstein and Groffier (1998), at No. 61), it is sufficient if the *foreign* institution is *analogous* to or *resembles* a domestic one:

> [TRANSLATION] Characterizing the legal question therefore means finding, in the claim made in the case (or the "minor" premise of the syllogism), the *abstract* sort of questions making up the connecting category of the conflict rule (or the "major" premise of the syllogism). This abstraction in formulating a category is necessary in order for the category to encompass a large number of claims, based on any legal system but having an analogous "nature" or, more accurately, function, which, for this reason, the maker of the conflict rule believes must be attached to the same connecting factor. This is why the expressions used to define these connecting categories — "matrimonial regime", "marriage", "effects of marriage", etc. — derive from domestic law but only *resemble* them. In reality, they describe analogous types of domestic relationships to which certain rules of the forum normally apply, but

civiliste, mais le volet de l'action des Innus qui, selon le PGTNL, vise la reconnaissance et la protection d'un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités, repose à cet égard sur la common law fédérale, comme nous l'avons déjà signalé : *Calder* (1973); *Roberts*, p. 340; *Van der Peet*, par. 28. En ce sens, les droits ancestraux ou issus de traités sont une institution *étrangère* au droit civil : K. Anker, « Translating *Sui Generis* Aboriginal Rights in the Civilian Imagination », dans A. Popovici, L. Smith et R. Tremblay, dir., *Les intraduisibles en droit civil* (2014), p. 4.

[136] Comment résoudre un tel problème de classification? À notre avis, il s'agit de « considérer nos règles comme les espèces d'un genre qui peut en comprendre d'autres » : H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé* (7e éd. 1981), t. 1, n° 297. Autrement dit, « les qualifications qui existent en droit civil interne ne doivent pas nécessairement être adoptées en droit international privé » : H. P. Glenn, « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires* (1993), 669, p. 676. Lorsqu'une institution interne « ne convien[t] pas à une institution du droit étranger, trop différente de celle qui y correspond dans le for, ou même totalement inconnue » (Goldstein et Groffier (1998), nº 61), il suffit alors que l'institution *étrangère* soit *analogue* ou *ressemble* à une institution interne :

> Qualifier la question légale signifie donc retrouver dans la prétention de l'espèce (ou la proposition « mineure » du syllogisme) le type *abstrait* de questions formant la catégorie de rattachement de la règle de conflit (ou la proposition « majeure » du syllogisme). Cette abstraction dans la formulation d'une catégorie est nécessaire pour pouvoir y englober un grand nombre de prétentions, fondées sur n'importe quel système juridique, ayant pourtant une « nature » — ou plus exactement une fonction — analogue, que l'auteur de la règle de conflit considère pour cette raison devoir être jointes à un même facteur de rattachement. C'est pourquoi les expressions utilisées pour définir ces catégories de rattachement — « régime matrimonial »; « mariage »; « effets du mariage », etc. — proviennent du droit interne, mais ne font que leur *ressembler*. Elles décrivent en réalité des types analogues de

which, in the particular case, could equally be subject to foreign rules. Given the purpose of the conflict rules, it is therefore not necessary to adhere to the domestic definitions of concepts used to define the connecting categories of private international law. [Emphasis added; footnote omitted; No. 59.]

[137] The question that arises here is therefore the following: which domestic civil law institution do Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights *resemble*, or are they *analogous* to? To answer this question and to [TRANSLATION] "determine whether the subject to be classified fits into a particular category", "[i]t remains necessary . . . to analyze its elements [and] to understand its structure in order to reach a conclusion": Batiffol and Lagarde, at No. 294. In other words, in order to characterize the aspect of the Innu's action in respect of which the AGNL is challenging the Quebec authorities' jurisdiction — that is, the aspect whose purpose is to obtain the recognition and protection of Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights — it is necessary to consider the nature of Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights in greater detail. For this purpose, federal common law may, of course, be taken into account: art. 3078 para. 2 *C.C.Q.*

[138] With all due respect, our colleagues are mistaken in characterizing this approach as "piecemeal": para. 36. The goal is not to change the nature of the rights of Indigenous peoples; quite the contrary, like our colleagues, we recognize the *sui generis* nature of Aboriginal rights, and we do not, as they imply, maintain that such rights are an "amalgam of real rights and personal rights": para. 35. Rather, we recognize that it is inherent in the nature of private international law to be confronted with institutions that are unknown to it. That is why these rules must be approached with some flexibility so as to include institutions that, although legally distinct, are analogous to the categories recognized by the civil law.

relations internes auxquelles normalement certaines règles du for s'appliquent, mais qui, en l'espèce, pourraient aussi bien être soumises à des règles étrangères. En raison du but des règles de conflit, on n'est donc pas tenu de respecter les définitions internes de notions utilisées pour définir les catégories de rattachement du droit international privé. [Nous soulignons; note en bas de page omise; n° 59.]

[137] La question qui se pose en l'espèce est donc la suivante : à quelle institution interne du droit civil le titre ancestral et les autres droits ancestraux ou issus de traités *ressemblent*-ils ou sont-ils *analogues*? Pour y répondre et « savoir si l'objet à classer entre ou non dans telle catégorie », « [e]ncore faut-il [. . .] analyser ses éléments [et] connaître sa structure pour pouvoir en juger » : Batiffol et Lagarde, n° 294. Autrement dit, pour qualifier le volet de l'action des Innus à l'égard duquel le PGTNL conteste la compétence des autorités québécoises — soit le volet qui vise à faire reconnaître et à protéger un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités — il est nécessaire d'étudier plus en détail la nature de ce titre ancestral et de ces autres droits ancestraux ou issus de traités. À cette fin, la common law fédérale peut évidemment être prise en considération : art. 3078 al. 2 *C.c.Q.*

[138] En tout respect, nos collègues se méprennent lorsqu'ils caractérisent la présente démarche « [d]'approche fragment[ée] » : par. 36. Il ne s'agit pas de dénaturer les droits des peuples autochtones, bien au contraire; nous reconnaissons comme eux le caractère *sui generis* des droits ancestraux et ne prétendons en rien qu'il s'agirait plutôt d'un « amalgame de droits réels et de droits personnels », comme ils le laissent entendre : par. 35. Nous reconnaissons plutôt qu'il est de la nature du droit international privé d'être confronté à des institutions qui lui sont étrangères. C'est pourquoi ces règles doivent être envisagées avec une certaine souplesse, de manière à inclure des institutions qui, quoique juridiquement distinctes, demeurent analogues aux catégories reconnues par le droit civil.

(b) *Characterization of Aboriginal Title and Other Aboriginal or Treaty Rights for the Purposes of Private International Law*

[139] In the civil law, real rights are (1) rights *in* property, and (2) as a result, enforceable *erga omnes* — that is, against the whole world: [TRANSLATION] "Real rights are those which, because of the very fact that they create an immediate and direct relationship between a thing and the person who has more or less complete power over it, are exercisable not only against a specific person, but in relation to and against the whole world" (*Domaine de l'Isle aux Oyes Inc.*, at p. 173, citing C. Aubry and C. Rau, *Cours de droit civil français: D'après la méthode de Zachariae* (5th ed. 1897), vol. 2, at p. 72; see also Cornu, *Dictionary of the Civil Code*, at p. 483, "*droit réel*" (real right); Reid, at p. 233, "*droit réel*" (real right); *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Property* (2012), at pp. 158-59, "real right"; P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2nd ed. 2007), at p. 173; D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (8th ed. 2018), at p. 65; S. Normand, *Introduction au droit des biens* (2nd ed. 2014), at p. 38. A. Montpetit and G. Taillefer define a real right as [TRANSLATION] "a right enforceable against the whole world that gives a person a direct and immediate legal power over a specific thing": *Traité de droit civil du Québec*, vol. 3, *Les biens, la propriété, l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes réelles, l'emphytéose* (1945), at p. 17. The main real rights are the right of ownership and its dismemberments: arts. 947 and 1119 *C.C.Q.*

[140] In our opinion, Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights are "real rights" for the purposes of private international law, which is to say that they *resemble* or are at least *analogous* to the domestic institution of real rights.

(i) Aboriginal Title

[141] Aboriginal title confers "the right to decide how the land will be used; the right of enjoyment and occupancy of the land; the right to possess the land; the right to the economic benefits of the land; and the right to pro-actively use and manage the land": *Tsilhqot'in Nation*, at para. 73 (emphasis added); see

b) *Qualification du titre ancestral et des autres droits ancestraux ou issus de traités aux fins du droit international privé*

[139] En droit civil, les droits réels sont (1) des droits *sur* un bien, et (2) de ce fait, opposables *erga omnes* — c'est-à-dire à tous : « Les droits réels sont ceux qui, créant un rapport immédiat et direct entre une chose et la personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise, d'une manière plus ou moins complète, sont par cela même susceptibles d'être exercés, non pas seulement contre telle personne déterminée, mais envers et contre tous » (*Domaine de l'Isle aux Oyes Inc.*, p. 173, citant C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français : D'après la méthode de Zachariae* (5e éd. 1897), t. 2, p. 72; voir aussi G. Cornu, dir., *Vocabulaire juridique* (12e éd. 2018), p. 873, « droit réel »; Reid, p. 233, « droit réel »; *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : Les biens* (2012), p. 81, « droit réel »; P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2e éd. 2007), p. 173; D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (8e éd. 2018), p. 65; S. Normand, *Introduction au droit des biens* (2e éd. 2014), p. 38. Les auteurs A. Montpetit et G. Taillefer définissent le droit réel comme « une faculté opposable à tout le monde, et qui donne à une personne un pouvoir juridique direct et immédiat sur une chose déterminée » : *Traité de droit civil du Québec,* t. 3, *Les biens, la propriété, l'usufruit, l'usage, l'habitation, les services réelles, l'emphytéose* (1945), p. 17. Les droits réels principaux sont le droit de propriété ainsi que ses démembrements : art. 947 et 1119 *C.c.Q.*

[140] À notre avis, le titre ancestral et les autres droits ancestraux ou issus de traités sont des « droits réels » aux fins du droit international privé. C'est-à-dire qu'ils *ressemblent* ou sont à tout le moins *analogues* à l'institution interne des droits réels.

(i) Titre ancestral

[141] Le titre ancestral confère « le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive » : *Nation Tsilhqot'in*,

also *Delgamuukw*, at para. 117 ("aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures" (emphasis added)). In other words, "aboriginal title confers . . . the right to the land itself": *Delgamuukw*, at para. 138 (emphasis added). It is "a beneficial interest in the land", and "the title holders have the right to the benefits associated with the land — to use it, enjoy it and profit from its economic development": *Tsilhqot'in Nation*, at para. 70 (emphasis added).

[142] In the instant case, the Innu's action is based in large part on the allegation of an infringement by the defendants, IOC and QNS&L, of the Aboriginal title that the Innu believe they hold in all of Nitassinan, but in particular in the parts of Nitassinan that are affected by the IOC megaproject:

[TRANSLATION] The Innu of UM-MLJ are asserting Aboriginal rights, including Indian title, and existing treaty rights in and to all of Nitassinan, including with respect to the iron ore and other natural resources found there and with respect to everything owned or used there by the defendants. The Innu of UM-MLJ have never surrendered or otherwise lost these rights. Their Aboriginal rights, which predate contact with the Europeans, still exist and are recognized by the common law. These Aboriginal rights and their treaty rights are also constitutionally protected. In addition, all of these rights cannot be prescribed, are not objects of commerce, are non-transferable and are inappropriable without the consent of the Innu of UM-MLJ.

The Innu of UM-MLJ are asserting, in particular, Indian title with respect to all sites affected by IOC's mining projects, including those situated in the part of Nitassinan covered by the areas of Schefferville and Labrador City referred to in paragraphs 40, 41, 59 to 64, 87, 88, 92, 95 and 96, with respect to the bed of the defendants' rail network described in paragraphs 33, 42, 59, 68 and 73, with respect to the land affected by the Menihek and Sainte-Marguerite 2 hydroelectric complexes described in paragraphs 59, 62, 63, 85 and 86, and with

par. 73 (nous soulignons); voir aussi *Delgamuukw*, par. 117 (« le titre aborigène comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive » (nous soulignons)). En d'autres termes, « le titre aborigène confère [. . .] le droit au territoire lui-même » : *Delgamuukw*, par. 138 (nous soulignons). Il s'agit d'« un intérêt bénéficiaire sur les terres », et « les titulaires du titre ont droit aux avantages associés aux terres — de les utiliser, d'en jouir et de profiter de leur développement économique » : *Nation Tsilhqot'in*, par. 70 (nous soulignons).

[142] En l'espèce, l'action des Innus repose en grande partie sur l'allégation d'une violation par les défenderesses IOC et QNS&L du titre ancestral dont ils estiment être titulaires sur tout le Nitassinan, mais en particulier sur les parties du Nitassinan affectées par le mégaprojet d'IOC :

Les Innus de UM-MLJ invoquent les droits ancestraux, y compris le titre indien, et les droits issus de traités existants dans et sur tout le Nitassinan, y compris à l'égard du minerai de fer et autres ressources naturelles s'y trouvant, et, quant aux défenderesses, à l'égard de tout ce qu'elles y possèdent ou utilisent. Les Innus de UM-MLJ n'ont jamais cédé ou autrement perdu ces droits. Leurs droits ancestraux qui datent d'avant le contact avec les Européens existent toujours et sont reconnus par [la] *common law*. De plus, ces droits ancestraux ainsi que leurs droits issus de traités jouissent d'une protection constitutionnelle. Tous ces droits sont également imprescriptibles, hors commerce, incessibles et non susceptibles d'appropriation sans le consentement des Innus de UM-MLJ.

Les Innus de UM-MLJ invoquent en particulier le titre indien à l'égard de tous les sites visés par les projets miniers d'IOC, y compris ceux qui sont situés dans la partie du Nitassinan couverte par les régions de Schefferville et de Labrador City mentionnés aux paragraphes 40, 41, 59 à 64, 87, 88, 92, 95 et 96, à l'égard de l'assiette du réseau ferroviaire des défenderesses décrit aux paragraphes 33, 42, 59, 68 et 73, à l'égard des terres visées par les complexes hydroélectriques de Menihek et Sainte-Marguerite 2 décrits aux paragraphes 59, 62, 63, 85 et 86, et à l'égard

respect to the land situated in the Sept-Îles region on which the defendants have built their port, railway and industrial facilities described in paragraphs 59 and 78 to 84 over an area of more than 11 square kilometres. This Sept-Îles region is also called the "Baie des Sept-Îles region". [Emphasis added.]

(Motion to Institute Proceedings, A.R., vol. II, at pp. 10-11)

[143] The terms "Aboriginal title" and "Indian title" are synonyms; both refer to the concept of a "*[s]ui generis* right in land that originates from the exclusive occupation and use of a specified territory by an aboriginal group over which the group has a native historic attachment": *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Property*, at p. 2, "aboriginal title" (emphasis added).

[144] The Canadian jurisprudence on Aboriginal title began with the Privy Council's decision in *St. Catherine's Milling*, in which Aboriginal title was described as a "personal and usufructuary right": p. 54. The term "usufructuary" was undoubtedly not used in reference to the usufruct of the civil law, which *is* a real right (and not a personal one): arts. 1119 and 1120 *C.C.Q.*; see, in this regard, M. Morin, "La coexistence des systèmes de droit autochtones, de droit civil et de common law au Canada", in L. Perret and A.-F. Bisson, eds., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international* (2003), 159, at p. 167; see also, however, *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, at para. 135, per LeBel J.; Anker, at pp. 10-11.

[145] In 1984, Dickson J., in his concurring reasons in *Guerin*, [TRANSLATION] "stated that there was some truth to the proposition that Aboriginal title is an *interest in land* rather than a *personal* and usufructuary *right*, as the term 'personal right' simply refers to the fact that Aboriginal title is inalienable": Y. Emerich, *Droit commun des biens: perspective transsystémique* (2017), at p. 50. The Court later described Dickson J.'s concurring judgment in *Guerin*

des terres situées dans la région de Sept-Îles sur lesquelles les défenderesses ont construit leurs installations portuaires, ferroviaires et industrielles d'une superficie de plus de onze kilomètres carrés décrites aux paragraphes 59 et 78 à 84. Cette région de Sept-Îles est aussi désignée « la région de la Baie des Sept-Îles ». [Nous soulignons.]

(Requête introductive d'instance, d.a., vol. II, p. 10-11)

[143] Les termes « titre ancestral », « titre aborigène », « titre autochtone » ou « titre indien » sont synonymes; ils désignent tous le concept d'un « [d]roit foncier *sui generis* qui tire son origine de l'occupation et de l'utilisation exclusives par un peuple autochtone d'un territoire déterminé à l'égard duquel celui-ci a un lien d'attachement ancestral » : *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : Les biens*, p. 213, « titre aborigène » (nous soulignons).

[144] Le point de départ de la jurisprudence canadienne sur le titre ancestral est la décision du Conseil privé dans l'affaire *St. Catherine's Milling*, dans laquelle le titre ancestral a été décrit comme étant un [TRADUCTION] « droit personnel, de la nature d'un usufruit » (« *personal and usufructuary right* ») : p. 54. L'emploi du terme « usufruit » ne renvoyait sans doute pas à l'usufruit du droit civil — lequel *est* un droit réel (et non un droit personnel) : art. 1119 et 1120 *C.c.Q.*; voir, à ce sujet, M. Morin, « La coexistence des systèmes de droit autochtones, de droit civil et de common law au Canada », dans L. Perret et A.-F. Bisson, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international* (2003), 159, p. 167; voir aussi, cependant, *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 135, le juge LeBel; Anker, p. 10-11.

[145] En 1984, les motifs concordants du juge Dickson dans l'affaire *Guerin* « décriv[ent] la thèse selon laquelle le titre ancestral constitue un *droit foncier* plutôt qu'un *droit personnel* de type usufructuaire comme comportant une part de vérité, le terme droit personnel faisant simplement référence au caractère inaliénable du titre ancestral » : Y. Emerich, *Droit commun des biens : perspective transsystémique* (2017), p. 50. La Cour a plus tard

as "[t]he starting point in characterizing the legal nature of Aboriginal title": *Tsilhqot'in Nation*, at para. 69.

[146] It was ultimately in *Delgamuukw* that the Court, per Lamer C.J., unequivocally recognized the proprietary (and not merely personal) nature of Aboriginal title, which it described as a "*sui generis* interest in land": paras. 111-12; see especially para. 113:

> The idea that aboriginal title is *sui generis* is the unifying principle underlying the various dimensions of that title. One dimension is its inalienability. Lands held pursuant to aboriginal title cannot be transferred, sold or surrendered to anyone other than the Crown and, as a result, is inalienable to third parties. This Court has taken pains to clarify that aboriginal title is only "personal" in this sense, and does not mean that aboriginal title is a non-proprietary interest which amounts to no more than a licence to use and occupy the land and cannot compete on an equal footing with other proprietary interests: see *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, at p. 677. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

[147] Authors correctly interpret these remarks by Lamer C.J. in *Delgamuukw* as confirming that Aboriginal title is proprietary and not merely personal in nature:

> [TRANSLATION] Where Aboriginal title is recognized, Aboriginal people can exclusively use and occupy the land in question for purposes that need not be integral to their distinctive culture prior to the arrival of the Europeans. They hold an interest in land in the nature of a right of ownership that "is a burden on the Crown's underlying title"; surrender can be made only to the Crown. [Emphasis added; footnote omitted.]
>
> (Morin, at p. 175)

décrit le jugement concordant du juge Dickson dans l'affaire *Guerin* comme « [l]e point de départ de la qualification de la nature juridique du titre ancestral » : *Nation Tsilhqot'in*, par. 69.

[146] C'est finalement sous la plume du juge en chef Lamer, dans l'affaire *Delgamuukw*, que la nature foncière (et non simplement personnelle) du titre ancestral était reconnue sans équivoque par la Cour qu'elle qualifiait de « droit foncier *sui generis* » ou encore d'« intérêt foncier *sui generis* » : par. 111-112; voir surtout au par. 113 :

> L'idée que le titre aborigène a un caractère *sui generis* est le principe unificateur qui sous-tend les différentes dimensions de ce titre. L'une de ces dimensions est l'inaliénabilité du titre aborigène. Les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent être transférées, vendues ou cédées à personne d'autre que la Couronne, et elles sont par conséquent inaliénables. Notre Cour s'est efforcée de préciser que c'est uniquement dans ce sens que le titre aborigène est un droit « personnel », et que cela ne veut pas dire qu'il ne s'agit pas d'un intérêt de propriété, qui ne représente rien de plus qu'une autorisation d'utiliser et d'occuper les terres visées et qui ne peut pas concurrencer sur un pied d'égalité d'autres droits de propriété : *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, à la p. 677. [Nous soulignons; soulignement dans l'original omis.]

[147] La doctrine interprète à juste titre ces propos du juge en chef Lamer dans l'affaire *Delgamuukw* comme confirmant la nature propriétaire et non simplement personnelle du titre ancestral :

> Si le titre ancestral est reconnu, les autochtones peuvent utiliser et occuper les terres visées de façon exclusive à des fins qui ne doivent pas forcément faire partie intégrante de leur culture distinctive antérieurement à l'arrivée des Européens. Ils détiennent un droit foncier de la nature du droit de propriété qui « grève le titre sous-jacent de la couronne »; celle-ci est la seule à pouvoir bénéficier d'une cession. [Nous soulignons; note en bas de page omise.]
>
> (Morin, p. 175)

[TRANSLATION] In characterizing Aboriginal title as a "*sui generis* interest in land", the Court recognized Aboriginal title as a proprietary right and not a personal right, despite its inherent limits. [Emphasis added.]

(Emerich, at pp. 50-51)

So Aboriginal title, while unlike other common law real property interests, is nonetheless "an interest in land." Moreover, it is "a right to the land itself," which "encompasses the right to exclusive use and occupation of land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures." These descriptions of Aboriginal title clearly indicate that it is a real property right, though *sui generis* in nature. . . . It is therefore clear from the *Delgamuukw* decision that Aboriginal title is a proprietary interest in land, though differing from what the Chief Justice called "normal" common law property interests, like the fee simple. Moreover, it includes a right to exclusive use and occupation. The proprietary nature and exclusivity of Aboriginal title are not affected by its *sui generis* aspects, which include its source in occupation of land prior to Crown sovereignty, its inalienability other than by surrender to the Crown, its communal nature, and restrictions on use arising from its inherent limit. [Underlining added; footnotes omitted; italics deleted.]

(K. McNeil, "Aboriginal Title as a Constitutionally Protected Property Right", in O. Lippert, ed., *Beyond the Nass Valley: National Implications of the Supreme Court's Delgamuukw Decision* (2000), 55, at pp. 58 and 61)

[148] In *Tsilhqot'in Nation*, this Court reiterated that "Aboriginal title confers ownership rights similar to those associated with fee simple" (para. 73 (emphasis added)); therefore, "[a]nalogies to other forms of property ownership — for example, fee simple — may help us to understand aspects of Aboriginal title" (para. 72 (emphasis added)), and "like other landowners, Aboriginal title holders of modern times can use their land in modern ways, if that is their choice" (para. 75 (emphasis added)).

En qualifiant le titre ancestral de « droit foncier *sui generis* », la Cour reconnaît le titre ancestral comme un droit propriétaire et non comme droit personnel, malgré les limites qui lui sont propres. [Nous soulignons.]

(Emerich, p. 50-51)

[TRADUCTION] Ainsi, le titre ancestral, bien que différent des autres intérêts immobiliers de common law, est néanmoins « un intérêt foncier ». En outre, il s'agit d'un « droit à la terre elle-même », qui « englobe le droit à l'utilisation et à l'occupation exclusives des terres détenues en vertu de ce titre à diverses fins, qui ne sont pas nécessairement des aspects des pratiques, coutumes et traditions autochtones faisant partie intégrante des cultures autochtones distinctives ». Ces descriptions du titre ancestral indiquent clairement qu'il s'agit d'un droit de propriété réel, bien que de nature *sui generis*. [. . .] Il ressort donc clairement de l'arrêt *Delgamuukw* que le titre ancestral est un intérêt foncier propriétal, bien qu'il diffère de ce que le juge en chef a appelé les droits de propriété « normaux » de la common law, comme le fief simple. De plus, il comprend un droit d'utilisation et d'occupation exclusifs. La nature propriétale et l'exclusivité du titre ancestral ne sont pas affectées par ses aspects *sui generis*, qui comprennent la source d'occupation des terres avant que la Couronne ne proclame sa souveraineté sur elles, son inaliénabilité autre que par cession à la Couronne, sa nature communautaire et les restrictions d'utilisation découlant de sa limite inhérente. [Nous soulignons; notes en bas de page omises; italique omis.]

(K. McNeil, « Aboriginal Title as a Constitutionally Protected Property Right », dans O. Lippert, dir., *Beyond the Nass Valley : National Implications of the Supreme Court's Delgamuukw Decision* (2000), 55, p. 58 et 61)

[148] Dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in*, notre Cour a réitéré que « [l]e titre ancestral confère des droits de propriété semblables à ceux associés à la propriété en fief simple » (par. 73 (nous soulignons)); ainsi, « [d]es analogies avec d'autres formes de propriété — par exemple, la propriété en fief simple — peuvent être utiles pour mieux comprendre certains aspects du titre ancestral » (par. 72 (nous soulignons)) et « tout comme les autres propriétaires fonciers, les titulaires du titre ancestral des temps modernes peuvent utiliser leurs terres de façon moderne, s'ils le veulent » (par. 75 (nous soulignons)).

[149] Moreover, Quebec courts have treated Aboriginal title as a dismemberment of the right of ownership, that is, as a real right: *Première nation de Betsiamites v. Canada (Procureur général)*, 2006 QCCS 2111, at para. 18 (CanLII) ([TRANSLATION] "Aboriginal title . . . in the language of the civil law, amounts to a dismemberment of the right of ownership"); see also, to the same effect, *Première Nation de Pessamit v. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 794, at para. 17 (CanLII).

[150] That being said, the case law of the common law provinces is more ambiguous on this question: *Xeni Gwet'in First Nations v. Riverside Forest Products Ltd.*, 2002 BCSC 1199, 4 B.C.L.R. (4th) 379; *Ahousaht Indian Band v. Attorney General of Canada*, 2006 BCSC 646; *West Moberley First Nations v. British Columbia*, 2007 BCSC 1324, 78 B.C.L.R. (4th) 83; *Cowichan Tribes v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 1575, 1 B.C.L.R. (6th) 214; *Council of the Haida Nation v. British Columbia*, 2017 BCSC 1665, 3 B.C.L.R. (6th) 346 ("*Council of the Haida Nation*"). However, in *Calder v. Attorney-General of British Columbia* (1969), 8 D.L.R. (3d) 59 (B.C.S.C.), Gould J. clearly said that an action seeking a declaratory judgment recognizing Aboriginal title was "*in rem*, *qua* the state of the title to the lands in question" (p. 61); that finding was not questioned on appeal either by the British Columbia Court of Appeal ((1970), 13 D.L.R. (3d) 64) or by this Court (*Calder* (1973)).

[151] Furthermore, Lamer C.J. specifically stated in *Delgamuukw* that a declaratory judgment recognizing Aboriginal title to land would necessarily affect the rights or interests of third parties in relation to the same land, at para. 185:

. . . many aboriginal nations with territorial claims that overlap with those of the appellants did not intervene in this appeal, and do not appear to have done so at trial. This is unfortunate, because determinations of aboriginal title for the Gitksan and Wet'suwet'en will undoubtedly affect their claims as well. This is particularly so because aboriginal title encompasses an exclusive right to the use

[149] Par ailleurs, la jurisprudence québécoise a assimilé le titre ancestral à un démembrement du droit de propriété, c'est-à-dire à un droit réel : *Première nation de Betsiamites c. Canada (Procureur général)*, 2006 QCCS 2111, par. 18 (CanLII) (« un titre aborigène [. . .] en langage de droit civil équivaut à un démembrement du droit de propriété »); voir également, au même effet, *Première Nation de Pessamit c. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 794, par. 17 (CanLII).

[150] Cela dit, la jurisprudence des provinces de common law est plus ambiguë sur cette question : *Xeni Gwet'in First Nations c. Riverside Forest Products Ltd.*, 2002 BCSC 1199, 4 B.C.L.R. (4th) 379; *Ahousaht Indian Band c. Attorney General of Canada*, 2006 BCSC 646; *West Moberley First Nations c. British Columbia*, 2007 BCSC 1324, 78 B.C.L.R. (4th) 83; *Cowichan Tribes c. Canada (Attorney General)*, 2017 BCSC 1575, 1 B.C.L.R. (6th) 214; *Council of the Haida Nation c. British Columbia*, 2017 BCSC 1665, 3 B.C.L.R. (6th) 346 ("*Council of the Haida Nation*"). Pourtant, dans *Calder c. Attorney-General of British Columbia* (1969), 8 D.L.R. (3d) 59 (C.S. C.-B.), le juge Gould a clairement affirmé qu'une action qui vise à obtenir un jugement déclaratoire reconnaissant l'existence d'un titre ancestral est [TRADUCTION] « *in rem*, en fonction de l'état du titre de propriété des terres en question » (p. 61); ce constat n'a pas été remis en question en appel ni par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1970), 13 D.L.R. (3d) 64) ni par notre Cour (*Calder* (1973)).

[151] Dans l'affaire *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer a par ailleurs expressément mentionné qu'un jugement déclaratoire reconnaissant l'existence d'un titre ancestral sur un territoire affecterait nécessairement les droits ou intérêts de tiers à l'égard de ce même territoire, par. 185 :

. . . de nombreuses nations autochtones dont les revendications territoriales chevauchent celles des appelants ne sont pas intervenues dans le présent pourvoi et ne paraissent pas l'avoir fait en première instance. Cette situation est malheureuse parce que les décisions relatives au titre aborigène des Gitksan et des Wet'suwet'en auront indubitablement un effet sur les revendications de ces autres

and occupation of land, i.e., to the exclusion of both non-aboriginals and members of other aboriginal nations. It may, therefore, be advisable if those aboriginal nations intervened in any new litigation. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

[152] Certain passages in *Tsilhqot'in Nation* suggest just as strongly that a declaratory judgment recognizing Aboriginal title would be enforceable against the whole world, that is, against "governments" but also "others seeking to use the land": para. 76; see also para. 97. Authors also recognize that the proprietary, and not merely personal, nature of Aboriginal title makes it a right enforceable against the whole world:

> Aboriginal title is a true property right that may be maintained against the whole world, including the Crown. It is not held at the Crown's pleasure and it cannot be extinguished by a unilateral Crown act under the royal prerogative. Where aboriginal title has been extinguished by valid legislation, it benefits from the common law rule requiring just compensation. [Emphasis added; footnote omitted.]

(B. Slattery, "The Nature of Aboriginal Title", in O. Lippert, ed., *Beyond the Nass Valley: National Implications of the Supreme Court's Delgamuukw Decision* (2000), 11, at p. 22; see also K. McNeil, "Aboriginal Title and the Provinces after *Tsilhqot'in Nation*" (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 67, at p. 86.)

[153] In short, and in light of the relevant case law and academic literature, we conclude that Aboriginal title must clearly be considered a real right for the purposes of private international law. More specifically, Aboriginal title *resembles* or is at least *analogous* to the domestic institution of real rights because (1) it is a right in property, namely the land subject to Aboriginal title, and (2) it is a right enforceable *erga omnes*, that is, against "governments" and "others seeking to use the land". As K. McNeil notes, "the very term 'title' would be a misnomer if Aboriginal land rights were not proprietary": *The Post-Delgamuukw Nature and Content*

nations autochtones, particulièrement en raison du fait que le titre aborigène comprend le droit exclusif d'utiliser et d'occuper des terres, c'est-à-dire de le faire à l'exclusion des non-autochtones et des membres d'autres nations autochtones. Par conséquent, peut-être serait-il souhaitable que ces autres nations autochtones interviennent dans une nouvelle instance. [Nous soulignons; soulignement dans l'original omis.]

[152] Certains passages de l'affaire *Nation Tsilhqot'in* suggèrent tout aussi fortement qu'un jugement déclaratoire reconnaissant l'existence d'un titre ancestral serait opposable à tous, c'est-à-dire aux « gouvernements » mais également aux « autres personnes qui veulent utiliser les terres » : par. 76; voir aussi par. 97. De même, la doctrine reconnaît qu'il découle de la nature propriétaire et non simplement personnelle du titre ancestral qu'il s'agit d'un droit opposable à tous :

> [TRADUCTION] Le titre ancestral est un véritable droit de propriété qui peut être maintenu contre le monde entier, y compris la Couronne. Il n'est pas détenu au gré de la Couronne et il ne peut être éteint par un acte unilatéral de la Couronne en vertu de la prérogative royale. Lorsque le titre ancestral a été éteint par une loi valide, il bénéficie de la règle de common law exigeant une juste compensation. [Nous soulignons; note en bas de page omise.]

(B. Slattery, « The Nature of Aboriginal Title », dans O. Lippert, dir., *Beyond the Nass Valley : National Implications of the Supreme Court's Delgamuukw Decision* (2000), 11, p. 22; voir aussi K. McNeil, « Aboriginal Title and the Provinces after *Tsilhqot'in Nation* » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 67, p. 86.)

[153] En somme, et à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine pertinentes, nous concluons que le titre ancestral doit manifestement être considéré comme constituant un droit réel aux fins du droit international privé. Plus précisément, le titre ancestral *ressemble* ou est à tout le moins *analogue* à l'institution interne des droits réels du fait (1) qu'il s'agit d'un droit sur un bien, en l'occurrence les terres assujetties au titre ancestral et (2) qu'il s'agit d'un droit opposable *erga omnes*, c'est-à-dire opposable aux « gouvernements » et aux « autres personnes qui veulent utiliser les terres ». Comme le souligne K. McNeil, [TRADUCTION] « le terme même de "titre"

of Aboriginal Title (May 2000) (online), at p. 10, referring to B. Rudden, "The Terminology of Title" (1964), 80 *L.Q.R.* 63.

[154] Contrary to what the Court of Appeal suggested in the case at bar, at paras. 13, 67-69, 74-77, 81-82 and 85 of its reasons, the fact that Aboriginal title is *sui generis* in nature does not preclude it from being found to be a proprietary interest (or, more specifically, a real right) for the purposes of private international law. The Court of Appeal concluded that the Innu's action was a [TRANSLATION] "primarily personal" action over which Quebec authorities "have jurisdiction because the IOC and the QNS&LR have their head offices in Quebec" and because the Innu were alleging an injury suffered in Quebec: paras. 15, 52 and 95, with reference to arts. 3134 and 3148 para. 1(1) and (3) *C.C.Q.* However, this Court made it abundantly clear in *Delgamuukw* that "aboriginal title is only 'personal' [because of its inalienability], and does not mean that aboriginal title is a non-proprietary interest": para. 113.

[155] Indeed, at the risk of repeating ourselves, the fact that Aboriginal title is *sui generis* in nature does not mean that it cannot be a proprietary interest or a real right strictly for the purposes of private international law; its *sui generis* nature relates to its source — the prior occupation of Canada by Indigenous peoples — as well as its content and some of its characteristics. Aboriginal title is collective; it cannot be surrendered, except to the Crown; and it has an inherent limit, because the land subject to it cannot be developed or misused in a way that would substantially deprive future generations of the benefit of the land: *Delgamuukw*, at paras. 112-15, 117 and 125-32; *Tsilhqot'in Nation*, at paras. 15, 72-75 and 121. The source, content and characteristics of Aboriginal title simply cannot be completely explained by reference to the common law or civil law rules of property law. This, and *nothing more*, is what is meant when it is said that Aboriginal title is "*sui generis*": on this point, see McNeil, "Aboriginal Title as a Constitutionally Protected Property Right", at p. 61. Therefore, the fact that Aboriginal title is

serait une appellation fautive si les droits fonciers des autochtones ne constituaient pas un intérêt de nature propriétale » : *The Post-Delgamuukw Nature and Content of Aboriginal Title* (mai 2000) (en ligne), p. 10, référant à B. Rudden, « The Terminology of Title » (1964), 80 *L.Q.R.* 63.

[154] Contrairement à ce qu'a suggéré à cet égard la Cour d'appel en l'espèce aux par. 13, 67-69, 74-77, 81-82 et 85 de ses motifs, le caractère *sui generis* du titre ancestral n'empêche pas de conclure qu'il s'agit d'un intérêt de propriété (ou, plus précisément, d'un droit réel) pour les besoins du droit international privé. La Cour d'appel a conclu que l'action des Innus serait « principalement [u]ne action personnelle » à l'égard de laquelle les autorités québécoises seraient « compétent[e]s puisqu'IOC et QNS&L ont leur siège au Québec » et puisque les Innus allèguent un préjudice subi au Québec : par. 15, 52 et 95, référant aux art. 3134 et 3148 al. 1(1) et (3) *C.c.Q.* Pourtant, notre Cour a affirmé on ne peut plus clairement dans l'affaire *Delgamuukw* que « c'est uniquement [par son inaliénabilité] que le titre aborigène est un droit "personnel", et que cela ne veut pas dire qu'il ne s'agit pas d'un intérêt de propriété » : par. 113.

[155] En effet, et au risque de nous répéter, le caractère *sui generis* du titre ancestral ne signifie pas qu'il ne peut s'agir d'un intérêt de propriété ou d'un droit réel strictement au sens du droit international privé; ce caractère *sui generis* se rapporte à l'origine du titre ancestral — à savoir l'occupation antérieure du Canada par les peuples autochtones — de même qu'à son contenu et à certaines de ses caractéristiques. Le titre ancestral est un titre collectif; il ne peut être cédé, sauf à la Couronne; il comporte une limite intrinsèque, car les terres qui y sont assujetties ne peuvent être aménagées ou utilisées d'une façon qui priverait de manière substantielle les générations futures de leur utilisation : *Delgamuukw*, par. 112-115, 117 et 125-132; *Nation Tsilhqot'in*, par. 15, 72-75 et 121. L'origine, le contenu et les caractéristiques du titre ancestral ne peuvent tout simplement pas être entièrement expliqués en fonction des règles du droit des biens en common law ou en droit civil. C'est ce que signifie le qualificatif « *sui generis* » employé à propos du titre ancestral, *rien d'autre* : voir, à ce sujet, McNeil, « Aboriginal Title as a Constitutionally

sui generis in nature does not prevent it from being given a civil law characterization for the purposes of private international law.

(ii) Other Aboriginal or Treaty Rights

[156] What we have just explained about the *sui generis* nature of Aboriginal title applies *mutatis mutandis* to other Aboriginal or treaty rights, which this Court has also described as *sui generis*: *Sparrow*, at p. 1112; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, at para. 35. As Lamer C.J. noted in *Delgamuukw*, Aboriginal rights "fall along a spectrum with respect to their degree of connection with the land": para. 138.

[157] This Court also stated in *Delgamuukw* that "[b]ecause aboriginal rights can vary with respect to their degree of connection with the land, some aboriginal groups may be unable to make out a claim to title, but will nevertheless possess aboriginal rights that are recognized and affirmed by s. 35(1), including site-specific rights to engage in particular activities": para. 139. While it is possible — as the AGNL in fact acknowledges in his factum (at para. 79) — that some Indigenous practices, customs or traditions will be connected to *no* specific territory or location, this Court has nonetheless pointed out that "[a]n aboriginal practice, custom or tradition entitled to protection as an aboriginal right will frequently be limited to a specific territory or location"; as such, "an aboriginal right will often be defined in site-specific terms, with the result that it can only be exercised upon a specific tract of land" (*R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 39 (emphasis added); see also *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at para. 50; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, at paras. 55-56). In our view, this is the case here because — based on the Innu's own allegations in their action and on their admission to this effect in the notice of constitutional questions — the Aboriginal or treaty rights they are claiming *are connected* to Nitassinan; for example:

Protected Property Right », p. 61. Ainsi, le caractère *sui generis* du titre ancestral n'empêche pas sa qualification au sens du droit civil pour les fins du droit international privé.

(ii) Autres droits ancestraux ou issus de traités

[156] Ce que nous venons d'expliquer au sujet du caractère *sui generis* du titre ancestral s'applique *mutatis mutandis* aux autres droits ancestraux ou issus de traités, à propos desquels notre Cour a également employé ce qualificatif : *Sparrow*, p. 1112; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 35. Comme l'a souligné le juge en chef Lamer dans l'affaire *Delgamuukw*, les droits ancestraux « s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé » : par. 138.

[157] Toujours dans l'affaire *Delgamuukw*, notre Cour indiquait « [qu'é]tant donné que les droits ancestraux peuvent varier en fonction de leur degré de rattachement au territoire, il est possible que certains groupes autochtones soient incapables d'établir le bien-fondé de leur revendication d'un titre, mais qu'ils possèdent néanmoins des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), notamment des droits — spécifiques à un site — d'exercer des activités particulières » : par. 139. Même s'il est possible — comme le reconnaît d'ailleurs le PGTNL dans son mémoire (par. 79) — que certaines coutumes, pratiques ou traditions autochtones ne se rattachent à *aucun* endroit ou territoire spécifique, notre Cour a néanmoins déjà souligné qu'« [u]ne coutume, pratique ou tradition autochtone valant d'être protégée en tant que droit ancestral se limitera fréquemment à un endroit ou territoire spécifique »; par conséquent, « un droit ancestral sera souvent défini en fonction d'un site spécifique, avec pour conséquence qu'il ne peut être exercé qu'à cet endroit » (*R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 39 (nous soulignons); voir aussi *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 50; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 55-56). Nous sommes d'avis que c'est le cas ici puisque — selon les propres allégations de l'action des Innus et leur admission à cet effet dans l'avis de questions constitutionnelles — les droits ancestraux ou issus de traités qu'ils revendiquent *se rattachent* au Nitassinan, par exemple :

[TRANSLATION] Well before contact with the Europeans and up to the present time, the plaintiffs the Innu of UM-MLJ and their ancestors have used and frequented Nitassinan in Quebec and in Labrador while pursuing their unique way of life, which includes hunting, fishing, trapping and gathering.

Prior to contact with the Europeans and since that time, the plaintiffs the Innu of UM-MLJ and their ancestors have, in Nitassinan, carried on practices, customs and traditions that are central to the distinctive culture of their Indigenous Innu society.

The plaintiffs the Innu of UM-MLJ and their ancestors have continuously, in their Nitassinan:

(a) lived in Nitassinan, given birth and raised their children, watched over their dead and taken care of their burial, in accordance with their specific way of life;

(b) hunted, trapped, fished and gathered;

(c) exploited, used and enjoyed natural resources and made use of its fruits and products;

(d) obtained their means of sustenance from and lived off the natural resources found there;

(e) benefitted economically from their land;

. . .

The carrying on of these practices, customs and traditions and this way of life based on hunting, fishing, trapping and gathering continued well after contact with the Europeans and has continued up to the present time without extinction or voluntary surrender.

The activities, acts and relationships described in paragraphs 44 to 47 are practices, customs and traditions that are integral to the plaintiffs' distinctive culture, have a close connection with the land and were and are at the core of their identity as Innu.

. . .

RIGHTS ASSERTED BY THE INNU OF UM-MLJ

. . .

Les demandeurs les Innus de UM-MLJ et leurs ancêtres ont, bien avant le contact avec les Européens et ce jusqu'à ce jour, utilisé et fréquenté le Nitassinan au Québec et au Labrador en pratiquant leur mode de vie unique qui comprend notamment la chasse, la pêche, le piégeage et la cueillette.

Avant le contact avec les Européens et depuis, les demandeurs les Innus de UM-MLJ et leurs ancêtres exercent et ont exercé, dans le Nitassinan, des coutumes, pratiques et traditions fondamentales de la culture distinctive de leur société autochtone innue.

Les demandeurs les Innus de UM-MLJ et leurs ancêtres ont continûment dans leur Nitassinan :

(a) vécu dans le Nitassinan, donné naissance et élevé leurs enfants, veillé leurs morts et pris soin de leur donner une sépulture, le tout selon leur mode de vie spécifique;

(b) chassé, pêché, piégé et cueilli;

(c) exploité, utilisé et joui des ressources naturelles et fait usage de ses fruits et produits;

(d) obtenu leurs moyens de subsistance et subsisté grâce aux ressources naturelles qui s'y trouvent;

(e) bénéficié économiquement de leurs territoires;

. . .

L'exercice de ces coutumes, pratiques et traditions et de ce mode de vie basé sur la chasse, la pêche, le piégeage et la cueillette s'est effectivement poursuivi bien après le contact avec les Européens et jusqu'à ce jour sans extinction ou cession volontaire.

Les activités, les faits et les rapports décrits aux paragraphes 44 à 47 constituent des coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive des demandeurs, ont un lien étroit avec le territoire et étaient et sont au cœur de leur identité innue.

. . .

LES DROITS INVOQUÉS PAR LES INNUS DE UM-MLJ

. . .

The Indian title, existing Aboriginal rights and treaty rights of the plaintiffs the Innu of UM-MLJ in and to the part of their Nitassinan that is affected by the IOC megaproject include the right to the exclusive use and occupation of the land in this part of their Nitassinan, the right to hunt, fish and trap in this part of their Nitassinan and the right to enjoy and use all of the natural resources in this part of their Nitassinan.

. . .

Before IOC came to Nitassinan, and even before the Europeans arrived in the Schefferville area, the Innu of UM-MLJ, including their ancestors, frequented and used this traditional territory, in the manner of owners, on a regular basis. They engaged there in their traditional activities, including hunting, trapping, fishing and gathering, in accordance with the Innu way of life, and particularly for sustenance purposes.

. . .

Among other things, the IOC megaproject, and in particular the defendants' operations, facilities and activities, have infringed and are infringing the plaintiffs' constitutional rights and rights under the general law, that is, their Indian title and their Aboriginal and treaty rights. [Emphasis added.]

(Motion to Institute Proceedings, A.R., vol. II, at pp. 9-11, 19-20 and 24)

[158] In our view, the right to hunt, trap, fish and gather, the right to enjoy all natural resources (including iron ore) and the right to use the watercourses of Nitassinan amount to real rights for the purposes of private international law. More specifically, they *resemble* or are at least *analogous* to innominate real rights of enjoyment: see Anker, at pp. 20-22. An Aboriginal right to hunt, trap, fish or gather is certainly a burden on the land and, under certain conditions, could even be exercised on private property: see, for example, *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; see also, on this point, K. McNeil, "Co-Existence of Indigenous Rights and Other Interests in Land in Australia and Canada" (1997), 3 *C.N.L.R.* 1.

Le titre indien, les droits ancestraux existants et les droits issus de traités des demandeurs les Innus de UM-MLJ dans et sur la partie de leur Nitassinan affectée par le mégaprojet d'IOC comprennent le droit à l'usage exclusif et à l'occupation des terres dans cette partie de leur Nitassinan, le droit de chasser, pêcher et piéger dans cette partie de leur Nitassinan ainsi que le droit à la jouissance et à l'usage de l'ensemble des ressources naturelles dans cette partie de leur Nitassinan.

. . .

Avant l'arrivée d'IOC dans le Nitassinan et avant même l'arrivée des Européens dans la région de Schefferville, les Innus de UM-MLJ, y compris leurs ancêtres, fréquentaient et utilisaient ce territoire traditionnel tel que le font des propriétaires, sur une base régulière. Ils y exerçaient leurs activités traditionnelles, y compris la chasse, le piégeage, la pêche et la cueillette, selon le mode de vie innu et notamment à des fins de subsistance.

. . .

Le mégaprojet d'IOC et notamment les opérations, installations et activités des défenderesses ont notamment porté atteinte et portent atteinte aux droits constitutionnels et du droit commun des demandeurs, à savoir le titre indien, les droits ancestraux et les droits issus de traités de ces derniers. [Nous soulignons.]

(Requête introductive d'instance, d.a., vol. II, p. 9-11, 19-20 et 24)

[158] À notre avis, les droits de chasse, de piégeage, de pêche et de cueillette, de jouissance de toutes les ressources naturelles (y compris du minerai de fer) et d'utilisation des cours d'eau du Nitassinan sont assimilables à des droits réels aux fins du droit international privé. Plus précisément, ils *ressemblent* ou sont à tout le moins *analogues* à des droits réels de jouissance innommés : voir Anker, p. 20-22. Un droit ancestral de chasse, de piégeage, de pêche ou de cueillette est sans aucun doute une charge grevant la terre et, à certaines conditions, ce droit pourrait même être exercé sur une propriété privée : voir, par exemple, *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; voir aussi, à ce sujet, K. McNeil, « Co-Existence of Indigenous Rights and Other Interests in Land in Australia and Canada » (1997), 3 *C.N.L.R.* 1.

[159] Indeed, Quebec judges and authors now generally acknowledge the existence of innominate real rights of enjoyment, that is, dismemberments of ownership that are not expressly provided for by statute: Emerich, at p. 306; Lafond, at p. 758; M. Cantin Cumyn, "De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés: Essai sur l'énumération limitative des droits réels" (1986), 46 *R. du B.* 3; *Matamajaw Salmon Club v. Duchaine*, [1921] 2 A.C. 426 (P.C.); *Procureur général du Québec v. Club Appalaches inc.*, [1999] R.J.Q. 2260 (C.A.); *Anglo Pacific Group PLC v. Ernst & Young inc.*, 2013 QCCA 1323, [2013] R.J.Q. 1264. Article 1119 *C.C.Q.* states that "[u]sufruct, use, servitude and emphyteusis are dismemberments ["*des démembrements*" in French] of the right of ownership and are real rights". The choice of words in the French version seems to suggest that the legislature did not intend to enact an exhaustive, closed list of real rights in Quebec law. As Professor Emerich explains, at p. 307:

> [TRANSLATION] A number of innominate real rights have been recognized in Quebec civil law, including the right to cut wood and the rights to hunt and fish. Rights to extract minerals or plant materials from the ground, to use the water power of a river or to operate a sugar bush may also be found. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[160] Professor B. Ziff notes in this regard that some Aboriginal rights are analogous to *profits à prendre*: *Principles of Property Law* (7th ed. 2018), at p. 443; see, to the same effect, *Bolton v. Forest Pest Management Institute* (1985), 66 B.C.L.R. 126 (C.A.). *Profits à prendre* in the common law are similar to innominate real rights of enjoyment in the civil law: Emerich, at p. 304.

[161] The intervener Tsawout First Nation argues in its factum that Aboriginal rights short of Aboriginal title do not constitute proprietary interests or real rights because they are not *exclusive*: para. 27. It notes that an Indigenous group with an Aboriginal right to fish or hunt in a specific territory

[159] En effet, la jurisprudence et la doctrine québécoises admettent généralement aujourd'hui l'existence de droits réels de jouissance innommés, c'est-à-dire de démembrements de la propriété qui ne sont pas expressément prévus par la loi : Emerich, p. 306; Lafond, p. 758; M. Cantin Cumyn, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : Essai sur l'énumération limitative des droits réels » (1986), 46 *R. du B.* 3; *Matamajaw Salmon Club c. Duchaine*, [1921] 2 A.C. 426 (C.P.); *Procureur général du Québec c. Club Appalaches inc.*, [1999] R.J.Q. 2260 (C.A.); *Anglo Pacific Group PLC c. Ernst & Young inc.*, 2013 QCCA 1323, [2013] R.J.Q. 1264. Aux termes de l'art. 1119 *C.c.Q.*, « [l]'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont des démembrements du droit de propriété et constituent des droits réels ». Le choix des termes semble suggérer que le législateur n'avait pas l'intention d'édicter une liste exhaustive et fermée des droits réels en droit québécois. Comme l'enseigne la professeure Emerich, p. 307 :

> Plusieurs droits réels innom[m]és ont été reconnus en droit civil québécois, notamment le droit de coupe de bois et les droits de chasse et de pêche. On peut aussi rencontrer des droits d'extraire du sol des substances minérales ou végétales, de procéder à l'exploitation des forces hydrauliques d'une rivière, ou encore d'exploiter une érablière. [Nous soulignons; notes en bas de page omises.]

[160] Le professeur B. Ziff note à ce propos que certains droits ancestraux sont analogues à des « profits à prendre » : *Principles of Property Law* (7e éd. 2018), p. 443; voir, au même effet, *Bolton c. Forest Pest Management Institute* (1985), 66 B.C.L.R. 126 (C.A.). Or, les *profits à prendre* de la common law sont similaires aux droits réels de jouissance innommés du droit civil : Emerich, p. 304.

[161] L'intervenante Tsawout First Nation plaide dans son mémoire que les droits ancestraux autres que le titre ancestral ne sont pas des intérêts de propriété ou des droits réels, car ils ne sont pas *exclusifs* : par. 27. Elle souligne qu'un groupe autochtone titulaire d'un droit ancestral de pêche ou de chasse

may have to exercise this right in common with other Indigenous or non-Indigenous groups: para. 28. This characteristic of Aboriginal rights does not preclude a finding that they amount to proprietary interests or real rights for the purposes of private international law. In French law, for instance, Professor W. Dross states that the utility conferred on the holder of a dismembered real right is not necessarily *withdrawn* from the owner of the thing, [TRANSLATION] "who may continue to exercise it, but now concurrently with another". Thus, for example, an owner who grants a neighbour a servitude of right of way on his or her property does not abstain from using the right of way: the situation simply becomes one of "plural appropriation" of the utility in question or, in other words, indivision (*Droit des biens* (4th ed. 2019), at p. 108; see also Emerich, at pp. 278-79).

(c) *Conclusion Regarding the Characterization of the Innu's Action*

[162] As indicated above, a real action can be defined as an action through which a person seeks the *recognition* or *protection* of a *real right*. Because Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights are real rights for the purposes of private international law, it necessarily follows that the aspect of the Innu's action whose purpose, according to the AGNL, is to have such rights recognized and protected constitutes a real action or, at best, a mixed action falling under Division III of Chapter II of Title Three of Book Ten of the *C.C.Q.* Below we will consider in detail whether there is *in fact* an aspect of the Innu's action whose purpose is to obtain the *recognition* or *protection* of Aboriginal title or other Aboriginal or treaty rights.

(2) Article 3152 *C.C.Q.*

[163] Article 3152 *C.C.Q.* is the first provision in Division III, which is entitled "Real and Mixed Actions". It reads as follows:

sur un territoire spécifique peut devoir exercer ce droit concurremment avec d'autres groupes, autochtones ou non-autochtones : par. 28. Une telle caractéristique des droits ancestraux n'empêche pas de conclure qu'ils sont assimilables à des intérêts de propriété ou de droits réels pour les fins du droit international privé. En droit français, par exemple, le professeur W. Dross affirme que l'utilité conférée au titulaire d'un droit réel démembré n'est pas nécessairement *retirée* au propriétaire de la chose, « lequel peut continuer à l'exercer, mais cette fois-ci concurremment avec autrui ». Ainsi, par exemple, lorsqu'un propriétaire consent à son voisin une servitude de passage sur son immeuble, il ne s'interdit pas d'utiliser lui-même ce passage : la situation en est alors tout simplement une d'« appropriation plurale » de l'utilité en cause ou, autrement dit, d'indivision (*Droit des biens* (4e éd. 2019), p. 108; voir aussi Emerich, p. 278-279).

c) *Conclusion sur la qualification de l'action des Innus*

[162] Nous avons préalablement défini l'action réelle comme une action par laquelle une personne demande la *reconnaissance* ou la *protection* d'un *droit réel*. Puisque le titre ancestral et les autres droits ancestraux ou issus de traités sont des droits réels aux fins du droit international privé, il s'ensuit nécessairement que le volet de l'action des Innus qui, selon le PGTNL, vise à faire reconnaître et à protéger de tels droits serait une action réelle ou au mieux une action mixte visée par la section III du chapitre deuxième du titre troisième du Livre dixième du *C.c.Q.* Nous examinerons ultérieurement en détail la question de savoir si l'action des Innus comporte *effectivement* un tel volet visant la *reconnaissance* ou la *protection* d'un titre ancestral ou d'autres droits ancestraux ou issus de traités.

(2) Article 3152 *C.c.Q.*

[163] L'article 3152 *C.c.Q.* est la première disposition de cette section III intitulée « Des actions réelles et mixtes ». Il est rédigé comme suit :

3152. Québec authorities have jurisdiction to hear a real action if the property in dispute is situated in Québec.

According to well-established jurisprudence, Quebec authorities lack jurisdiction to hear a real action if the property in dispute is situated *outside* Quebec: Glenn, at pp. 757-58; *Bern*, at p. 516; *Mazur v. Sugarman & Vir* (1938), 42 R.P.Q. 150 (Sup. Ct.); *Senauer v. Porter* (1862), 7 L.C. Jur. 42 (Sup. Ct.); *Equity Accounts Buyers Limited v. Jacob*, [1972] C.S. 676; *Union Acceptance Corporation Ltd. v. Guay*, [1960] B.R. 827; Goldstein and Groffier (1998), at No. 151; E. Groffier, *Précis de droit international privé québécois* (4th ed. 1990), at p. 276. The courts have treated this as an imperative rule of territorial jurisdiction that amounts to a rule of subject-matter jurisdiction, the violation of which [TRANSLATION] "results in an absolute lack of jurisdiction that may be raised at any point in the proceedings": Castel, at p. 689.

[164] Article 3152 *C.C.Q.* must be read in accordance with the "modern approach" to statutory interpretation, which applies when interpreting an article of the *C.C.Q.*: *Montréal (Ville) v. Lonardi*, 2018 SCC 29, [2018] 2 S.C.R. 103, at para. 22. Private international law is codified in Quebec. As a result, "'the general principles of interpretation of the *Civil Code* apply to the determination of the scope of the relevant provisions', and '[t]he courts must therefore interpret the rules as a coherent whole'" in light of the principles of comity, order and fairness, which inspire the interpretation of the various private international law rules: *Barer*, at para. 108, per Brown J., citing *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 19; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205, at para. 23. In the case at bar, the legislative history of art. 3152 *C.C.Q.* warrants particular attention.

[165] Article 3152 *C.C.Q.* replaced, for private international law, art. 73 f.*C.C.P.* (now arts. 41 para. 1 and 42(3) *C.C.P.*): see, in this regard, Goldstein and

3152. Les autorités québécoises sont compétentes pour connaître d'une action réelle si le bien en litige est situé au Québec.

Selon une jurisprudence bien établie, les autorités québécoises sont incompétentes pour connaître d'une action réelle si le bien en litige est situé *à l'extérieur* du Québec : Glenn, p. 757-758; *Bern*, p. 516; *Mazur c. Sugarman & Vir* (1938), 42 R.P.Q. 150 (C.S.); *Senauer c. Porter* (1862), 7 L.C. Jur. 42 (C.S.); *Equity Accounts Buyers Limited c. Jacob*, [1972] C.S. 676; *Union Acceptance Corporation Ltd. c. Guay*, [1960] B.R. 827; Goldstein et Groffier (1998), n° 151; E. Groffier, *Précis de droit international privé québécois* (4e éd. 1990), p. 276. La jurisprudence a considéré qu'il s'agissait d'une règle de compétence territoriale impérative assimilable à une règle de compétence *ratione materiae* dont la violation « entraîne [. . .] une incompétence absolue qui peut être soulevée à tout moment au cours de l'instance » : Castel, p. 689.

[164] Il faut interpréter l'art. 3152 *C.c.Q.* en suivant la « méthode moderne » d'interprétation des lois, qui s'applique à l'interprétation d'un article du *C.c.Q.* : *Montréal (Ville) c. Lonardi*, 2018 CSC 29, [2018] 2 R.C.S. 103, par. 22. En effet, au Québec, le droit international privé est codifié. En conséquence, « "les principes généraux d'interprétation du *Code civil* s'appliquent à la détermination de la portée de ses dispositions" et "[l]es tribunaux doivent donc interpréter les règles comme un tout cohérent" » à la lumière des principes de courtoisie, d'ordre et d'équité qui servent de guide à l'interprétation des différentes règles de droit international privé : *Barer*, par. 108, le juge Brown, citant *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 19; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205, par. 23. En l'espèce, l'historique législatif de l'art. 3152 *C.c.Q.* mérite une attention particulière.

[165] L'article 3152 *C.c.Q.* remplace, pour le droit international privé, l'art. 73 a.*C.p.c.* (maintenant les art. 41 al. 1 et 42 (3) *C.p.c.*) : voir, à ce sujet,

Groffier (2003), at No. 311. Article 73 f.*C.C.P.* read as follows:

73. A real action or a mixed action may be taken either before the court of the domicile of the defendant or before the court of the district where the property in dispute is situated in whole or in part.

[166] Before the *C.C.Q.* came into force in 1994, the international jurisdiction of Quebec authorities was in fact governed by the f.*C.C.P.*: see, on this point, Castel, at pp. 21 and 665; *Trower and Sons, Ld. v. Ripstein*, [1944] A.C. 254 (P.C.); *Alimport (Empresa Cubana Importadora de Alimentos) v. Victoria Transport Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 858, at p. 868. Article 73 f.*C.C.P.* was therefore applied to international situations, even though such an interpretation of the article [TRANSLATION] "was questionable because it refers to a district": Goldstein and Groffier (1998), at No. 151; see also Castel, at pp. 690-91.

[167] Despite the wording of art. 73 f.*C.C.P.*, which gave Quebec authorities jurisdiction where the defendant was domiciled in Quebec, these authorities did not consider themselves to have jurisdiction over a real action where the subject matter of the dispute was immovable property situated outside Quebec:

[TRANSLATION] Quebec courts have exclusive jurisdiction to decide matters involving immovable property situated in the province. They never have jurisdiction to render a decision concerning immovable property situated abroad, whether the dispute concerns *inter vivos* transactions or successions of immovable property.

This jurisprudence seems to run counter to articles 73 and 74 of the Code of Civil Procedure, which recognize the jurisdiction of courts other than those of the place where the property in dispute is situated. This is why reference is made to international subject-matter jurisdiction. It would be preferable to acknowledge that the rules of domestic territorial jurisdiction set out in articles 73 and 74 C.C.P. have been adapted to the international nature of the situation . . . . [Emphasis added; footnote omitted.]

(Castel, at p. 691)

Goldstein et Groffier (2003), n° 311. L'article 73 a.*C.p.c.* était rédigé comme suit :

73. L'action réelle et l'action mixte peuvent être portées soit devant le tribunal du domicile du défendeur, soit devant celui du district où est situé, en tout ou en partie, le bien en litige.

[166] De fait, avant l'entrée en vigueur du *C.c.Q.* en 1994, la compétence internationale des autorités québécoises était régie par l'a.*C.p.c. :* voir, à ce sujet, Castel, p. 21 et 665; *Trower and Sons, Ld. c. Ripstein*, [1944] A.C. 254 (C.P.); *Alimport (Empresa Cubana Importadora de Alimentos) c. Victoria Transport Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 858, p. 868. Ainsi, l'art. 73 a.*C.p.c.* était appliqué aux situations internationales, et ce, même si une telle interprétation de cet article « était douteuse puisqu'il parle de district » : Goldstein et Groffier (1998), n° 151; voir également Castel, p. 690-691.

[167] Malgré le texte de l'art. 73 a.*C.p.c.* qui conférait compétence aux autorités québécoises lorsque le défendeur était domicilié au Québec, celles-ci ne s'estimaient pas compétentes en matière d'actions réelles lorsque l'objet du litige était un immeuble situé à l'extérieur du Québec :

Les tribunaux québécois ont compétence exclusive pour statuer en matière de biens immobiliers situés dans la province. Ils ne sont jamais compétents lorsqu'il s'agit de statuer sur un immeuble situé à l'étranger, qu'il s'agisse de litiges concernant des transactions *inter vivos* ou de successions immobilières.

Cette jurisprudence semble aller à l'encontre des dispositions des articles 73 et 74 du Code de procédure civile, qui reconnaissent la compétence de tribunaux autres que ceux du lieu où est situé le bien en litige. C'est pour cela que l'on parle de compétence internationale *ratione materiae*. Il vaudrait mieux reconnaître que les règles de la compétence territoriale interne, énoncées aux articles 73 et 74 C.p.c., ont été adaptées au caractère international de la situation . . . [Nous soulignons; note en bas de page omise.]

(Castel, p. 691)

Quebec courts will not adjudicate as to foreign lands: Our courts have no jurisdiction to adjudicate upon the title or the right to the possession of any immoveable not situate in Quebec. [Emphasis in original.]

(W. S. Johnson, *Conflict of Laws* (2nd ed. 1962), at p. 485)

[168] In our view, Professor Emanuelli provides a good summary of the state of the law before the *Civil Code* was reformed:

[TRANSLATION] Prior to the reform of the Civil Code, the courts determined the jurisdiction of Quebec authorities over real and mixed actions by applying articles 73 and 74 C.C.P., as they had adapted the rules in those articles to international disputes by reference to the distinction between movable property and immovable property. The courts had thus extended the *lex rae sitae* rule of jurisdiction to conflicts of jurisdiction. As a result, in real actions relating to immovable property, Quebec courts had jurisdiction only if the property was situated in Quebec. On the other hand, they had jurisdiction over a real action relating to movable property if the defendant was domiciled in Quebec or if the property in question was situated in Quebec. Because different rules applied depending on whether the action concerned movable property or immovable property, it was necessary to characterize the property to which the action related. Under the former article 6 para. 2 C.C.L.C., the property at issue in a real action was characterized on the basis of Quebec law, even if it was situated abroad. [Emphasis added; footnotes omitted; No. 205.]

[169] We note that in 1977, the Civil Code Revision Office ("CCRO") proposed the enactment of the following article:

50. In matters involving real rights, the courts of Québec have general jurisdiction if all or part of the property in dispute is situated in Québec. [Emphasis added.]

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code*, vol. I, *Draft Civil Code* (1978), at p. 604)

This article is consistent with Québec practice. It is based in part on Article 73 of the Code of Civil Procedure.

[TRADUCTION] *Les tribunaux québécois ne se prononceront pas relativement aux terres étrangères :* Nos tribunaux ne sont pas compétents pour statuer sur le titre ou le droit de possession de tout immeuble non situé au Québec. [En italique dans l'original.]

(W. S. Johnson, *Conflict of Laws* (2e éd. 1962), p. 485)

[168] Selon nous, le professeur Emanuelli résume bien l'état du droit antérieur à la réforme du *Code civil* :

Avant la réforme du Code civil, pour déterminer la compétence des autorités québécoises à l'égard d'actions réelles et mixtes, la jurisprudence appliquait les articles 73 et 74 C.p.c., dont elle avait adapté les règles aux litiges internationaux en fonction de la distinction entre biens meubles et immeubles. Elle avait ainsi étendu la règle prévoyant la compétence de la *lex rei sitae* aux conflits de juridictions. En conséquence, en matière d'actions réelles relatives à un immeuble, les tribunaux québécois étaient compétents seulement si l'immeuble était sis au Québec. En revanche, les tribunaux québécois étaient compétents à l'égard d'une action réelle relative à un meuble si le défendeur était domicilié au Québec ou si le meuble en cause y était situé. Compte tenu de l'application de règles différentes suivant que l'action était relative à un meuble ou à un immeuble, la qualification du bien visé par l'action était nécessaire. Selon l'ancien article 6(2) C.c.B.-C., la qualification du bien en cause dans une action réelle dépendait du droit québécois, même si le bien était sis à l'étranger. [Nous soulignons; note en bas de page omise; n° 205.]

[169] Notons qu'en 1977, l'Office de révision du Code civil (« ORCC ») a suggéré l'adoption de l'article suivant :

50. En matière réelle, les tribunaux du Québec ont compétence générale si les biens en litige sont situés en tout ou en partie au Québec. [Nous soulignons.]

(Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet de Code civil* (1978), p. 608)

L'article est conforme à la pratique québécoise. Il est basé en partie sur l'article 73 du Code de procédure civile.

It was not considered necessary to adopt any special rule with respect to mixed actions, since it was felt that no such action could be instituted in Québec unless the courts had jurisdiction over both the personal and the real nature of the dispute. [Emphasis added.]

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code*, vol. II, t. 2, *Commentaries* (1978), at p. 989)

[170] A 1988 draft bill entitled *An Act to add the reformed law of evidence and of prescription and the reformed private international law to the Civil Code of Québec*, 2nd Sess., 33rd Leg., contained a general provision, art. 3514, that read as follows:

3514. A Québec court has jurisdiction over a real action if the property in dispute is situated in Québec; it also has jurisdiction where the action concerns movable property and the defendant is domiciled in Québec.

[171] As noted by Groffier, at p. 276, [TRANSLATION] "[t]his wording prevents any hesitation as regards the Quebec court's lack of jurisdiction where the immovable property is not situated in Quebec". Nevertheless, the draft bill gave a court jurisdiction "where the action concern[ed] movable property and the defendant is domiciled in Québec": art. 3514. In the brief it submitted to the Committee on Institutions in March 1989, the Barreau du Québec suggested, however, that this last portion of the sentence be removed:

[TRANSLATION] The second part of this article is problematic, particularly where the property is situated abroad; the seizure of such property is then beyond the control of the Quebec court. The focus must be first and foremost on the property, not on the defendant. [Emphasis added.]

(*Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit international privé*, at p. 49; see also, in this regard, Goldstein and Groffier (2003), at No. 311; E. Groffier, *La réforme du droit international privé québécois: Supplément au Précis de droit international privé québécois* (1993), at p. 144; Emanuelli, at No. 163.)

En ce qui concerne l'action mixte, on n'a pas cru devoir adopter une règle particulière, estimant qu'une telle action ne peut être intentée au Québec à moins que les tribunaux n'aient compétence tant en ce qui concerne l'aspect personnel que l'aspect réel du litige. [Nous soulignons.]

(Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 2, *Commentaires* (1978), p. 1005)

[170] En 1988, l'avant-projet de loi intitulé *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*, 2e sess., 33e lég., prévoyait à l'art. 3514 une disposition générale selon laquelle :

3514. Le tribunal du Québec est compétent pour connaître d'une action réelle si le bien en litige est situé au Québec; il l'est également lorsque l'action porte sur un bien meuble, si le défendeur a son domicile au Québec.

[171] Comme l'a noté Groffier, p. 276, « [c]ette rédaction permet d'éviter toute hésitation sur l'incompétence du tribunal du Québec lorsque l'immeuble n'est pas situé dans le Québec ». L'avant-projet de loi conférait cependant la compétence du tribunal « lorsque l'action port[ait] sur un bien meuble, si le défendeur a son domicile au Québec » : art. 3514. Dans son mémoire présenté en mars 1989 à la Commission des institutions, le Barreau du Québec a cependant suggéré que cette dernière portion de la phrase soit retirée :

La deuxième phrase de cet article pose un problème, notamment lorsque le bien est situé à l'étranger; la saisie d'un tel bien se trouve alors hors du contrôle du tribunal québécois. Le focus doit d'abord se placer sur le bien, non pas sur le défendeur. [Nous soulignons.]

(*Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit international privé*, p. 49; voir aussi, à ce sujet, Goldstein et Groffier (2003), n° 311; E. Groffier, *La réforme du droit international privé québécois : Supplément au Précis de droit international privé québécois* (1993), p. 144; Emanuelli, n° 163.)

The Barreau's suggestion clearly bore fruit, because in the end, art. 3130 of the *Civil Code of Québec*, Bill 125, 1st Sess., 34th Leg., 1990, had the *same* wording in French as the current art. 3152 *C.C.Q.* and read as follows in English:

3130. A Québec judicial or administrative authority has jurisdiction over a real action if the property in dispute is situated in Québec.

This was also what was indicated in the detailed comments in *Projet de loi 125: Code civil du Québec, Commentaires détaillés sur les dispositions du projet, Livre X: Du droit international privé et disposition finale (Art. 3053 à 3144)* (1991), at p. 110:

[TRANSLATION] The article, which is new law, adopts the C.C.R.O.'s proposal. In the case of real actions, it confers jurisdiction on the Quebec authorities in the place where the property is situated, thereby aligning the applicable law (art. 3073) and adjudicative jurisdiction. Unlike article 73 C.C.P., which deals with the jurisdiction of Quebec courts over real and mixed actions, the proposed article does not base jurisdiction on the defendant's domicile. This criterion is more relevant to mixed actions than it is to real actions. [Emphasis added.]

[172] For its part, the commentary of the Minister of Justice on art. 3152 *C.C.Q.* was as follows:

[TRANSLATION] This article, which is new law, confers jurisdiction over real actions on the Quebec authorities in the place where the property is situated, thereby aligning the applicable law (art. 3097) and adjudicative jurisdiction. Unlike article 73 C.C.P., which deals with the jurisdiction of Quebec courts over real and mixed actions, article 3152 does not base jurisdiction on the defendant's domicile. This criterion is more relevant to mixed actions than it is to real actions.

(Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 2012)

[173] In short, [TRANSLATION] "[t]he position of movable property is in line with that of immovable property" and "[i]t is the court of the place where the property is situated that has jurisdiction over a

La suggestion du Barreau a manifestement porté fruit, puisque, en fin de compte, l'art. 3130 du *Code civil du Québec*, projet de loi 125, 1re sess., 34e lég., 1990, était *identique* à l'actuel art. 3152 *C.c.Q.*, et était donc rédigé comme suit :

3130. Les autorités québécoises sont compétentes pour connaître d'une action réelle si le bien en litige est situé au Québec.

C'est aussi ce qu'indiquent les commentaires détaillés du *Projet de loi 125 : Code civil du Québec, Commentaires détaillés sur les dispositions du projet, Livre X : Du droit international privé et disposition finale (Art. 3053 à 3144)* (1991), p. 110 :

L'article, de droit nouveau, reprend la proposition de l'O.R.C.C. Il donne compétence aux autorités québécoises de la situation du bien en matière d'action réelle assurant ainsi la concordance entre la loi applicable (art. 3073) et la compétence juridictionnelle. Contrairement à l'article 73 C.p.c. relatif à la compétence des tribunaux du Québec en matière d'action réelle et d'action mixte, l'article proposé ne retient pas la compétence fondée sur le domicile du défendeur. Ce critère est plus pertinent en matière d'action mixte qu'en matière d'action réelle. [Nous soulignons.]

[172] Les commentaires du ministre de la Justice sur l'art. 3152 *C.c.Q.* sont quant à eux rédigés comme suit :

Cet article, de droit nouveau, attribue une compétence en matière d'action réelle aux autorités québécoises de la situation du bien, établissant ainsi la concordance entre la loi applicable (art. 3097) et la compétence juridictionnelle. Contrairement à l'article 73 C.P.C. relatif à la compétence des tribunaux du Québec en matière d'action réelle et d'action mixte, l'article 3152 ne retient pas la compétence fondée sur le domicile du défendeur. Ce critère est plus pertinent en matière d'action mixte qu'en matière d'action réelle.

(Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 2012)

[173] En somme, « [l]a position des biens meubles est alignée sur celle des immeubles » et « [c]'est le tribunal de la situation du bien qui est compétent lorsqu'il s'agit d'une action réelle, quelle que soit la

real action, regardless of the nature of the property to which the action relates": Goldstein and Groffier (1998), at No. 151; see also Emanuelli, at No. 206.

[174] The legislative history of art. 3152 *C.C.Q.* leads to three conclusions, all of which are of great importance in the case at bar. First, art. 3152 *C.C.Q.* affirms a well-established principle, which is that Quebec authorities lack jurisdiction over an immovable real action where the subject matter of the dispute is situated outside Quebec. In fact, art. 3152 *C.C.Q.* not only affirms this principle but also extends it to movable real actions. In real actions, whether immovable or movable, Quebec authorities now lack jurisdiction where the subject matter of the dispute is not situated in Quebec. In particular, the defendant's domicile does not give them jurisdiction over a real action, regardless of whether the subject matter of the dispute is immovable property or movable property, because art. 3134 *C.C.Q.* expressly states that this rule applies only in the absence of any special provision: Goldstein, at pp. 271 and 275.

[175] This principle is important in the instant case, because the defendants, IOC and QNS&L, are domiciled in Quebec and because the courts below assumed jurisdiction over the entire dispute on the basis of this head of jurisdiction: Sup. Ct. reasons, at paras. 82 and 93-102; C.A. reasons, at paras. 15, 52 and 95.

[176] Second, and contrary to the wording of art. 73 f.*C.C.P.* (now art. 42(3) *C.C.P.*), which used to apply in private international law in the case of real and mixed actions, and to the wording of art. 50 of the CCRO's *Report on the Québec Civil Code*, vol. I, art. 3152 *C.C.Q.* does not provide for the jurisdiction of Quebec authorities where the property in dispute is situated "in whole or in part" in Quebec or where "all or part" of it is situated in Quebec. Here, part of Nitassinan is certainly situated in Quebec, but the fact that Quebec authorities have jurisdiction over that part of the territory cannot give them jurisdiction over the part not situated in Quebec. A different interpretation would amount to *rewriting* art. 3152 *C.C.Q.* by adding the words "all or part of", which, as we have seen, were deliberately removed from the

nature du bien sur lequel elle porte » : Goldstein et Groffier (1998), n° 151; voir aussi Emanuelli, n° 206.

[174] L'historique législatif de l'art. 3152 *C.c.Q.* permet de tirer trois conclusions qui sont toutes d'une grande importance en l'espèce. Premièrement, l'art. 3152 *C.c.Q.* confirme un principe bien établi, à savoir l'incompétence des autorités québécoises en matière d'action réelle immobilière lorsque l'objet du litige est situé à l'extérieur du Québec. En fait, non seulement l'art. 3152 *C.c.Q.* confirme-t-il ce principe, mais il l'étend aux actions réelles mobilières. En matière d'action réelle, immobilière ou mobilière, les autorités québécoises sont désormais incompétentes si l'objet du litige n'est pas situé au Québec. En particulier, le domicile du défendeur ne confère pas compétence aux autorités québécoises en matière d'action réelle — peu importe que l'objet du litige soit un immeuble ou un meuble, l'art. 3134 *C.c.Q.* énonçant expressément que cette règle ne s'applique qu'en l'absence d'une disposition particulière : Goldstein, p. 271 et 275.

[175] En l'espèce, ce principe est important, puisque les défenderesses IOC et QNS&L sont domiciliées au Québec et que les juridictions d'instances inférieures ont fondé leur déclaration de compétence à l'égard de l'ensemble du litige sur ce chef de compétence : motifs de la C.S., par. 82 et 93-102; motifs de la C.A., par. 15, 52 et 95.

[176] Deuxièmement, et contrairement au libellé de l'art. 73 a.*C.p.c.* (aujourd'hui l'art. 42(3) *C.p.c.*) qui s'appliquait auparavant en droit international privé en matière d'action réelle et d'action mixte et à celui de l'art. 50 du *Rapport du Code civil du Québec*, vol. I de l'ORCC, l'art. 3152 *C.c.Q.* ne prévoit pas la compétence des autorités québécoises lorsque le bien en litige est situé « en tout ou en partie » au Québec. En l'espèce, le Nitassinan est certes situé en partie au Québec, mais la compétence des autorités québécoises sur cette partie du territoire ne peut pas leur conférer compétence sur celle qui n'y est pas située. L'interpréter autrement reviendrait à *récrire* l'art. 3152 *C.c.Q.* en y ajoutant les termes « en tout ou en partie » qui, comme nous l'avons vu, ont été délibérément retirés du texte de cet article

wording of this article by the legislature. Moreover, our interpretation of art. 3152 *C.C.Q.* on this point is consistent with the presumption against extraterritoriality, whereby "[t]he legislature is presumed to intend the territorial limits of its jurisdiction to coincide with that of the statute's operation", and "[u]nless implicitly or explicitly provided otherwise, the legislature is presumed to enact for persons, property, juridical acts and events within the territorial boundaries of its jurisdiction": P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 212.

[177] Third, it is quite clear from the CCRO's *Report on the Québec Civil Code*, the *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet* discussing art. 3130 of Bill 125 and the *Commentaires du ministre de la Justice* concerning art. 3152 *C.C.Q.* that a mixed action may not be instituted in Quebec unless Quebec authorities have jurisdiction over *both* the personal aspect *and* the real aspect of the dispute. In other words, for Quebec authorities to have jurisdiction over a mixed action, the property in dispute must be situated entirely in Quebec, since otherwise they will have no jurisdiction over the real aspect of the dispute. Jurisdiction over the personal aspect of the dispute based, for example, on the defendant's domicile is therefore not sufficient in the case of a mixed action. The Quebec Court of Appeal recently adopted this same interpretation of art. 3152 *C.C.Q.*: *CGAO v. Groupe Anderson inc.*, 2017 QCCA 923, at paras. 10-11 (CanLII). We also note that this interpretation of art. 3152 *C.C.Q.* is not disputed by the Innu, the AGC or our colleagues.

[178] One conclusion must be reached in this regard: the *C.C.Q.* departs from the law as it existed before the *C.C.Q.* came into force. Article 73 f.*C.C.P.* provided that a mixed action could be taken "either before the court of the domicile of the defendant or before the court of the district where the property in dispute [was] situated in whole or in part". Judges and authors also recognized the jurisdiction of Quebec authorities over a dispute where the action could be characterized as personal or mixed and where a head

par le législateur. Par ailleurs, notre interprétation de l'art. 3152 *C.c.Q.* sur ce point est conforme au principe de la territorialité des lois selon lequel on « prête[ra] en principe au législateur la volonté de faire coïncider les limites spatiales de l'effet de ses lois avec les frontières du territoire soumis à sa compétence » et, « [e]n l'absence de disposition contraire, expresse ou implicite, on présumera que l'auteur d'un texte législatif entend qu'il s'applique aux personnes, aux biens, aux actes ou aux faits qui se situent à l'intérieur des limites du territoire soumis à sa compétence » : P.-A. Côté, en collaboration avec S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4e éd. 2009), p. 230.

[177] Troisièmement, il ressort assez clairement du *Rapport sur le Code civil du Québec* de l'ORCC, des *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet* [*de loi 125*] concernant l'art. 3130 et des *Commentaires du ministre de la Justice* concernant l'art. 3152 *C.c.Q.* qu'une action mixte ne peut être intentée au Québec à moins que les autorités québécoises n'aient compétence en ce qui concerne *tant* l'aspect personnel *que* l'aspect réel du litige. Autrement dit, pour que les autorités québécoises aient compétence sur une action mixte, il est nécessaire que le bien en litige soit situé entièrement au Québec, car autrement elles n'auraient pas compétence sur l'aspect réel du litige. La compétence sur l'aspect personnel du litige fondée, par exemple, sur le domicile du défendeur ne suffit donc pas en matière d'action mixte. La Cour d'appel du Québec a récemment retenu cette même interprétation de l'art. 3152 *C.c.Q.* : *CGAO c. Groupe Anderson inc.*, 2017 QCCA 923, par. 10-11 (CanLII). Notons par ailleurs que ni les Innus, ni le PGC, ni nos collègues ne contestent cette interprétation de l'art. 3152 *C.c.Q.*

[178] À cet égard, une conclusion s'impose : le *C.c.Q.* s'écarte du droit tel qu'il existait avant son entrée en vigueur. L'article 73 a.*C.p.c.* prévoyait qu'une action mixte pouvait être portée « soit devant le tribunal du domicile du défendeur, soit devant celui du district où [était] situé, en tout ou en partie, le bien en litige ». Par ailleurs, la jurisprudence et la doctrine reconnaissaient la compétence des autorités québécoises sur le litige lorsque l'action pouvait être qualifiée de personnelle ou de mixte et qu'un

of jurisdiction other than the property being situated in Quebec (for example, the defendant's domicile) was established: Glenn, at pp. 757-58; *Babineau v. Railway Centre Park Company Limited* (1914), 47 C.S. 161; *Lamothe v. Hébert* (1916), 24 R.L. 182 (Sup. Ct.). Contemporary authors — who in this respect continue to rely on cases decided before the *C.C.Q.* came into force — have not always identified this change made to the law when the *C.C.Q.* came into force: see, for example, Goldstein and Groffier (2003), at No. 311.

[179] In the present case, the Superior Court judge expressly recognized — in accordance with the admission made before him by the Innu (at para. 61) — that Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights [TRANSLATION] "involv[e] a number of elements of a real right" (paras. 62-64). He nevertheless rejected the characterization of the Innu's action as a "real action" and preferred to characterize it as a "mixed action" because, in his view, the real aspect of the action, whose purpose is to obtain the recognition and protection of Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights, is "ancillary" to the personal aspect of the action, whose purpose is to obtain an award of damages against the defendants, IOC and QNS&L: paras. 66-68 and 77-79. Because the defendants are domiciled in Quebec, the judge concluded that Quebec authorities have jurisdiction over such a "mixed action": paras. 82 and 93-102.

[180] However, it is in the case of a *personal* action — not a *mixed* action — that Quebec authorities have jurisdiction where the defendant is domiciled in Quebec: art. 3148 para. 1(1) *C.C.Q.* In a mixed action, the defendant's domicile is not enough; the property in dispute must *also* be situated *in Quebec*, as required by art. 3152 *C.C.Q.*

[181] Our colleagues are of the view that the Innu's action is a "non-classical" mixed action with a personal aspect and a *sui generis* aspect: para. 56. Relying on the absence of any provisions relating specifically to *sui generis* rights, they conclude that art. 3134 *C.C.Q.* is applicable and that, because the companies being sued are domiciled in Montréal, Quebec authorities have jurisdiction over both the

chef de compétence autre que la situation du bien au Québec (par exemple, le domicile du défendeur) était établi : Glenn, p. 757-758; *Babineau c. Railway Centre Park Company Limited* (1914), 47 C.S. 161; *Lamothe c. Hébert* (1916), 24 R.L. 182 (C.S.). La doctrine contemporaine — qui continue en cela de s'appuyer sur la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du *C.c.Q.* — n'a pas toujours su relever ce changement dans l'état du droit effectué lors de l'entrée en vigueur du *C.c.Q.* : voir, par exemple, Goldstein et Groffier (2003), n° 311.

[179] En l'espèce, le juge de la Cour supérieure a expressément reconnu — conformément à l'admission des Innus faite devant lui (par. 61) — que le titre ancestral et les autres droits ancestraux ou issus de traités « comporte[nt] plusieurs éléments d'un droit réel » (par. 62-64). Le juge a néanmoins rejeté la qualification d'« action réelle » et a préféré celle d'« action mixte », puisque, selon lui, le volet réel de l'action des Innus visant la reconnaissance et la protection d'un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités était « ancillaire » au volet personnel de l'action visant la condamnation des défenderesses IOC et QNS&L au paiement de dommages-intérêts : par. 66-68 et 77-79. Comme les défenderesses sont domiciliées au Québec, le juge en a conclu que les autorités québécoises étaient compétentes pour connaître d'une telle « action mixte » : par. 82 et 93-102.

[180] Or, c'est en matière d'action *personnelle* — et non d'action *mixte* — que les autorités québécoises sont compétentes lorsque le défendeur a son domicile au Québec : art. 3148 al. 1(1) *C.c.Q.* En matière d'action mixte, le domicile du défendeur ne suffit pas; il faut *de plus* que le bien en litige soit situé *au Québec*, comme l'exige l'art. 3152 *C.c.Q.*

[181] Nos collègues sont d'avis que l'action des Innus est une action mixte « non classique » comprenant un volet personnel ainsi qu'un volet *sui generis* : par. 56. S'autorisant de l'absence de dispositions visant spécifiquement les droits *sui generis*, ils concluent que l'art. 3134 *C.c.Q.* trouve application et que, puisque les entreprises poursuivies ont leur domicile à Montréal, les autorités québécoises ont

personal aspect and the *sui generis* aspect of the action.

[182] The rights protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and in particular Aboriginal title conferring "the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes" (*Delgamuukw*, at para. 117), are a burden first and foremost on the Crown's underlying title (*Tsilhqot'in Nation*, at para. 69). As this Court noted, "[t]he characteristics of Aboriginal title flow from the special relationship between the Crown and the Aboriginal group in question. It is this relationship that makes Aboriginal title *sui generis* or unique": *Tsilhqot'in Nation*, at para. 72 (emphasis added). The Crown is the main defendant in an action for the recognition of Aboriginal title, as we will show below.

[183] Our colleagues' conclusion (at para. 58) that the private companies, rather than the Crown, are the defendants in the action for the recognition of Aboriginal rights is therefore highly problematic. We want to emphasize that, even under our colleagues' interpretation of Quebec private international law, their conclusion that a third party, rather than the Crown, is the defendant in the action for the recognition of title is one that distorts the *sui generis* nature of Aboriginal rights.

(3) Consideration of Jurisdiction on a Case-by-Case Basis

[184] There is a principle in Quebec private international law to the effect that "the jurisdiction of the Quebec court is determined on a case-by-case basis": *GreCon*, at para. 29. This is the exercise we will now undertake in order to ascertain whether, as the AGNL argues, the Innu's action in fact involves claims that are real or mixed in nature because their purpose is to obtain the recognition or protection of Aboriginal title or other Aboriginal or treaty rights, which are real rights for the purposes of private international law. If the action does involve such claims, Quebec authorities lack jurisdiction to grant the claims if

compétence tant sur le volet personnel que sur le volet *sui generis* de l'action.

[182] Les droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et notamment le titre ancestral qui accorde « le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins » (*Delgamuukw*, par. 117) sont un fardeau ou une charge qui s'impose en premier lieu sur le titre sous-jacent de la Couronne (*Nation Tsilhqot'in*, par. 69). Comme notre Cour le rappelait, « [l]es caractéristiques du titre ancestral découlent de la relation particulière entre la Couronne et le groupe autochtone en question. C'est cette relation qui rend le titre ancestral *sui generis*, ou unique » : *Nation Tsilhqot'in*, par. 72 (nous soulignons). La Couronne est la principale défenderesse à l'action en reconnaissance d'un titre ancestral, comme nous l'étayerons plus loin.

[183] Ainsi, la conclusion de nos collègues (par. 58) voulant que les défenderesses à l'action en reconnaissance de droits ancestraux soient les entreprises privées plutôt que la Couronne s'avère grandement problématique. Nous insistons pour souligner que, même suivant l'interprétation que font nos collègues du droit international privé québécois, leur conclusion voulant qu'un tiers, plutôt que la Couronne, soit le défendeur à l'action en reconnaissance de titre est une conclusion qui dénature le caractère *sui generis* des droits ancestraux.

(3) Examen de la compétence pour chaque demande en particulier

[184] Il existe en droit international privé québécois un principe selon lequel « la compétence du tribunal québécois se détermine pour chaque demande en particulier » : *GreCon*, par. 29. C'est l'exercice auquel nous allons maintenant nous livrer, et ce, afin de décider si, comme le soumet le PGTNL, l'action des Innus comporte effectivement des demandes qui seraient de nature réelle ou mixte du fait qu'elles viseraient à faire reconnaître ou à protéger un titre ancestral ou d'autres droits ancestraux ou issus de traités, lesquels sont des droits réels aux fins du droit international privé. Dans l'affirmative, les autorités

they relate to the part of Nitassinan that is situated in Newfoundland and Labrador.

(a) *Claim for "Declaratory Remedies"*

[185] In their motion to institute proceedings, the Innu seek a number of [TRANSLATION] "declaratory remedies": A.R., vol. II, at p. 30. The relevant conclusions of that motion read as follows:

[TRANSLATION] **TO DECLARE** that the plaintiffs the Innu of UM-MLJ have unextinguished Indian title to the parts of Nitassinan that are affected by the IOC megaproject (including each of its components), and in particular by the facilities, operations and activities of IOC and QNS&L, which are described herein, especially their industrial and port facilities and activities;

TO DECLARE that the plaintiffs the Innu of UM-MLJ have existing Aboriginal and treaty rights in all of Nitassinan, including rights:

(a) in and with respect to all natural resources, including iron ore, in Nitassinan, and in particular in the area where the defendants have their mining, railway and port facilities;

(b) to hunt, trap, fish and gather for food, social, ceremonial and commercial purposes;

(c) to exercise jurisdiction over Nitassinan;

(d) to use the watercourses and bodies of water, including the seas, rivers, lakes and ponds;

(e) to erect and use camps, lodges, caches and dwellings;

(f) to control and manage the above-described Nitassinan, including its fauna, flora, environment and resources;

(g) to practise or conduct spiritual and cultural traditions and ceremonies;

(h) to exploit forest resources;

(i) to use their distinctive language and culture and to pass them down from generation to generation;

québécoises sont incompétentes pour y faire droit, si elles portent sur la partie du Nitassinan qui est située à Terre-Neuve-et-Labrador.

a) *Demande de « remèdes déclaratoires »*

[185] Dans leur requête introductive d'instance, les Innus demandent divers « remèdes déclaratoires » : d.a., vol. II, p. 30. Les conclusions pertinentes de la requête introductive d'instance se lisent comme suit :

DÉCLARER que les demandeurs les Innus de UM-MLJ ont un titre indien non éteint sur les parties du Nitassinan affectées par le mégaprojet d'IOC (y compris chacune de ses composantes) et notamment par les installations, opérations et activités d'IOC et de QNS&L, lesquels sont décrits aux présentes, et en particulier par les installations et activités industrielles et portuaires d'IOC et de QNS&L;

DÉCLARER que les demandeurs les Innus de UM-MLJ ont des droits ancestraux et issus de traités existants sur tout le Nitassinan, y compris les droits :

(a) sur et quant à toutes les ressources naturelles, y compris le minerai de fer, dans le Nitassinan et notamment dans la région des installations minières, ferroviaires et portuaires des défenderesses;

(b) de chasser, de piéger, de pêcher et de cueillir pour fins alimentaires, sociales, rituelles et commerciales;

(c) d'exercer une juridiction sur ledit Nitassinan;

(d) d'utiliser les cours d'eau et les plans d'eau, y compris les mers, fleuve, rivières, lacs et étangs;

(e) d'ériger et d'utiliser des campements, des gîtes, des caches et des habitations;

(f) de contrôler et de gérer le Nitassinan décrit ci-dessus, y compris de contrôler et de gérer la faune, la flore, l'environnement et les ressources dudit Nitassinan;

(g) d'exercer des traditions et cérémonies spirituelles et culturelles;

(h) d'exploiter les ressources forestières;

(i) d'utiliser et de transmettre de génération en génération leur langue et leur culture distinctives;

(j) to use Nitassinan for religious and spiritual purposes, including for burial and for specific rites and traditions connected with death;

(k) to exploit and enjoy the natural resources of Nitassinan and to use its fruits, products and resources; and

(l) to move freely in their Nitassinan.

TO DECLARE that the said Indian title and Aboriginal and treaty rights of the plaintiffs the Innu of UM-MLJ are protected by the Canadian Constitution and that they take precedence over and constitute a condition attached to and a burden on any right held by the defendants in, to, over and under Nitassinan, including the natural resources found there;

TO DECLARE that the IOC megaproject and the defendants' operations, facilities and activities were and are subject to the consent of the plaintiffs the Innu of UM-MLJ;

TO DECLARE that the IOC megaproject, and in particular the defendants' operations, facilities and activities and all work associated therewith, including the so-called preliminary work, and the performance of that work, are unlawful and constitute an infringement of the plaintiffs' Indian title and Aboriginal and treaty rights; [pp. 31-32]

[186] Because their purpose is clearly to obtain the *recognition* of Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights, which are real rights for the purposes of private international law, these claims are real in nature. In fact, a declaration is the primary means by which Aboriginal title can be established: *Tsilhqot'in Nation*, at paras. 89-90. A declaratory judgment is also, generally speaking, one of the preferred procedural vehicles in property law: L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4th ed. 2016), at p. 249. It is true that "[t]he court of one geographic jurisdiction, in limited circumstances, may issue a declaration applicable to a party located in another jurisdiction if it is of use and whether or not it is enforceable" (Sarna, at p. 91 (emphasis added)), but under art. 3152 *C.C.Q.*, a court may not grant an application for a declaratory judgment *with respect to proprietary or possessory rights* in immovable property situated abroad because by doing so it would purport to deal *directly* with title: see, for example, *Khan Resources Inc. v. W M Mining Co., LLC* (2006), 79

(j) d'utiliser ledit Nitassinan pour fins religieuses et spirituelles, y compris aux fins de sépulture et aux fins de rites et traditions particulières face à la mort;

(k) d'exploiter et de jouir des ressources naturelles dudit Nitassinan et d'user de ses fruits, produits et ressources;

(l) de circuler librement sur leur Nitassinan.

DÉCLARER que ledit titre Indien et les droits ancestraux et issus de traités des demandeurs les Innus de UM-MLJ sont protégés par la Constitution canadienne et ont préséance, constituent une condition et grèvent d'un fardeau et d'une charge tout droit des défenderesses dans, sur, au-dessus et en dessous du Nitassinan incluant les ressources naturelles qui s'y trouvent;

DÉCLARER que le mégaprojet d'IOC et les opérations, installations et activités des défenderesses étaient et sont sujets au consentement des demandeurs les Innus de UM-MLJ;

DÉCLARER que le mégaprojet d'IOC et notamment les opérations, installations et activités des défenderesses et tous les travaux s'y rattachant, incluant les travaux dits préliminaires, et la réalisation de ceux-ci, sont illégaux et constituent une violation du titre indien et des droits ancestraux et issus de traités des demandeurs; [p. 31-32]

[186] Puisqu'elles visent manifestement à faire *reconnaître* un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités, lesquels sont des droits réels aux fins du droit international privé, ces demandes sont de nature réelle. En fait, le jugement déclaratoire est le moyen principal par lequel l'existence d'un titre ancestral peut être établie : *Nation Tsilhqot'in*, par. 89-90. Le jugement déclaratoire est aussi généralement un véhicule procédural privilégié en droit des biens : L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4e éd. 2016), p. 249. Certes, [TRADUCTION] « [l]e tribunal d'une juridiction géographique peut, dans des circonstances limitées, prononcer une déclaration applicable à une partie située dans une autre juridiction, si la déclaration est utile, qu'elle soit ou non exécutoire » (Sarna, p. 91 (nous soulignons)), mais conformément à l'art. 3152 *C.c.Q.*, un tribunal ne peut faire droit à une demande de jugement déclaratoire *relativement à des droits de propriété ou de possession* sur un immeuble situé à l'étranger car, ce faisant, elle prétendrait agir *directement* sur

O.R. (3d) 411 (Ont. C.A.), at paras. 19 and 24; *War Eagle Mining Co. v. Robo Management Co.* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 362 (S.C.), at para. 27.

[187] The Innu argue that the declarations they seek would be binding *only* on the defendants, IOC and QNS&L, and not on the Crown of Newfoundland and Labrador. The Court of Appeal accepted this argument (at para. 91), which is more relevant to the AGNL's second ground of appeal, that is, to the issue of whether the Innu's action is *in substance* against the Crown of Newfoundland and Labrador, in which case, the AGNL submits, the doctrine of interprovincial jurisdictional immunity would be engaged.

[188] Even if the Innu were correct in arguing that the declarations they seek would be binding *only* on the defendants, IOC and QNS&L, the fact remains that the declarations would relate *to the title* the Innu claim to hold to Nitassinan, including the parts of that territory that are situated outside Quebec. Because of art. 3152 *C.C.Q.*, Quebec authorities lack jurisdiction in this regard.

[189] To be clear, we are of the view that if Quebec authorities were to rule directly *on the title* that the Innu believe they hold to the parts of Nitassinan that are situated outside Quebec, the declarations would be binding on *no one*, not even on the defendants, IOC and QNS&L, precisely because Quebec authorities lack jurisdiction in this regard: *Medicine Hat (City) v. Wilson*, 2000 ABCA 247, 271 A.R. 96, at para. 96, citing G. Spencer Bower, A. Kingcome Turner and K. R. Handley, *The Doctrine of Res Judicata* (3rd ed. 1996), at para. 235.

[190] In principle, "findings [that are] essentially of a factual nature . . . are not binding on the courts of other provinces": *Hunt*, at p. 310; on this point, see transcript, at p. 9. *A fortiori*, the findings of law or of mixed fact and law that would hypothetically be made by the Quebec Superior Court — which lacks jurisdiction to do so — concerning the existence of

le titre : voir, par exemple, *Khan Resources Inc. c. W M Mining Co., LLC* (2006), 79 O.R. (3d) 411 (C.A. Ont.), par. 19 et 24; *War Eagle Mining Co. c. Robo Management Co.* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 362 (C.S.), par. 27.

[187] Les Innus font valoir que les déclarations qu'ils sollicitent seraient opposables *seulement* aux défenderesses IOC et QNS&L, et non à la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador. La Cour d'appel a souscrit à cet argument (par. 91), qui est plus pertinent relativement au second moyen d'appel soulevé par le PGTNL, c'est-à-dire relativement à la question de savoir si l'action des Innus est *en substance* dirigée contre la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador, ce qui engagerait selon le PGTNL la doctrine de l'immunité juridictionnelle interprovinciale.

[188] Même si les Innus avaient raison de soutenir que les déclarations qu'ils sollicitent seraient opposables *seulement* aux défenderesses IOC et QNS&L, il n'en demeure pas moins qu'il s'agirait de déclarations portant *sur le titre* dont les Innus allèguent être titulaires à l'égard du Nitassinan, y compris sur les parties de ce territoire qui sont situées à l'extérieur du Québec. En raison de l'art. 3152 *C.c.Q.*, les autorités québécoises sont incompétentes à cet égard.

[189] En termes clairs, nous sommes d'avis que, si les autorités québécoises se prononçaient directement *sur le titre* dont les Innus estiment être titulaires à l'égard des parties du Nitassinan qui sont situées à l'extérieur du Québec, ces déclarations ne seraient opposables à *personne*, pas même aux défenderesses IOC et QNS&L, précisément parce que les autorités québécoises sont incompétentes à cet égard : *Medicine Hat (City) c. Wilson*, 2000 ABCA 247, 271 A.R. 96, par. 96, citant G. Spencer Bower, A. Kingcome Turner et K. R. Handley, *The Doctrine of Res Judicata* (3e éd. 1996), par. 235.

[190] En principe, « les conclusions qui sont essentiellement de nature factuelle ne lient pas les tribunaux d'autres provinces » : *Hunt*, p. 310; à ce sujet, voir transcription, p. 9. À plus forte raison, les conclusions de droit ou mixtes de droit et de fait sur l'existence d'un titre ancestral ou d'autres droits ancestraux ou issus de traités sur des terres

Aboriginal title or other Aboriginal or treaty rights in land situated outside Quebec would not be binding on the courts of other provinces, regardless of whether such declarations were set out in the reasons or in the formal judgment: see also, in this regard, transcript, at pp. 10-11 and 46.

[191] We would note here that the strategy chosen by the Innu does not necessarily favour the proportionality of proceedings. The fact is that they are seeking authorization to engage, in Quebec, in long and costly proceedings that would, by their own admission, result in declarations that would have *no value* against the Crown of Newfoundland and Labrador. If they wished to embark on a "comprehensive land claim", they would then, by their own logic, have to recommence the same proceedings before the competent authorities in Newfoundland and Labrador: transcript, at p. 88. This emerges clearly from the exchanges between this Court and counsel for the Innu during the hearing:

[TRANSLATION] [Mr. Bertrand:] In fact, this is why the Court of Appeal invited them [the AGNL] to come and participate in the proceedings. And it was the same thing at trial. But they chose to appear only to challenge jurisdiction, that's all. But yes, in answer to your question, it . . .

Mr. Justice Gascon: But if they participate . . . Excuse me, but this is what I don't understand. If they participate . . . if the Court of Appeal invites them to participate in the proceedings, what would the reason be? Because you're telling me that they will participate in the proceedings, yes, but it won't be binding on them. Would you like to tell me what they'll be doing?

Mr. Bertrand: Well, they may be called in warranty too. They may be called in warranty too. They may choose to come to . . .

Mr. Justice Gascon: Yes, but the Court of Appeal's invitation to participate was extended in its judgment. It was not based on a call in warranty or . . .

Mr. Bertrand: Yes.

situées à l'extérieur du Québec, conclusions qui seraient par hypothèse tirées par la Cour supérieure du Québec — incompétente à cet égard —, ne lieraient pas les tribunaux des autres provinces, et ce, peu importe que ces déclarations soient contenues dans les motifs ou dans le dispositif formel du jugement : voir aussi, à ce sujet, transcription, p. 10-11 et 46.

[191] Nous soulignerions ici que la stratégie choisie par les Innus ne favorise pas nécessairement la proportionnalité des procédures. En effet, ils souhaitent être autorisés à s'engager au Québec dans un débat long et coûteux dont le résultat serait, selon leur propre admission, des déclarations *sans valeur* à l'égard de la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador. Dans la logique des Innus, ces derniers devraient par la suite, s'ils souhaitaient se lancer dans une « revendication territoriale globale », recommencer le même débat devant les autorités compétentes de Terre-Neuve-et-Labrador : transcription, p. 88. Cela ressort clairement des échanges survenus entre notre Cour et les procureurs des Innus lors de l'audience :

[Me Bertrand :] D'ailleurs, c'est pour ça que la Cour d'appel les invite à venir participer au débat [le PGTNL]. Puis, en première instance, c'était la même chose. Mais ils ont choisi de ne comparaître que pour contester la compétence, c'est tout. Mais, oui, en réponse à votre question, ça . . .

Monsieur le juge Gascon : Mais s'ils participent . . . Excusez-moi, mais c'est ça que je ne saisis pas, là. S'ils participent . . . si la Cour d'appel les invite à participer au débat, ce serait pourquoi? Parce que vous me dites qu'ils vont participer au débat, oui, mais ce ne sera pas opposable à eux. Voulez-vous bien me dire qu'est-ce qu'ils vont aller faire là?

Me Bertrand : Bien, ils peuvent être appelés en garantie pareil aussi. Ils peuvent être appelés en garantie pareil aussi. Ils peuvent choisir de venir pour . . .

Monsieur le juge Gascon : Oui, mais l'invitation à participer de la Cour d'appel est faite dans son arrêt, là. Elle n'est pas faite en fonction d'un appel en garantie ou de . . .

Me Bertrand : Oui.

Mr. Justice Gascon: . . . forced impleading. And you say: "Even if we continue — and this is what the Court of Appeal is inviting them to do — they can come and participate in the proceedings." But why then . . .

Mr. Bertrand: Well, but when . . .

Mr. Justice Gascon: . . . if this ultimately . . . if this ultimately doesn't make it binding and . . . which suggests to me that even in your scenario, other proceedings will be required, no doubt somewhere in Newfoundland, if only to ensure that these rights have an impact . . .

Mr. Bertrand: Yes.

Mr. Justice Gascon: . . . on that province.

Mr. Bertrand: Yes, but we can choose, as you know . . . Of course, even the court encouraged us in this regard. We can opt for discussions or negotiations, just as we can opt for court proceedings. But in the context of a comprehensive land claim, which is obviously very different from this case, which is really an action for damages . . .

But listen, Newfoundland may also not come and participate in the proceedings if it doesn't want to participate in them.

. . .

Mr. Justice Gascon: If I . . . just so I understand.

Mr. O'Reilly, Ad. E.: Yes.

Mr. Justice Gascon: You say that you're bringing an action for damages against IOC, against QNS, based on infringements of Aboriginal rights, of Aboriginal title. If you bring an action five years from now, this time against the Government of Quebec, the Government of Canada and the Government of Newfoundland, to have your Aboriginal rights and title recognized, how will the evidence differ from one case to the other?

Mr. O'Reilly, Ad. E.: Well, it's because there is . . . it will be necessary at that point to go into the constitutional sphere and the justification test to see whether there has really been an infringement. And that's when the

Monsieur le juge Gascon : . . . une mise en cause forcée, là. Puis vous dites : « Même si on continue — puis c'est ce que la Cour d'appel les invite à faire — ils peuvent venir participer au débat. » Mais pourquoi donc . . .

Me Bertrand : Bien, mais quand . . .

Monsieur le juge Gascon : . . . si, en bout de ligne, ça . . . si en bout de ligne, ça ne rend pas ça opposable puis la . . . ce qui m'amène à penser que, même dans votre scénario, ça va en prendre une autre procédure quelque part sans doute à Terre-Neuve, ne serait-ce que pour que ces droits-là aient un impact . . .

Me Bertrand : Oui.

Monsieur le juge Gascon : . . . sur cette province-là.

Me Bertrand : Oui, mais on peut choisir, comme vous le savez . . . Évidemment, même, la Cour nous encourageait à ça. On peut choisir la voie de la discussion, de la négociation, comme on peut également choisir la voie judiciaire. Mais, dans le contexte d'une revendication territoriale globale, qui est évidemment très distincte du présent dossier, qui est vraiment une action en dommages . . .

Mais, écoutez, ils peuvent ne pas venir aussi participer au débat s'ils ne veulent pas venir participer au débat, Terre-Neuve.

. . .

Monsieur le juge Gascon : Si je . . . juste que je comprenne, là.

M^e^ O'Reilly, Ad. E. : Oui.

Monsieur le juge Gascon : Vous dites que, là, vous faites un recours en dommages contre IOC, contre QNS sur la base des violations de droits ancestraux, de titre ancestral. Si vous prenez dans cinq ans d'ici un recours cette fois-ci dirigé contre le gouvernement du Québec, le gouvernement du Canada puis le gouvernement de Terre-Neuve pour faire reconnaître vos droits et titres ancestraux, en quoi la preuve d'un va être différente de la preuve de l'autre?

M^e^ O'Reilly, Ad. E. : Bien, c'est parce qu'il y a . . . il va falloir à ce moment-là aller dans le domaine constitutionnel et le test de la justification pour voir vraiment si on a porté atteinte. Et c'est là où va devenir très, très

constitutional debate will become very, very important, in my view. So it will be very different.

But here, all we're trying to do, we're saying: we have identified a group. That group is IOC, it's QNS&L. We are asserting the right against them only. So we can't go against, for example, Labrador City or Nalcor. We can't tell the forestry companies or all companies operating or all citizens working in Labrador . . .

(transcript, at pp. 86-88 and 107-8)

(b) *Claim for a Permanent Injunction*

[192] In their motion to institute proceedings, the Innu also seek a permanent injunction to put a stop to the operations, facilities and activities of the defendants, IOC and QNS&L: A.R., vol. II, at pp. 28-30. The relevant conclusions of that motion read as follows:

[TRANSLATION] **TO ISSUE** an order for a permanent injunction requiring the defendants, their officers, directors, employees, agents and subordinates and those acting in concert with the defendants to cease any activity related to the IOC megaproject, and in particular mining operations in Nitassinan, including in the Labrador City area, and requiring the defendants to cease their activities related to the Sept-Îles project at the port of Sept-Îles and in the Sept-Îles region;

TO ISSUE an order for a permanent injunction requiring the defendants, their officers, directors, employees, agents and subordinates and those acting in concert with the defendants not to build or operate mining, industrial, railway or port facilities, preventing them from carrying out or operating the mining, industrial, railway and port facilities in Nitassinan, and requiring them to immediately cease and to desist and refrain from carrying out all work, operations or activities associated with those facilities and all other work related thereto in Nitassinan, except with respect to the transportation and handling by the defendants of iron ore and other products from Cliffs Natural Resources (Cliffs Quebec), Labrador Iron Mines, Tata Steel Minerals Canada and, where applicable, ArcelorMittal;

important le débat constitutionnel, selon moi. Alors, ça va être très différent.

Mais, ici, tout ce qu'on essaie de faire, on dit : on a ciblé un groupe. Ce groupe-là, c'est IOC, c'est QNS&L. On invoque le droit vis-à-vis eux seulement. Donc, on ne peut pas aller à l'encontre, par exemple, de Labrador City, de Nalcor. On ne peut pas dire aux compagnies forestières ou à toutes les compagnies qui opèrent ou tous les citoyens qui opèrent au Labrador . . .

(transcription, p. 86-88 et 107-108)

b) *Demande d'émission d'une injonction permanente*

[192] Dans leur requête introductive d'instance, les Innus demandent aussi l'émission d'une injonction permanente afin de faire cesser les opérations, installations et activités des défenderesses IOC et QNS&L : d.a., vol. II, p. 28-30. Les conclusions pertinentes de la requête introductive d'instance se lisent comme suit :

RENDRE une ordonnance d'injonction permanente enjoignant les défenderesses, leurs officiers, dirigeants, employés, agents et préposés et ceux agissant de concert avec elles de cesser toute activité reliée au mégaprojet d'IOC et en particulier l'exploitation minière dans le Nitassinan, y compris dans la région de Labrador City, et enjoignant les défenderesses de cesser leurs activités reliées au projet de Sept-Îles, au port de Sept-Îles et dans la région de Sept-Îles;

RENDRE une ordonnance d'injonction permanente enjoignant les défenderesses, leurs officiers, dirigeants, employés, agents et préposés et ceux agissant de concert avec elles de ne pas construire ou exploiter d'installations minières, industrielles, ferroviaires ou portuaires, et empêchant celles-ci de réaliser ou d'exploiter les installations minières, industrielles, ferroviaires et portuaires au Nitassinan et de cesser immédiatement, de se désister et de s'abstenir de réaliser tous les travaux, opérations ou activités liés à ces installations et tous les autres travaux s'y rattachant au Nitassinan, sauf en ce qui concerne le transport et la manutention par les défenderesses du minerai de fer et autres produits de Cliffs Natural Resources (Cliffs Québec), Labrador Iron Mines, Tata Steel Minerals Canada et, le cas échéant, ArcelorMittal;

TO ISSUE an order for a permanent injunction requiring the defendants not to interfere in any manner with the plaintiffs' exercise of their rights and preventing them from causing damage to the environment and to the natural resources of Nitassinan; [pp. 32-33]

[193] These claims are also real in nature, because their purpose is clearly to "protect" Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights, which are real rights for the purposes of private international law. In Quebec law, an injunction is the [TRANSLATION] "appropriate procedural vehicle for enforcing [one's] right": *Oerlikon Aerospatiale inc. v. Ouellette*, [1989] R.J.Q. 2680 (C.A.), at p. 2686; see also, to the same effect, P.-A. Gendreau et al., *L'injonction* (1998), at p. 295; C. Belleau et al., *Précis de procédure civile du Québec* (4th ed. 2003), vol. 2, by D. Ferland and B. Emery, eds., at p. 444; *Crawford v. Fitch*, [1980] C.A. 583, at p. 585; *Société minière Louvem inc. v. Aur Resources Inc.*, [1990] R.J.Q. 772 (Sup. Ct.); *Plouffe v. Dufour*, [1992] R.J.Q. 47 (Sup. Ct.); *2848-2883 Québec inc. v. Tomiuk*, [1993] R.D.J. 400 (C.A.). In fact, [TRANSLATION] "in Quebec law, a variety of real actions (actions in revendication and confessory, negatory and even possessory actions) are [often] accompanied by a motion [for an injunction to end the unlawful encroachment]": Debruche, at p. 514.

[194] Therefore, under art. 3152 *C.C.Q.*, a court cannot grant a claim for a permanent injunction relating to immovable property situated outside the province: see, for example, *CGAO*, at paras. 8 and 11; *Khan Resources Inc.*, at paras. 19 and 24; see also, on this point, Pitel and Rafferty, at pp. 91-92.

(c) *Claim for Damages*

[195] In their motion to institute proceedings, the Innu also seek an award against the defendants, IOC and QNS&L, solidarily, for the payment of $900 million in damages: A.R., vol. II, at pp. 28 and 30-31. First, the Innu submit that the defendants' infringement of the Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights they believe they hold in Nitassinan constitutes a civil fault under art. 1457

RENDRE une ordonnance d'injonction permanente enjoignant les défenderesses de ne pas entraver de quelque manière que ce soit l'exercice par les demandeurs de leurs droits et qu'elles soient également empêchées de causer des dommages à l'environnement et aux ressources naturelles situées dans le Nitassinan; [p. 32-33]

[193] Ces demandes sont aussi de nature réelle, puisqu'elles visent manifestement à « protéger » un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités, lesquels sont des droits réels aux fins du droit international privé. En droit québécois, l'injonction est le « véhicule procédural approprié pour faire valoir son droit » : *Oerlikon Aerospatiale inc. c. Ouellette*, [1989] R.J.Q. 2680 (C.A.), p. 2686; voir aussi, au même effet, P.-A. Gendreau et autres, *L'injonction* (1998), p. 295; C. Belleau et autres, *Précis de procédure civile du Québec* (4e éd. 2003), vol. 2, par D. Ferland et B. Emery, dir., p. 444 ; *Crawford c. Fitch*, [1980] C.A. 583, p. 585; *Société minière Louvem inc. c. Aur Resources Inc.*, [1990] R.J.Q. 772 (C.S.); *Plouffe c. Dufour*, [1992] R.J.Q. 47 (C.S.); *2848-2883 Québec inc. c. Tomiuk*, [1993] R.D.J. 400 (C.A.). En fait, « en droit québécois, des actions réelles diverses (actions en revendication, actions confessoires, négatoires et même possessoires) se voient [souvent] adjoindre une requête [en injonction visant la suppression de l'emprise illicite] » : Debruche, p. 514.

[194] Ainsi, selon l'art. 3152 *C.c.Q.*, un tribunal ne peut faire droit à une demande d'émission d'une injonction permanente relativement à un immeuble situé à l'extérieur de la province : voir, par exemple, *CGAO*, par. 8 et 11; *Khan Resources Inc.*, par. 19 et 24; voir aussi, à ce sujet, Pitel et Rafferty, p. 91-92.

c) *Demande de dommages-intérêts*

[195] Dans leur requête introductive d'instance, les Innus demandent également la condamnation solidaire des défenderesses IOC et QNS&L au paiement de 900 millions de dollars à titre de dommages-intérêts : d.a., vol. II, p. 28 et 30-31. D'une part, les Innus affirment que la violation par les défenderesses du titre ancestral et des autres droits ancestraux ou issus de traités qu'ils estiment détenir sur le Nitassinan

C.C.Q.: pp. 24-28. Second, they raise an argument based on no-fault liability under art. 976 *C.C.Q.* in respect of neighbourhood disturbances: pp. 28-29.

(i) Claim for Damages Based on the Allegation of an Infringement by the Defendants, IOC and QNS&L, of Aboriginal Title and Other Aboriginal or Treaty Rights Relating to Land Situated in Newfoundland and Labrador (Article 1457 *C.C.Q.*)

[196] The AGNL challenges the jurisdiction of Quebec authorities over the claim for damages based on the allegation of an infringement of Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights relating to the part of Nitassinan that is situated outside Quebec: transcript, at pp. 11-13.

[197] In the case at bar, the claim for damages against the defendants, IOC and QNS&L — to the extent that it is based on the alleged infringement of the Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights the Innu claim to hold in Nitassinan — can be granted *only if* the Innu are able to obtain the recognition of that Aboriginal title and those other Aboriginal or treaty rights in Nitassinan. This was noted by the courts below, *and the Innu* have quite properly admitted it: Sup. Ct. reasons, at para. 77; C.A. reasons, at para. 90; Sup. Ct. Judgment Authorizing the Intervention of the AGNL, at para. 67; R.F., at paras. 73 and 82.

[198] A civil liability action is, in principle, a personal action. In the instant case, the personal aspect of the Innu's action is closely connected with its real aspect, since the success of the former *depends* on the success of the latter.

[199] Even though the personal aspect of the Innu's action [TRANSLATION] "remains governed by the traditional rules of civil liability" (*Laflamme v. Groupe Norplex inc.*, 2017 QCCA 1459, at para. 48 (CanLII)), it can succeed *only if* the Innu are able to obtain the recognition of Aboriginal title or other Aboriginal or treaty rights in Nitassinan, including in the parts of that territory that are situated in

constitue une faute civile visée à l'art. 1457 *C.c.Q.* : p. 24-28. D'autre part, ils se fondent sur la responsabilité sans faute visée à l'art. 976 *C.c.Q.* en matière de troubles de voisinage : p. 28-29.

(i) La demande de dommages-intérêts fondée sur l'allégation d'une violation par les défenderesses IOC et QNS&L du titre ancestral et des autres droits ancestraux ou issus de traités quant au territoire situé à Terre-Neuve-et-Labrador (art. 1457 *C.c.Q.*)

[196] Le PGTNL conteste la compétence des autorités québécoises à l'égard de la demande de dommages-intérêts fondée sur l'allégation d'une violation du titre ancestral et des autres droits ancestraux ou issus de traités quant à la partie du Nitassinan située à l'extérieur du Québec : transcription, p. 11-13.

[197] En l'espèce, la demande de dommages-intérêts dirigée contre les défenderesses IOC et QNS&L — dans la mesure où elle repose sur la violation alléguée du titre ancestral et des autres droits ancestraux ou issus de traités dont les Innus prétendent être titulaires sur le Nitassinan — ne peut être accueillie *que si* les Innus parviennent à faire reconnaître ce titre ancestral et ces autres droits ancestraux ou issus de traités sur le Nitassinan. Les juridictions inférieures l'ont noté *et les Innus* l'ont admis à juste titre : motifs de la C.S., par. 77; motifs de la C.A., par. 90; jugement de la C.S. autorisant l'intervention du PGTNL, par. 67; m.i., par. 73 et 82.

[198] En principe, une action en responsabilité civile est une action personnelle. En l'espèce, le volet personnel de l'action des Innus est intimement lié à son volet réel, car le succès du volet personnel *dépend* du succès du volet réel.

[199] Même si le volet personnel de l'action des Innus « demeure régi par les règles traditionnelles de la responsabilité civile » (*Laflamme c. Groupe Norplex inc.*, 2017 QCCA 1459, par. 48 (CanLII)), ce volet ne peut réussir *que si* les Innus parviennent à faire reconnaître un titre ancestral ou d'autres droits ancestraux ou issus de traités sur le Nitassinan, y compris sur les parties de ce territoire qui sont

Newfoundland and Labrador. However, Quebec authorities do not in fact have the jurisdiction required to hear an action for the recognition of Aboriginal title or other Aboriginal or treaty rights in land not situated in Quebec. It necessarily follows that, as matters stand at present, Quebec authorities must at least stay the proceedings on this point until a competent authority has recognized the existence of those rights in the parts of Nitassinan that are situated in Newfoundland and Labrador: art. 3152 *C.C.Q.*; Walker, at p. 23-1, citing *Montagne Laramee Developments Inc. v. Creit Properties Inc.* (2000), 47 O.R. (3d) 729 (S.C.J.), and *Design Recovery Inc. v. Schneider*, 2003 SKCA 94, 238 Sask. R. 212.

(ii) Claim for Damages for Neighbourhood Disturbances Suffered in Quebec but Caused by Acts Committed in Newfoundland and Labrador (Article 976 *C.C.Q.*)

[200] The AGNL correctly does not challenge the jurisdiction of Quebec authorities over the claim for damages for the neighbourhood disturbances allegedly suffered by the Innu *in Quebec* as a result of acts committed by the defendants, IOC and QNS&L, *in Newfoundland and Labrador*: transcript, at pp. 15-17 and 44-45; see also A.F., at para. 85:

> Had the claim been limited to seeking damages arising from alleged harms caused to the Respondents' asserted rights over territories situated in Québec, the SCQ would *a priori* have jurisdiction, even if such harms arose from activities emanating outside the Province of Québec. [Emphasis added.]

[201] As this Court held in *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, the remedy under art. 976 *C.C.Q.* remains first and foremost a claim that a person has, which makes it a personal action. Because the defendants are domiciled in Quebec and injury has been suffered in Quebec (art. 3148 para. 1(1) and (3) *C.C.Q.*), Quebec authorities have jurisdiction over this claim.

situées à Terre-Neuve-et-Labrador. Or, les autorités québécoises n'ont précisément pas la compétence requise pour entendre une action visant à faire reconnaître un titre ancestral ou d'autres droits ancestraux ou issus de traités sur des terres qui ne sont pas situées au Québec. Il s'ensuit nécessairement que, dans l'état actuel des choses, les autorités québécoises doivent à tout le moins suspendre l'instance sur ce point jusqu'à ce qu'une autorité compétente ait reconnu l'existence de ces droits sur les parties du Nitassinan qui sont situées à Terre-Neuve-et-Labrador : art. 3152 *C.c.Q.*; Walker, p. 23-1, référant à *Montagne Laramee Developments Inc. c. Creit Properties Inc.* (2000), 47 O.R. (3d) 729 (C.S.J.), et à *Design Recovery Inc. c. Schneider*, 2003 SKCA 94, 238 Sask. R. 212.

(ii) Demande de dommages-intérêts fondée sur les troubles de voisinage subis au Québec, mais causés par des gestes posés à Terre-Neuve-et-Labrador (art. 976 *C.c.Q.*)

[200] Avec raison, le PGTNL ne conteste pas la compétence des autorités québécoises à l'égard de la demande de dommages-intérêts fondée sur les troubles de voisinage que les Innus auraient subis *au Québec* en raison des gestes posés par les défenderesses IOC et QNS&L *à Terre-Neuve-et-Labrador* : transcription, p. 15-17 et 44-45; voir aussi m.a., par. 85 :

> [TRADUCTION] Si la demande se limitait à demander des dommages-intérêts en raison de l'atteinte alléguée aux droits revendiqués par les défendeurs sur des territoires situés au Québec, la CSQ serait a priori compétente, même si l'atteinte découlait d'activités menées à l'extérieur de la province de Québec. [Nous soulignons.]

[201] Comme notre Cour l'a décidé dans l'affaire *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, le recours fondé sur l'art. 976 *C.c.Q.* demeure avant tout un droit de créance appartenant à une personne, ce qui en fait une action personnelle. Les défenderesses étant domiciliées au Québec et un préjudice y ayant été subi (art. 3148 al. 1(1) et (3) *C.c.Q.*), les autorités québécoises sont compétentes à l'égard de cette demande.

(d) *Fiduciary Claim or Claim Based on Administration of the Property of Others With Respect to the Works and Facilities of the Defendants, IOC and QNS&L*

[202] Lastly, the Innu are claiming various fiduciary remedies ("constructive trust", "[c]ommon law trust" and "[f]iduciary trust") or remedies based on administration of the property of others (art. 1299 *C.C.Q.*) with respect to the works and facilities of the defendants, IOC and QNS&L: Motion to Institute Proceedings, A.R., vol. II, at p. 30. These claims are real in nature and, having regard to art. 3152 *C.C.Q.*, Quebec authorities cannot grant them if they relate to works or facilities of the defendants that are situated in Newfoundland and Labrador: J. Wass, "The Court's *In Personam* Jurisdiction in Cases Involving Foreign Land" (2014), 63 *I.C.L.Q.* 103, at p. 110 ("a claim asserting the existence of a constructive or resulting trust over foreign immovable property should usually be characterized as proprietary"); see also Walker, at p. 23-3; Goldstein and Groffier (2003), at No. 338.

(4) Conclusion Regarding the Jurisdiction of Quebec Authorities

[203] In summary, and as a result of art. 3152 *C.C.Q.*, Quebec authorities lack jurisdiction over: (1) the claim for "declaratory remedies" to recognize Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights in land situated in Newfoundland and Labrador; (2) the claim for a permanent injunction to put a stop to the operations, facilities and activities of the defendants, IOC and QNS&L, on land situated in Newfoundland and Labrador; and (3) the fiduciary claim or the claim based on administration of the property of others with respect to the defendants' works and facilities situated in Newfoundland and Labrador.

[204] In our view, it should therefore be ordered that the conclusions of the Innu's motion to institute proceedings, and specifically those that are declaratory or injunctive in nature and that relate to Nitassinan or to the IOC megaproject, be amended

d) *Demande de nature fiduciaire ou fondée sur l'administration du bien d'autrui à l'égard des ouvrages et installations des défenderesses IOC et QNS&L*

[202] Enfin, les Innus réclament divers remèdes de nature fiduciaire ([TRADUCTION] « fiducie constructoire », « fiducie de common law » et « fiducie ») ou fondés sur l'administration du bien d'autrui (art. 1299 *C.c.Q.*) à l'égard des ouvrages et installations des défenderesses IOC et QNS&L : Requête introductive d'instance, d.a., vol. II, p. 30. Ces demandes sont de nature réelle et, compte tenu de l'art. 3152 *C.c.Q.*, les autorités québécoises ne peuvent y faire droit si elles portent sur des ouvrages ou installations des défenderesses situés à Terre-Neuve-et-Labrador : J. Wass, « The Court's *In Personam* Jurisdiction in Cases Involving Foreign Land » (2014), 63 *I.C.L.Q.*, 103, p. 110 ([TRADUCTION] « une réclamation affirmant l'existence d'une fiducie par interprétation ou par déduction sur un bien immobilier étranger doit généralement être qualifiée de propriétale »); voir aussi Walker, p. 23-3; Goldstein et Groffier (2003), n° 338.

(4) Conclusion sur la compétence des autorités québécoises

[203] En résumé, et compte tenu de l'art. 3152 *C.c.Q.*, les autorités québécoises sont incompétentes à l'égard de : (1) la demande de « remèdes déclaratoires » en reconnaissance d'un titre ancestral et d'autres droits ancestraux ou issus de traités sur des terres situées à Terre-Neuve-et-Labrador; (2) la demande d'émission d'une injonction permanente visant à faire cesser les opérations, installations et activités des défenderesses IOC et QNS&L sur des terres situées à Terre-Neuve-et-Labrador; et (3) la demande de nature fiduciaire ou fondée sur l'administration du bien d'autrui concernant des ouvrages et installations des défenderesses situés à Terre-Neuve-et-Labrador.

[204] En conséquence, nous sommes d'avis qu'il y a lieu d'ordonner que les conclusions de la requête introductive d'instance des Innus, et plus spécifiquement les conclusions qui sont de nature déclaratoire ou injonctive et qui visent le Nitassinan ou le

so that they apply only to acts, activities or rights within Quebec's territory.

[205] That being said, it should not be ordered that the allegations in the motion to institute proceedings be struck, because, as the Superior Court judge properly explained in his reasons, the allegations concerning Nitassinan as a whole, including the parts of that territory that are situated in Newfoundland and Labrador, as well as the evidence relating thereto, could prove to be relevant during the trial on the merits in order to determine the existence of Aboriginal title and other Aboriginal or treaty rights *in Quebec*:

> [TRANSLATION] The Court finds that the nature of the action before it requires it to be extremely prudent. As has already been discussed, Aboriginal rights were exercised and are still exercised today without regard to provincial borders. We know from *Delgamuukw* that, with respect to recognition of Aboriginal title, oral narratives are allowed in the evidence stage of a trial. When such evidence is given, will only narratives concerning the situation in Québec be allowed even though, historically, the Innu paid no attention to the border? Can we conclude at this stage that evidence concerning the activities of the Innu in Newfoundland and Labrador is not relevant to establishing their rights and title in Québec? It seems obvious that the answer to these questions is no. At this point, the Court cannot set aside the relevance of evidence of the Innu's activities in Newfoundland and Labrador.
>
> (Sup. Ct. reasons, at para. 90)

[206] We note that, during the hearing in this Court, the AGNL acknowledged that the allegations in the Innu's motion to institute proceedings must be left intact so that evidence concerning their entire way of life can be heard at the trial in the Quebec Superior Court, as long as it is clearly recognized that Quebec authorities lack jurisdiction to grant any kind of remedy with respect to land situated outside Quebec: transcript, at pp. 7-9.

mégaprojet d'IOC, soient modifiées afin qu'elles se limitent à des faits, activités ou droits situés à l'intérieur des limites territoriales du Québec.

[205] Cela dit, il n'y a pas lieu d'ordonner la radiation des allégations de la requête introductive d'instance, car, comme l'explique à bon droit le juge de la Cour supérieure dans ses motifs, les allégations portant sur l'ensemble du Nitassinan, y compris sur les parties de ce territoire qui sont situées à Terre-Neuve-et-Labrador, tout comme la preuve s'y rapportant, pourraient se révéler pertinentes lors du procès au fond afin de déterminer l'existence du titre ancestral et des autres droits ancestraux ou issus de traités situés *au Québec* :

> Le Tribunal estime que la nature du recours devant lui demande une prudence accrue. Comme il en a déjà été discuté, les droits ancestraux s'exerçaient et s'exercent à ce jour sans égard aux frontières provinciales. On sait par l'arrêt *Delgamuukw* qu'en matière de reconnaissance de titre autochtone, l'administration de la preuve par des récits oraux est permise. En administrant cette preuve, est-ce qu'uniquement les récits de la situation au Québec seront permis, et ce, dans une situation où historiquement les Innus ne portaient pas attention à la frontière? Peut-on conclure à ce stade que la preuve des activités des Innus à Terre-Neuve-et-Labrador n'est pas pertinente à la démonstration de leurs droits ou de leur titre au Québec. Il semble évident que ces questions se répondent par la négative. Le Tribunal ne peut pas maintenant écarter la pertinence de la preuve des activités des Innus à Terre-Neuve-et-Labrador.
>
> (motifs de la C.S., par. 90)

[206] Nous notons que, lors de l'audience devant notre Cour, le PGTNL a reconnu la nécessité de laisser intactes les allégations de la requête introductive d'instance des Innus afin qu'une preuve sur l'ensemble de leur mode de vie puisse être entendue lors du procès devant la Cour supérieure du Québec, pourvu que l'incompétence des autorités québécoises pour octroyer quelque forme de redressement que ce soit à l'égard de terres situées à l'extérieur du Québec soit clairement reconnue : transcription, p. 7-9.

C. *Some Potential Solutions*

(1) Transboundary Nature of Aboriginal Rights

[207] As we noted above, the existing Aboriginal and treaty rights of the Indigenous peoples of Canada are recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Although these rights are undoubtedly equal in importance and significance to the other constitutional rights, including the rights enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, they differ — in several respects — from the other rights protected by our Constitution. They are, first of all, held *only* by the Indigenous peoples of Canada, precisely "because they are [Indigenous]": *Van der Peet*, at paras. 19-20; Hogg, at p. 28-22; T. Isaac, *Aboriginal Law* (5th ed. 2016), at p. 14. Second, constitutional rights are generally either *negative* (in the sense that they protect individuals from unjustified state intrusion) or *positive* (in the sense that they confer certain benefits, such as language rights or voting rights). In contrast, Aboriginal rights are special or *sui generis* rights with a special legal and constitutional status: *Van der Peet*, at paras. 27 and 30; Hogg, at p. 28-22. In particular, the existence of Aboriginal rights predates the Canadian constitutional order. Hence this Court's recognition of s. 35(1)'s purpose as being to reconcile the prior presence of Indigenous peoples on Canadian territory with the assertion of Crown sovereignty over that same territory: *Van der Peet*, at paras. 31, 36 and 43; *Delgamuukw*, at para. 186.

[208] Another respect in which Aboriginal rights are distinct from other constitutional rights is the fact that they are connected — to varying degrees — with the land. Aboriginal rights arise *both* from the prior occupation of land *and* from the prior social organization and distinctive cultures of Indigenous peoples on that land: *Van der Peet*, at para. 74; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, at para. 29. This aspect of Aboriginal rights is of particular significance here, because in seeking a declaratory judgment, among other remedies, the Innu are claiming Aboriginal *title*, which — as we explained above — denotes

C. *Quelques pistes de solution*

(1) Caractère transfrontalier des droits ancestraux

[207] Tel que nous l'avons déjà souligné, les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Même si ces droits ont sans aucun doute une portée et une importance égales à celles des autres droits constitutionnels, y compris les droits inscrits dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, ils se distinguent — à plusieurs égards — des autres droits qui sont protégés par notre Constitution. D'abord, ces droits sont détenus *seulement* par les peuples autochtones du Canada, précisément « parce qu'ils sont des autochtones » : *Van der Peet*, par. 19-20; Hogg, p. 28-22; T. Isaac, *Aboriginal Law* (5e éd. 2016), p. 14. Ensuite, les droits constitutionnels sont généralement soit *négatifs* (en ce sens qu'ils protègent l'individu contre l'intrusion injustifiée de l'État), soit *positifs* (en ce sens qu'ils confèrent certains avantages, comme les droits linguistiques et le droit de vote). Au contraire, les droits ancestraux sont des droits spéciaux ou *sui generis* qui jouissent d'un statut juridique et constitutionnel particulier : *Van der Peet*, par. 27 et 30; Hogg, p. 28-22. Notamment, l'existence des droits ancestraux précède l'ordre constitutionnel canadien, ce qui explique la reconnaissance par notre Cour que l'objet du par. 35(1) est de concilier la présence antérieure des peuples autochtones sur le territoire canadien avec l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur ce même territoire : *Van der Peet*, par. 31, 36 et 43; *Delgamuukw*, par. 186.

[208] Un autre aspect des droits ancestraux qui les distingue des autres droits constitutionnels est le fait qu'ils se rattachent — à différents degrés — à la terre. En effet, les droits ancestraux découlent *à la fois* de l'occupation antérieure du territoire *et* de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire : *Van der Peet*, par. 74; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 29. Cet aspect des droits ancestraux est particulièrement important en l'espèce, puisque les Innus revendiquent entre autres par voie de jugement déclaratoire un *titre* ancestral, ce qui — comme nous

an interest *in land*, that is, an "Aboriginal interest in land that burdens the Crown's underlying title": *Tsilhqot'in Nation*, at para. 69.

[209] This particular quality of the right asserted here — an interest *in land* — looms large, since the historical Indigenous presence in and occupation of North America *predate* the colonial and later constitutional imposition of provincial boundaries in Canada. It follows logically that, as here, Indigenous peoples will occasionally assert Aboriginal rights — including Aboriginal title — over a traditional territory that extends across provincial boundaries. And it follows just as logically that, if reconciliation is to be achieved between Indigenous peoples' prior occupation of Canadian territory and Crown sovereignty over that same territory, we must account for the reality that a transboundary claim for Aboriginal rights — including Aboriginal title — may cross the provincial borders established by the Crown.

[210] However, prior occupation by Indigenous peoples is only one of the *two* elements of our constitutional order and our history that must be reconciled, the second being federalism, a "fundamental and organizing principl[e] of the Constitution", and its concomitant recognition of the sovereignty of the provincial Crown on matters falling within provincial jurisdiction: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 32 ("*Secession Reference*"); see also *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511, at para. 5; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, at para. 78. And, in our constitutional order, as we mentioned above, provincial jurisdiction is *territorially limited*, in recognition of two related principles. The first — the equality of the provinces within the Canadian federation — has been stated as follows by Ruth Sullivan:

l'avons expliqué précédemment — dénote l'existence d'un droit *foncier*, c'est-à-dire d'un « droit des Autochtones sur les terres qui grève le titre sous-jacent de la Couronne » : *Nation Tsilhqot'in*, par. 69.

[209] Cet aspect du droit que les Innus cherchent à faire reconnaître et à protéger en l'espèce — un droit *foncier* — revêt une grande importance, puisque la présence des peuples autochtones en Amérique du Nord et leur occupation historique du territoire ont *précédé* l'imposition (d'abord coloniale, puis constitutionnelle) des frontières provinciales sur le territoire canadien. Il s'ensuit logiquement que, parfois, comme en l'espèce, les peuples autochtones cherchent à faire reconnaître et à protéger des droits ancestraux — y compris un titre ancestral — sur un seul et même territoire traditionnel qui chevauche les frontières entre différentes provinces. Il s'ensuit tout aussi logiquement que, si l'on souhaite atteindre l'objectif de conciliation entre la présence antérieure des peuples autochtones sur le territoire canadien et l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur ce même territoire, il faut nécessairement tenir compte de la possibilité bien réelle qu'un seul et même territoire traditionnel sujet à une revendication transfrontalière de droits ancestraux — y compris d'un titre ancestral — franchisse les frontières provinciales fixées par la Couronne.

[210] Toutefois, l'occupation antérieure pour les peuples autochtones n'est que l'un des *deux* éléments de notre ordre constitutionnel et de notre histoire que nous devons concilier, le second étant le « princip[e] constitutionne[l] directeu[r] fondamenta[l] » du fédéralisme et son corollaire, la souveraineté de la couronne provinciale dans les matières relevant de la compétence provinciale : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 32 (« *Renvoi sur la sécession* »); voir aussi *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511, par. 5; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 78. Or, dans notre ordre constitutionnel, la compétence provinciale est, comme nous l'avons déjà signalé, *limitée territorialement*, et ce, en reconnaissance de deux principes connexes. Le premier — l'égalité des provinces au sein de la fédération canadienne — a été exprimé comme suit par l'autrice Ruth Sullivan :

The provinces of Canada . . . are of equal dignity and each is vested with identical exclusive jurisdiction over the subjects listed in section 92. This jurisdiction is necessarily confined to matters "in the Province" because any other arrangement would permit one province to violate the internal sovereignty of its fellow provinces.

(Sullivan, at p. 528, cited with approval in *1068754 Alberta Ltd. v. Québec (Agence du revenu)*, 2019 SCC 37, [2019] 2 S.C.R. 993, at para. 83 ("*Bitton Trust*"))

[211] The second principle — respect for the sovereignty of other provinces within their respective legislative spheres — was enunciated by this Court in *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63, at para. 51:

This territorial restriction is fundamental to our system of federalism in which each province is obliged to respect the sovereignty of the other provinces within their respective legislative spheres, and expects the same respect in return. It flows from the opening words of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, which limit the territorial reach of provincial legislation: "In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to" the enumerated heads of power. The authority to legislate in respect of insurance is founded in s. 92(13), which confers on each legislature the power to make laws in relation to "Property and Civil Rights in the Province".

[212] Therefore, the goal of reconciliation cannot be achieved by recognizing prior occupation by Indigenous peoples on the one hand while disregarding the constitutional principle of federalism and of the sovereignty of the provincial Crown on the other, thereby contravening the well-established principle that one part of the Constitution cannot abrogate another part of the Constitution: *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 390. Just as this Court has said that the only fair and just reconciliation is one that is achieved by "tak[ing] into account the aboriginal perspective while at the same time taking into account the perspective of the

[TRADUCTION] Les provinces du Canada [. . .] jouissent d'une dignité équivalente et chacune d'entre elles est investie de la même compétence exclusive sur les matières énumérées à l'article 92. Cette compétence se limite forcément aux matières « dans la province » parce que tout autre régime permettrait à une province de violer la souveraineté interne des autres provinces.

(Sullivan, p. 528; cité avec approbation dans *1068754 Alberta Ltd. c. Québec (Agence du revenu)*, 2019 CSC 37, [2019] 2 R.C.S. 993, par. 83 (« *Bitton Trust* »))

[211] Le second — le respect dû à la souveraineté législative des autres provinces dans leurs champs de compétence respectifs — a été énoncé par notre Cour dans *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63, par. 51 :

Cette restriction de la portée territoriale est fondamentale dans notre régime fédéral où chaque province est tenue de respecter la souveraineté législative des autres provinces dans leurs champs de compétence respectifs, et où elle s'attend au même respect en retour. Cette restriction ressort du passage liminaire de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui limite la portée territoriale des lois provinciales : « Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant » sous les chefs de compétence qui y sont énumérés. Le pouvoir de légiférer en matière d'assurance découle du par. 92(13), lequel confère à chaque province le pouvoir de faire des lois relatives à la « propriété et [aux] droits civils dans la province ».

[212] L'objectif de conciliation ne peut donc pas être atteint si l'on reconnaît d'une part l'occupation antérieure des peuples autochtones, tout en écartant d'autre part le principe constitutionnel du fédéralisme et de la souveraineté de la couronne provinciale, contrevenant par le fait même au principe bien établi selon lequel une partie de la constitution ne peut en abroger une autre : *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 390. Tout comme notre Cour a déjà affirmé que la seule façon juste et équitable d'atteindre l'objectif de conciliation est « de tenir compte à la fois du point de vue des autochtones et de la common law », de même faut-il, en

common law", the goal of reconciliation must similarly be achieved in this appeal by accounting *not only* for "the aboriginal perspective" — and thus the prior, borderless occupation of Canadian territory by Indigenous peoples — *but also* for the constitutional framework that accompanied Crown sovereignty and within which Canadian courts must operate: *Van der Peet*, at para. 50 (emphasis added); see also M. Walters, "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, at p. 413. As this Court stated in *Van der Peet*, at para. 49:

> The definition of an aboriginal right must, if it is truly to reconcile the prior occupation of Canadian territory by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty over that territory, take into account the aboriginal perspective, yet do so in terms which are cognizable to the non-aboriginal legal system. [Emphasis added.]

[213] In short, while Aboriginal rights are certainly *sui generis*, they exist "within the general legal system of Canada": *Van der Peet*, at para. 49. Indeed, the recognition and affirmation of Aboriginal rights by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* — which is part *of the Constitution of Canada* — made that clear. Aboriginal rights claims before the courts must therefore not go beyond what is permitted by "the Canadian legal and constitutional structure": *Van der Peet*, at para. 49; *Delgamuukw*, at para. 82; see also *Mitchell*, at para. 38.

(2) Access to Justice

[214] We are, however, mindful of another quality that is "fundamental to our constitutional arrangements", namely access to justice: *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31, at para. 41. Indeed, access to justice was described by this Court as a precondition to the rule of law: "[t]here cannot be a rule of law without access, otherwise the rule of law is replaced by a rule of men and women who decide who shall and who shall

l'espèce, réaliser l'objectif de conciliation en tenant compte *non seulement* « du point de vue des autochtones » — et donc de l'occupation antérieure et sans frontière du territoire canadien par ceux-ci —, *mais aussi* du cadre constitutionnel qui accompagne la souveraineté de la Couronne et dans lequel les tribunaux canadiens doivent opérer : *Van der Peet*, par. 50 (nous soulignons); voir aussi M. Walters, « British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights : A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia* » (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, p. 413. Comme notre Cour l'a énoncé dans *Van der Peet*, par. 49 :

> Pour concilier véritablement l'occupation antérieure du territoire canadien par les peuples autochtones avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur celui-ci, un droit ancestral doit être défini d'une manière qui, tout en tenant compte du point de vue des autochtones, soit néanmoins compatible avec le système juridique non autochtone. [Nous soulignons.]

[213] Bref, les droits ancestraux sont certes *sui generis*, mais ils existent « dans les limites du système juridique canadien » : *Van der Peet*, par. 49. En fait, la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* — lequel fait partie *de la Constitution du Canada* — constituent une manifestation claire de ce principe. Conséquemment, la revendication de droits ancestraux devant les tribunaux ne doit pas faire entorse à « l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada » : *Van der Peet*, par. 49; *Delgamuukw*, par. 82; voir aussi *Mitchell*, par. 38.

(2) Accès à la justice

[214] Nous sommes toutefois préoccupés par un autre élément qui constitue « un aspect fondamental de nos arrangements constitutionnels », à savoir l'accès à la justice : *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31, par. 41. En effet, notre Cour a déjà décrit l'accès à la justice comme étant une condition essentielle de la primauté du droit. « Il ne peut y avoir », selon notre Cour, « de primauté du droit sans accès aux tribunaux,

not have access to justice" (*B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, at p. 230). If people cannot bring legitimate issues to court, the creation and maintenance of positive laws will be hampered, as laws will not be given effect: *Trial Lawyers*, at para. 40.

[215] In *Trial Lawyers*, this Court explained that "[m]easures that prevent people from coming to the courts" to resolve disputes between individuals and decide questions of private and public law "are at odds with this basic judicial function": para. 32. "To prevent this business being done", the Court stated, "strikes at the core of the jurisdiction of the superior courts protected by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*": para. 32. It follows from this that the inherent jurisdiction of the superior courts under s. 96 provides "some degree of constitutional protection for access to justice": para. 39; see also W. J. Newman, "The Rule of Law, the Separation of Powers and Judicial Independence in Canada", in P. Oliver, P. Macklem and N. Des Rosiers, eds., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (2017), 1031, at p. 1037.

[216] We acknowledge that, without procedural adaptations, requiring Indigenous people to bring applications, and to have them heard, in several different forums in order to obtain the recognition and protection of Aboriginal rights in different parts of a single traditional territory that straddles provincial borders creates barriers to access to justice and undermines the efficient and timely adjudication of such claims. In such circumstances, bringing applications in several different forums in order to have them heard separately would require Indigenous people to expend significant cost and time advancing the same claim and would force the duplication of extensive documentary, oral and expert evidence: factum of the interveners Kitigan Zibi Anishinabeg and Algonquin Anishinabeg Nation Tribal Council, at para. 11. Such practical challenges amount to

autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d'hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice » : *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, p. 230. En effet, si les gens ne sont pas en mesure de saisir les tribunaux de questions légitimes, cela gênera la création et le maintien de règles de droit positif, car les lois ne seront pas appliquées : *Trial Lawyers*, par. 40.

[215] Dans l'arrêt *Trial Lawyers*, notre Cour a expliqué que « [d]es mesures qui empêchent des gens de s'adresser [. . .] aux tribunaux » afin de résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé et de droit public « vont à l'encontre de cette fonction fondamentale des cours de justice » : par. 32. « Empêcher l'exercice de ces activités », selon notre Cour, « attaque le cœur même de la compétence des cours supérieures que protège l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* » : par. 32. Par conséquent, la compétence inhérente des cours supérieures, qui est protégée par l'art. 96, accorde « une certaine protection constitutionnelle à l'accès à la justice » : par. 39; voir aussi W. J. Newman, « The Rule of Law, the Separation of Powers and Judicial Independence in Canada », dans P. Oliver, P. Macklem et N. Des Rosiers, dir., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (2017), 1031, p. 1037.

[216] Nous reconnaissons que, sans adaptations procédurales, obliger les autochtones à introduire puis à instruire dans plusieurs forums différents des demandes en reconnaissance et en protection de droits ancestraux sur différentes parties d'un seul et même territoire traditionnel qui chevauche les frontières entre différentes provinces nuit à l'accès à la justice et mine la possibilité d'une résolution efficace et rapide d'une revendication transfrontalière de droits ancestraux. Dans ces circonstances, introduire des demandes dans plusieurs forums différents afin qu'elles soient instruites séparément exigerait des autochtones qu'ils engagent d'importantes ressources dans des litiges longs et coûteux et forcerait le dédoublement d'une volumineuse preuve documentaire, orale et d'expert : mémoire des intervenants Kitigan Zibi Anishinabeg et le Conseil tribal de

barriers that limit the ability of Indigenous people to advance cross-border claims.

[217] At the same time, access to justice must be furnished within the confines of our constitutional order. Delivery of efficient, timely and cost-effective resolution of transboundary Aboriginal rights claims must occur within the structure of the Canadian legal system as a whole. But this is not to suggest that principles of federalism and provincial sovereignty preclude development by superior courts, in the exercise of their inherent jurisdiction, of innovative *yet* constitutionally sound solutions that promote access to justice. As this Court stated in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 2, "[t]he balance between procedure and access struck by our justice system must come to reflect modern reality and recognize that new models of adjudication can be fair and just".

(3) Inherent Jurisdiction

[218] In *Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162, this Court relied on the inherent jurisdiction of the provincial superior courts to facilitate access to justice in the context of multi-jurisdictional proceedings. In *Endean*, the superior courts of British Columbia, Quebec and Ontario had certified concurrent class action proceedings on behalf of individuals infected with hepatitis C by the Canadian blood supply. The parties had reached a pan-Canadian settlement agreement, and motions relating to that agreement had been brought before the three superior court judges supervising it. As the Court noted, "[c]lass counsel proposed that the most efficient and effective procedure for adjudicating the motions would be to have them heard by the three supervisory superior court judges sitting together in one location so that they would hear the same submissions and be better positioned to issue orders without 'material differences'. The supervisory judges were

la nation algonquine Anishinabeg, par. 11. Ces défis pratiques constituent des obstacles qui limiteraient la capacité effective des autochtones de revendiquer des droits ancestraux sur différentes parties d'un seul et même territoire traditionnel qui chevauche les frontières provinciales.

[217] Cela dit, l'accès à la justice doit être réalisé dans les limites de notre ordre constitutionnel. En effet, la résolution efficace, rapide et économique d'une revendication transfrontalière de droits ancestraux doit être assurée d'une façon qui soit compatible avec le système juridique canadien dans son ensemble. Cela ne veut pas dire, cependant, que le fédéralisme et la souveraineté de la couronne provinciale empêchent les cours supérieures, dans l'exercice de leur compétence inhérente, d'élaborer des solutions qui soient *à la fois* créatives *et* constitutionnelles, tout en favorisant l'accès à la justice. Comme notre Cour l'a affirmé dans *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 2 : « L'équilibre entre la procédure et l'accès à la justice qu'établit notre système de justice doit en venir à refléter la réalité contemporaine et à reconnaître que de nouveaux modèles de règlement des litiges peuvent être justes et équitables ».

(3) Compétence inhérente

[218] Dans *Endean c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162, notre Cour s'est fondée sur la compétence inhérente des cours supérieures provinciales afin de faciliter l'accès à la justice en contexte de procédures multijuridictionnelles. En effet, dans *Endean*, les cours supérieures de la Colombie-Britannique, du Québec et de l'Ontario avaient autorisé l'introduction de recours collectifs concomitants au nom de personnes ayant été infectées par l'hépatite C à la suite de transfusions sanguines reçues au Canada. Les parties avaient conclu une convention de règlement pancanadienne, et les juges des trois cours supérieures chargés de la supervision de la convention de règlement avaient été saisis de requêtes s'y rapportant. Comme la Cour le notait, « [l]es conseillers juridiques estimaient que la procédure la plus efficace et efficiente pour trancher ces requêtes serait de faire siéger ensemble les trois juges superviseurs des cours supérieures à un

to adjudicate on a paper record": para. 10. The issue before this Court was the source of the superior court judges' discretionary power to sit together outside their respective home provinces.

[219] The Court found that the relevant class action legislation gave the superior court judges the discretionary power to sit together outside their home provinces. The courts should exercise their statutory powers before drawing on their inherent jurisdiction, as the broad and loosely defined nature of the courts' inherent jurisdiction means that it should be exercised "sparingly and with caution": *Endean*, at para. 24. That said, where such statutory discretion has not been conferred, the superior courts' inherent jurisdiction provides a "residual source of power" that authorizes superior court judges to hold hearings outside the territorial limits of their home provinces: *Endean*, at paras. 23 and 60. In short, "inherent jurisdiction, among other things, empowers a superior court to regulate its proceedings in a way that secures convenience, expeditiousness and efficiency in the administration of justice": para. 60.

[220] The inherent jurisdiction of the superior courts is, however, subject to the "constraints of the Constitution", which may limit the courts' ability to exercise their inherent powers: paras. 62 and 79. When faced with the issue of whether to hold a hearing outside his or her home province in conjunction with other superior court judges hearing related applications, a superior court judge should keep in mind the following broad considerations: (1) whether sitting in a province other than his or her own will impinge on the sovereignty of another province; (2) the benefits and costs associated with the proposed out-of-province proceeding; and (3) any terms that should be imposed as a result of the proceeding: paras. 73-75.

seul endroit pour qu'ils puissent ainsi entendre les mêmes arguments et être mieux en mesure de rendre des ordonnances sans "différence importance". Les juges superviseurs devaient juger les requêtes sur dossier » : par. 10. La question en litige devant notre Cour portait sur la source de ce pouvoir discrétionnaire des juges des cours supérieures de siéger ensemble à l'extérieur de leur province de rattachement respective.

[219] Notre Cour a conclu que les lois pertinentes sur les recours collectifs conféraient aux juges des cours supérieures le pouvoir discrétionnaire de siéger ensemble à l'extérieur de leur province de rattachement. Les tribunaux devraient s'appuyer sur les pouvoirs que la loi leur confère avant d'exercer leur compétence inhérente, puisque le caractère vague et général de cette compétence fait en sorte qu'il faut l'exercer « avec circonspection » : *Endean*, par. 24. Cependant, si la loi n'a pas conféré un tel pouvoir discrétionnaire, la compétence inhérente des cours supérieures constitue une « source résiduelle de pouvoirs » qui autoriserait les juges des cours supérieures à tenir des audiences hors des limites territoriales de leur province de rattachement : *Endean*, par. 23 et 60. En somme, « la compétence inhérente habilite les cours supérieures notamment à contrôler leur procédure de manière à garantir la commodité, la célérité et l'efficacité de l'administration de la justice » : par. 60.

[220] La compétence inhérente des cours supérieures est toutefois assujettie aux « contraintes fixées par la Constitution » qui peuvent limiter la capacité des cours supérieures d'exercer leurs pouvoirs inhérents : par. 62 et 79. Lorsqu'un juge d'une cour supérieure est appelé à se prononcer sur l'opportunité de tenir une audience à l'extérieur de sa province de rattachement conjointement avec d'autres juges de cours supérieures saisis de demandes connexes, il devrait garder à l'esprit les facteurs généraux suivants : (1) si le fait de siéger dans une province autre que la sienne portera atteinte à la souveraineté de cette autre province, (2) les avantages et les coûts de la tenue de l'audience projetée à l'extérieur de la province, et (3) toute condition qui devrait être imposée, le cas échéant : par. 73-75.

[221] This list is not exhaustive; other factors and concerns may arise in the circumstances of a particular case: para. 76. But, significantly in our view, the assumption underlying all of these considerations is that each superior court judge would have subject-matter and personal jurisdiction over the parties and the issues if the hearing were held within his or her home jurisdiction: para. 72.

[222] In our view, this Court's decision in *Endean* authorizes superior court judges from different provinces to draw on their statutory jurisdiction — or, where necessary, their inherent jurisdiction — to sit together and hold a joint hearing on applications that have been brought in the superior courts of more than one province because they seek the recognition and protection of Aboriginal rights in different parts of a single traditional territory that straddles provincial borders.

[223] One thing is certain: in *Endean*, this Court *in no way* limited its conclusions to multijurisdictional class actions. As Professor Hogg notes, "the ruling on inherent jurisdiction [in *Endean*] made clear that the power of a superior-court judge to sit out of province would exist even in a proceeding that was not a class action": p. 13-30.2. Where applications for the recognition and protection of Aboriginal rights are based on activities that have taken place in a single traditional territory that straddles provincial borders, the evidence before the superior courts of each province will often be the same, resulting in the same record. In such cases, and subject to other considerations, a transboundary Aboriginal rights claim will stand a better chance of being resolved in an efficient, timely and cost-effective manner if the superior court judges sit together for a single joint hearing arising from the joinder of the applications brought in each of the superior courts concerned.

[221] Cette énumération n'est pas exhaustive; ainsi, d'autres facteurs et d'autres questions pourront entrer en jeu selon les circonstances des affaires en cause : par. 76. Cependant, il importe selon nous de souligner que l'hypothèse qui sous-tend tous ces facteurs est que chaque juge de cour supérieure aurait compétence *ratione materiae* et *ratione personae* sur les parties et sur les questions en litige si l'audience avait lieu dans sa province de rattachement : par. 72.

[222] À notre avis, la décision de notre Cour dans l'affaire *Endean* autorise les juges des cours supérieures de différentes provinces à puiser à même la compétence qui leur est conférée par la loi — ou, si nécessaire, à même leur compétence inhérente — afin de siéger ensemble pour entendre conjointement des demandes qui ont été introduites devant les cours supérieures de plus d'une province du fait qu'elles visent la reconnaissance et la protection de droits ancestraux sur différentes parties d'un seul et même territoire traditionnel qui chevauche les frontières entre ces provinces.

[223] Chose certaine, dans l'arrêt *Endean*, notre Cour n'a *aucunement* limité ses conclusions aux recours collectifs multijuridictionnels. Comme le note le professeur Hogg, [TRADUCTION] « la décision sur la compétence inhérente [dans *Endean*] a clairement établi que le pouvoir d'un juge d'une cour supérieure de siéger hors de la province existerait même dans une procédure qui n'est pas une action collective » : p. 13-30.2. Lorsque des demandes visant à faire reconnaître et à protéger des droits ancestraux reposent sur des activités ayant eu lieu sur un seul et même territoire traditionnel qui chevauche les frontières entre différentes provinces, la preuve devant les cours supérieures de ces provinces sera souvent la même, de sorte que le dossier en résultant sera aussi souvent le même. Dans ces circonstances, et sous réserve d'autres facteurs, si les juges des cours supérieures siègent ensemble au cours d'une seule et même audience conjointe résultant d'une jonction des demandes introduites devant chacune des cours supérieures concernées, une revendication transfrontalière de droits ancestraux a de meilleurs chances d'être résolue de manière efficace, rapide et économique.

[224] Each judge must, of course, remain free to arrive at his or her own decision on the merits. Aboriginal rights claims "must be proven on the basis of cogent evidence establishing their validity on the balance of probabilities"; therefore, "[s]parse, doubtful and equivocal evidence cannot serve as the foundation for a successful claim": *Mitchell*, at para. 51; see also *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 46. "In considering whether a claim to an aboriginal right has been made out, courts must look at both the relationship of an aboriginal claimant to the land *and* at the practices, customs and traditions arising from the claimant's distinctive culture and society": *Van der Peet*, at para. 74. The evidence supporting an Aboriginal rights claim may be stronger respecting the territory of one province than that of another. Although each superior court judge will hear the same evidence, each judge will make factual and legal findings in light of the circumstances specific to his or her home province. In short, each judge retains the authority to decide the case on the merits on the basis of the evidence adduced.

[225] The three general considerations set out in *Endean* (the sovereignty of the other provinces, the benefits and costs of the proposed out-of-province proceeding, and any terms that should be imposed) might also guide a superior court judge faced with the issue of whether to hear related applications concerning Aboriginal rights in conjunction with other superior court judges. The unique nature of Aboriginal rights claims, however, means that the second consideration set out in *Endean* — the benefits and costs of the proposed out-of-province proceeding — will generally weigh in favour of holding a single joint hearing so that such related applications can be heard at the same time and decided on the same evidence.

[226] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* constitutionalizes the right of Indigenous peoples

[224] Chaque juge doit, bien sûr, demeurer libre de parvenir à sa propre décision sur le fond. Le bien-fondé d'une revendication de droits ancestraux « doit être établi sur la base de preuves convaincantes selon la prépondérance des probabilités »; par conséquent « [d]es preuves éparses, incertaines et équivoques ne peuvent établir le bien-fondé d'une revendication » : *Mitchell*, par. 51; voir aussi *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 46. « Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer *et* les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire *et* les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société » : *Van der Peet*, par. 74. La preuve présentée au soutien d'une revendication de droits ancestraux peut être plus forte à l'égard du territoire d'une province que d'une autre. Même si les juges des cours supérieures entendront la même preuve, chacun d'entre eux arrivera à des conclusions factuelles et juridiques à la lumière des circonstances propres à sa province de rattachement. Bref, chaque juge conserve le pouvoir de décider l'affaire au fond sur la base de la preuve qui lui est présentée.

[225] Les trois facteurs généraux énumérés dans *Endean* (c.-à-d. la souveraineté des autres provinces, les avantages et les coûts de la tenue de l'audience projetée à l'extérieur de la province ainsi que toute condition qui devrait être imposée) pourraient aussi guider un juge d'une cour supérieure appelé à se prononcer sur l'opportunité d'entendre conjointement avec d'autres juges de cours supérieures des demandes connexes en matière de droits ancestraux. Cependant, la nature unique des revendications de droits ancestraux signifie que le second facteur énuméré dans *Endean* — les avantages et les coûts de la tenue de l'audience projetée à l'extérieur de la province — favorisera généralement la tenue d'une seule et même audience conjointe afin que de telles demandes connexes puissent être instruites en même temps et jugées sur la même preuve.

[226] L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* constitutionnalise le droit des peuples

to claim Aboriginal rights and title in Canada. Aboriginal rights claims are complex, lengthy, and involve prodigious amounts of evidence: see, for example, *Delgamuukw*, at para. 89. Such evidence may include oral histories and other testimony based on the personal knowledge of witnesses. As aptly summarized by Satanove J. in *Hereditary Chiefs Tony Hunt v. Attorney General of Canada*, 2006 BCSC 1368, at para. 26 (CanLII):

> I think it must be recognized that just as aboriginal rights are *sui generis*, aboriginal rights litigation is also unique. It involves hundreds of years of history and sometimes unconventional techniques of fact finding. It involves lofty, often elusive concepts of law such as the fiduciary duty and honour of the Crown. We cannot simply view aboriginal claims in the same light as other civil litigation. I believe effective case management of aboriginal litigation requires an effort on behalf of all parties and the court to find a creative way to try the issues without invoking oppressive conduct that deters the plaintiffs or prejudices the defendants.

[227] Absent exceptional circumstances, the broader interests of the administration of justice would also generally favour holding a single joint hearing so that related applications for the recognition and protection of Aboriginal rights in different parts of a single traditional territory that straddles provincial borders can be heard at the same time and decided on the same evidence. Indeed, it is the responsibility of superior court judges to "actively manage the legal process in line with the principle of proportionality": *Hryniak*, at para. 32.

[228] The statutory authority allowing for a superior court judge to participate in such a joint hearing may well be found in the relevant provincial Judicature Acts, other provincial civil proceedings legislation or the rules of court. As the source of such authority, if it exists, varies between provinces and was not argued in this case, we make no comment

autochtones de revendiquer un titre ancestral et d'autres droits ancestraux au Canada. Les revendications de droits ancestraux sont longues, complexes, et génèrent une énorme quantité d'éléments de preuve : voir, par exemple, *Delgamuukw*, par. 89. Une telle preuve peut comprendre des récits oraux et d'autres témoignages résultant de la connaissance personnelle de certains témoins. Comme l'a très justement résumé la juge Satanove dans *Hereditary Chiefs Tony Hunt c. Attorney General of Canada*, 2006 BCSC 1368, par. 26 (CanLII) :

> [TRADUCTION] Je pense qu'il faut reconnaître que tout comme les droits des autochtones sont *sui generis*, les litiges relatifs aux droits des autochtones sont également uniques. Ils renvoient à des centaines d'années d'histoire et font parfois appel à des techniques non conventionnelles de recherche des faits. Ils réfèrent à des concepts juridiques nobles mais souvent insaisissables, tels que le devoir fiduciaire et l'honneur de la Couronne. Nous ne pouvons pas simplement considérer les revendications des autochtones avec le même regard que les autres litiges civils. Je pense qu'une gestion efficace des litiges autochtones exige un effort de la part de toutes les parties et du tribunal pour trouver une manière créative de juger les questions en litige sans invoquer une conduite oppressive qui dissuade les demandeurs ou porte préjudice aux défendeurs.

[227] En l'absence de circonstances exceptionnelles, les intérêts généraux de l'administration de la justice favoriseraient également, et généralement, la tenue d'une seule et même audience conjointe afin que des demandes connexes visant la reconnaissance et la protection de droits ancestraux sur différentes parties d'un seul et même territoire traditionnel qui chevauche les frontières entre différentes provinces puissent être instruites en même temps et jugées sur la même preuve. En effet, les juges des cours supérieures ont l'obligation de « gérer activement le processus judiciaire dans le respect du principe de la proportionnalité » : *Hryniak*, par. 32.

[228] Le pouvoir conféré par la loi au juge d'une cour supérieure de participer à une telle audience conjointe pourrait bien se trouver dans les lois provinciales pertinentes sur l'organisation judiciaire, d'autres lois provinciales sur la procédure civile ou encore dans les règles de procédure des tribunaux. Puisque la source de ce pouvoir, s'il en est, varie

as to the particular provisions which might *authorize* such proceedings.

[229] Nor did the parties refer us to specific provisions that would *preclude* holding such a hearing: see, in this regard, *Endean*, at para. 62 ("absent some clear limitation . . . the inherent jurisdiction of the superior courts extends to permitting the court to hold the sort of hearing in issue here"). We will therefore also refrain from expressing any view on whether such a *clear limitation* would be constitutionally valid or would apply to a transboundary Aboriginal rights claim in light of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* or s. 96 of the *Constitutional Act, 1867* and of the *degree of constitutional protection* that the latter provides for access to justice, but also for the inherent jurisdiction of the superior courts.

[230] In any event, the power of superior court judges to hold the kind of hearing in issue here need not have been conferred by statute, even though courts ought to look first to their statutory powers before considering their inherent jurisdiction: *Endean*, at para. 19. Absent such legislative authorization, superior court judges may draw on their inherent jurisdiction, which includes the power to regulate their process and proceedings: Jacob, at p. 32. As this Court stated in *Endean*, at para. 60:

> . . . the superior courts' inherent jurisdiction is a residual source of power which a superior court may draw on in order to ensure due process, prevent vexation and to do justice according to law between the parties. One aspect of these inherent powers is the power to regulate the court's process and proceedings: Jacob, at pp. 25 and 32-40. As Master Jacob put it, "it is difficult to set the limits upon the powers of the court in the exercise of its inherent jurisdiction to control and regulate its process, for these limits are coincident with the needs of the court to fulfil its judicial functions in the administration of justice": p. 33. In short, inherent jurisdiction, among other things,

d'une province à l'autre et n'a fait l'objet d'aucun débat en l'espèce, nous nous abstenons de faire quelque commentaire que ce soit sur les dispositions particulières qui pourraient *autoriser* la tenue d'une telle audience conjointe.

[229] Les parties n'ont pas non plus porté à notre attention de dispositions particulières qui *empêcheraient* la tenue d'une audience de ce genre : voir, à ce sujet, *Endean*, par. 62 (« à défaut de restriction explicite, les cours supérieures peuvent, en vertu de leur compétence inhérente, tenir le type d'audiences qui nous intéresse en l'espèce »). Par conséquent, nous nous abstenons également d'exprimer une opinion sur la validité constitutionnelle d'une telle *restriction explicite* ou sur son applicabilité à une revendication transfrontalière de droits ancestraux à la lumière de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *certaine protection constitutionnelle* que ce dernier article accorde à l'accès à la justice, mais aussi à la compétence inhérente des cours supérieures.

[230] Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire que le pouvoir des juges des cours supérieures de tenir le genre d'audience qui nous intéresse ici ait été conféré par la loi et ce, même si les tribunaux doivent s'enquérir des pouvoirs que la loi leur confère avant d'examiner leur compétence inhérente : *Endean*, par. 19. En l'absence d'un tel pouvoir conféré par la loi, les juges des cours supérieures peuvent puiser à même leur compétence inhérente, laquelle comprend le pouvoir d'assurer le bon déroulement des instances et de contrôler leurs propres procédures : Jacob, p. 32. Comme notre Cour l'a énoncé dans *Endean*, par. 60 :

> . . . la compétence inhérente des cours supérieures est une source résiduelle de pouvoirs à laquelle ces cours peuvent puiser pour veiller à l'application régulière de la loi, empêcher les abus et s'assurer de rendre justice aux parties. Un des aspects de ces pouvoirs inhérents est le pouvoir d'assurer le bon déroulement de l'instance et de contrôler la procédure : Jacob, p. 25 et 32-40. Comme le protonotaire Jacob l'explique, [TRADUCTION] « il est difficile de fixer des limites aux pouvoirs du tribunal en ce qui concerne l'exercice de ses pouvoirs inhérents de contrôler et de réglementer sa procédure, car les limites en question correspondent aux besoins du tribunal de remplir

empowers a superior court to regulate its proceedings in a way that secures convenience, expeditiousness and efficiency in the administration of justice.

[231] In short, and broadly speaking, superior court judges may sit together and hear the same evidence at a single joint hearing arising from the joinder of the applications brought in each of the superior courts concerned. The practical conduct of extra-provincial proceedings for cross-border Aboriginal rights claims is, of course, a matter best left to the discretion of the judges involved. Whether such a hearing proceeds with all the judges physically present, by video link or through other technological means will depend on the nature of the claims, the availability of judicial resources and the circumstances of the parties. A precondition to holding a joint extra-provincial hearing is, however, that the appropriate proceedings are commenced in each of the relevant superior courts. In this case, the fact that, to date, the Innu have not brought applications in Quebec *and* in Newfoundland and Labrador remains a barrier to the constitutional capacity of the superior courts to appropriately adjudicate their transboundary Aboriginal rights claim.

[232] We are aware that there are significant challenges involved in holding the sort of hearing in issue here. *Endean* was concerned with the hearing of a motion without "oral evidence" and without "resort to the court's coercive powers", such as "the power to direct a witness to appear, to answer questions and to make orders controlling behaviour during a court hearing": paras. 17, 58 and 78. In the instant case, on the other hand, we envision a hearing at which extensive evidence would be adduced, which could, of course, make managing the hearing difficult. With respect, we urge the superior court judges to make every possible effort to carefully address such difficulties by collaborating with one another and by exercising their inherent jurisdiction and their discretionary powers. Our goal here is not to regulate the type of hearing envisioned in great detail,

ses fonctions judiciaires dans le cadre de l'administration de la justice » : p. 33. Bref, la compétence inhérente habilite les cours supérieures notamment à contrôler leur procédure de manière à garantir la commodité, la célérité et l'efficacité de l'administration de la justice.

[231] En somme, et généralement, les juges des cours supérieures peuvent siéger ensemble et entendre la même preuve au cours d'une seule et même audience conjointe résultant d'une jonction des demandes introduites devant chacune des cours supérieures concernées. La conduite pratique d'une audience de ce genre en matière de revendication transfrontalière de droits ancestraux doit, bien sûr, être laissée à la discrétion des juges qui y participent. La question de savoir si l'audience doit être tenue en la présence physique de tous les juges, par lien vidéo ou par un autre moyen technologique dépendra de la nature des demandes, de la disponibilité des ressources judiciaires et des circonstances dans lesquelles les parties se trouvent. Une condition préalable à la tenue d'une telle audience conjointe est, cependant, que les demandes appropriées aient été introduites devant chacune des cours supérieures concernées. En l'espèce, l'omission des Innus d'introduire des demandes, jusqu'à présent, au Québec *et* à Terre-Neuve-et-Labrador constitue un obstacle majeur à la capacité constitutionnelle des cours supérieures de disposer adéquatement de leur revendication transfrontalière de droits ancestraux.

[232] Nous sommes conscients du fait que la tenue du type d'audience qui nous intéresse ici présente des défis importants. Dans *Endean*, il s'agissait d'instruire une demande sans « preuve orale » et sans « recourir aux pouvoirs de contrainte de la cour », tels « le pouvoir de sommer un témoin de comparaître et de répondre à des questions et celui de rendre des ordonnances pour contrôler la conduite des parties en cours d'instance » : par. 17, 58 et 78. En l'espèce, nous envisageons au contraire la tenue d'une audience au cours de laquelle une preuve volumineuse serait administrée, ce qui pourrait évidemment engendrer des difficultés de gestion. Nous incitons avec égard les juges des cours supérieures à s'efforcer le plus possible de surmonter soigneusement ces difficultés par la collaboration entre eux et par l'exercice de leur compétence inhérente et de

but simply to provide some general guidance along with an exhortation to promote access to justice and the efficient, timely and cost-effective resolution of transboundary Aboriginal rights claims.

leurs pouvoirs discrétionnaires. Notre but ici n'est pas de régir le type d'audience envisagée dans le menu détail, mais plus simplement de donner des directives générales assorties d'une exhortation à favoriser l'accès à la justice et la résolution efficace, rapide et économique des revendications transfrontalières de droits ancestraux.

[233] A final note. While it would certainly be preferable for the attorneys general of the provinces concerned to consent to combined proceedings for multijurisdictional transboundary Aboriginal claims, such consent is not required in order for the courts to exercise their inherent jurisdiction to control their own process. Indeed, during the hearing in this Court, the AGNL admitted that he was not aware of any authority in support of the proposition that the parties' consent is needed for this purpose: transcript, at pp. 48-49.

[233] Un dernier point. Bien qu'il serait certainement préférable que les procureurs généraux des provinces concernées consentent à la tenue d'une audience conjointe multijuridictionnelle pour traiter des revendications transfrontalières de droits ancestraux, un tel consentement n'est pas requis pour qu'une cour supérieure exerce sa compétence inhérente de contrôler ses propres procédures. Lors de l'audience devant notre Cour, le PGTNL a d'ailleurs admis ne connaître aucune autorité au soutien de la proposition voulant que le consentement des parties soit nécessaire à cette fin : transcription, p. 48-49.

[234] As this Court stated in *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, however, lawyers play an important role in ensuring access to justice and upholding the rule of law: para. 22; see also Newman, at p. 1036. More to the point, they "must, in accordance with the traditions of their profession, act in a way that facilitates rather than frustrates access to justice": *Hryniak*, at para. 32. It follows that they should be mindful of this role when considering the possibility of combined hearings for multijurisdictional Aboriginal rights claims.

[234] Cependant, comme notre Cour l'a énoncé dans *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, les avocats jouent un rôle important pour favoriser l'accès à la justice et le respect de la primauté du droit : par. 22; voir aussi Newman, p. 1036. Plus précisément, les avocats « doivent, conformément aux traditions de leur profession, agir de manière à faciliter plutôt qu'à empêcher l'accès à la justice » : *Hryniak*, par. 32. Ainsi, ils devraient être conscients de ce rôle lorsqu'ils considèrent la possibilité de tenir une audience conjointe multijuridictionnelle pour traiter des revendications transfrontalières de droits ancestraux.

[235] Moreover, while the decision to hold this type of hearing remains a discretionary one, judges must also be mindful of *their* role, and of the role of their courts, in achieving access to justice. They must therefore exercise their discretionary powers — inherent or statutory — in a generous manner, with the clear intention of favouring any procedural adaptation that would promote access to justice and with due regard for the constitutional rights at stake.

[235] De plus, si la décision de tenir ce genre d'audience demeure discrétionnaire, les juges doivent également avoir conscience de *leur* rôle, et de celui de leurs cours, dans la réalisation de l'accès à la justice. Par conséquent, ils doivent exercer leurs pouvoirs discrétionnaires — inhérents ou d'origine législative — de façon généreuse, en ayant une intention claire de privilégier toute adaptation procédurale qui favoriserait l'accès à la justice et en tenant compte des droits constitutionnels qui sont en jeu.

D. *Approach Proposed by the Attorney General of Canada*

[236] Although well-meaning, the AGC's approach we described earlier (at para. 99), like that of our colleagues, will not in fact facilitate access to justice or the vindication of s. 35 rights, but rather will create more problems than it will resolve.

(1) The Effects on Canada's Constitutional Structure

[237] At the risk of repeating ourselves, we emphasize again that we share the concerns of the AGC and our colleagues of arriving at a solution in this matter that promotes access to justice and gives proper effect to s. 35 rights. Indigenous claimants need practical means to assert their rights. Litigation in this field can be costly and lengthy and require significant amounts of evidence. In our view, the solution proposed above of holding joint hearings provides a more practical and efficient avenue of asserting Aboriginal rights than the AGC's approach.

[238] In addition to these important access-to-justice concerns, the effects of the AGC's approach on our constitutional structure must also be considered. Reconciliation entails reconciling Indigenous interests *and* the structure of our modern Canadian state: one cannot be subverted to the other. This Court has repeatedly emphasized that the purpose of s. 35(1) is to reconcile Indigenous peoples' prior occupation with the assertion of Canadian sovereignty; it requires accounting for both of these realities: *Van der Peet*, at paras. 36 and 43; *Adams*, at para. 57; *Delgamuukw*, at para. 148; *Tsilhqot'in Nation*, at para. 14. In assessing claims of Aboriginal rights, courts must therefore consider the perspective of Indigenous peoples "in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure" (*Van der Peet*, at para. 49); "[t]rue reconciliation will, equally,

D. *Approche préconisée par le procureur général du Canada*

[236] Même si elle est bien intentionnée, dans les faits, l'approche préconisée par le PGC que nous avons décrite précédemment (par. 99), à l'instar de celle prescrite par nos collègues, ne facilitera pas l'accès à la justice ou la revendication des droits protégés par l'art. 35. Elle créera plutôt davantage de problèmes qu'elle n'en résoudra.

(1) Les effets sur la structure constitutionnelle du Canada

[237] Au risque de nous répéter, nous soulignons de nouveau que nous partageons les préoccupations du PGC et de nos collègues quant à l'importance d'en arriver dans la présente affaire à une solution qui favorise l'accès à la justice tout en donnant effet, comme il se doit, aux droits protégés par l'art. 35. Les demandeurs autochtones ont besoin de moyens pratiques pour faire valoir leurs droits. Les poursuites en cette matière peuvent être à la fois longues et coûteuses en plus de requérir une preuve étoffée. Selon nous, la solution proposée précédemment de tenir des audiences conjointes permettrait aux autochtones de faire valoir leurs droits de manière plus pratique et efficace que ne le ferait l'approche proposée par le PGC.

[238] En plus de ces préoccupations importantes quant à l'accès à la justice, il faut tenir compte des effets de l'approche préconisée par le PGC sur notre structure constitutionnelle. La réconciliation exige que l'on concilie les droits ancestraux *et* la structure de l'État canadien moderne : aucun n'a préséance sur l'autre. La Cour a souligné à maintes reprises que le par. 35(1) a pour objet de concilier l'occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones et l'affirmation de la souveraineté canadienne; cela requiert de tenir compte de ces deux réalités : *Van der Peet*, par. 36 et 43; *Adams*, par. 57; *Delgamuukw*, par. 148; *Nation Tsilhqot'in*, par. 14. Dans son appréciation d'une revendication invoquant l'existence d'un droit ancestral, le tribunal doit donc tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit, et il doit le faire « d'une manière

place weight on [the aboriginal and common law perspectives]" (para. 50).

(a) *The Reasons for Our Constitutional Structure*

[239] We have already touched on the territorial limits that the Constitution imposes on superior courts. It is useful to consider in more detail why this is so. These territorial limits stem from a simple reality: Canada is not a unitary state, and its institutions are divided according to provincial boundaries that do not conform to patterns of historic land use. This does not mean that Aboriginal title claims straddling provincial borders cannot be litigated efficiently; it means only that courts, in adjudicating such claims, have inherent limitations due to the constitutional framework from which they derive their authority.

[240] There are important reasons why our Constitution divided powers between the federal and provincial governments, and this historical background cannot be ignored. This division was not a formality or a matter of administrative convenience. Rather, "[f]ederalism was a legal response to the underlying political and cultural realities that existed at Confederation and continue to exist today": *Secession Reference*, at para. 43. Without federalism, Canada could not have formed or endured. Federalism "has from the beginning been the lodestar by which the courts have been guided" in interpreting the Constitution: para. 56; see also *Comeau*, at para. 82.

[241] The AGC's submissions, and notably that "superior courts have jurisdiction to decide section 35 rights of an Indigenous party as they affect another province" (p. 4), implicitly treat the provinces as if they were (at best) administrative units or (at worst) inconvenient technicalities. This

[. . .] compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada » (*Van der Peet*, par. 49); « [l]a conciliation véritable accorde, également, de l'importance [à la perspective autochtone et à celle de common law] » (par. 50).

a) *Les fondements de notre structure constitutionnelle*

[239] Nous avons déjà abordé la question des limites territoriales qu'impose la Constitution aux cours supérieures. Il est utile d'examiner plus en détail pourquoi il en est ainsi. Ces limites territoriales découlent d'une réalité toute simple : le Canada n'est pas un État unitaire, et ses institutions sont divisées en fonction de frontières provinciales qui ne reflètent pas les modes d'utilisation historique du territoire. Cela ne veut pas dire que les revendications de titres ancestraux qui chevauchent des frontières provinciales ne peuvent pas être portées devant les tribunaux de manière efficace; cela veut seulement dire que les tribunaux, lorsqu'ils se prononcent sur de telles revendications, sont assujettis à des restrictions inhérentes compte tenu du cadre constitutionnel dont ils tirent leur compétence.

[240] Les raisons pour lesquelles notre Constitution partage les pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux sont importantes, et il n'est pas possible de faire fi de ce contexte historique. Ce partage n'était pas une formalité ou une question de commodité administrative. « Le fédéralisme était [plutôt] la réponse juridique aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de la Confédération et qui existent toujours aujourd'hui » : *Renvoi sur la sécession*, par. 43. Sans le fédéralisme, le Canada n'aurait ni pu se former ni perdurer. « [L]les tribunaux ont toujours tenu compte du principe du fédéralisme [. . .], l'étoile qui les a guidés depuis le tout début » dans l'interprétation de la Constitution : par. 56; voir aussi *Comeau*, par. 82.

[241] Les observations du PGC — notamment le passage où il affirme que [TRADUCTION] « les cours supérieures ont compétence pour statuer sur les droits d'une partie autochtone protégés par l'art. 35 qui ont un effet sur une autre province » (p. 4) — traitent implicitement les provinces comme si elles étaient

is profoundly disrespectful of the constitutional order under which provinces are sovereign within their own jurisdiction. In 1867, it was not the Canadian state that created the provinces; rather, it was the provinces' colonial predecessors who created Canada.

[242] The system of provincial courts is "one of the important compromises of the Fathers of Confederation": *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 728. A key component of that compromise is the requirement that the judges of the superior courts be appointed from within the province. The judges of the Quebec superior courts "shall be selected from the Bar of that Province": *Constitution Act, 1867*, s. 98. Until the laws and procedures of the other provinces are made uniform, the judges of the other provinces "shall be selected from the respective Bars of those Provinces": *Constitution Act, 1867*, s. 97. Implicit in this is that, while superior court judges may be federally appointed, they are not *federal* judges, as the Superior Court judge seems to suggest.

[243] This Court explained in *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433, that the purpose of appointing judges from within a province is broader than mere legal competence. The issue was the interpretation of s. 6 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, which requires that three judges of this Court "shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province". McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ. wrote:

> The purpose of s. 6 is to ensure not only civil law training and experience on the Court, but also to ensure that Quebec's distinct legal traditions and social values are represented on the Court, thereby enhancing the confidence of the people of Quebec in the Supreme Court as the final arbiter of their rights. Put differently, s. 6 protects both the

(au mieux) des entités administratives ou (au pire) des structures gênantes. Cela est profondément irrespectueux envers l'ordre constitutionnel selon lequel les provinces sont souveraines dans leurs champs de compétence. En 1867, ce n'est pas l'État canadien qui a créé les provinces; ce sont plutôt les ancêtres coloniaux des provinces qui ont créé le Canada.

[242] Ce système de cours provinciales est « un des compromis importants des Pères de la Confédération » : *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, p. 728. L'exigence que les juges des cours supérieures soient issus de la province où ils siègent est un élément fondamental de ce compromis. Les juges de la cour supérieure du Québec « seront choisis parmi les membres du barreau de cette province » : *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 98. Jusqu'à ce que les lois et la procédure dans les cours des autres provinces soient rendues uniformes, les juges de ces provinces « devront être choisis parmi les membres des barreaux respectifs de ces provinces » : *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 97. Ainsi, il en découle que même si les juges des cours supérieures sont nommés par le fédéral, ils ne sont pas des juges *fédéraux*, comme semble le suggérer le juge de la Cour supérieure.

[243] Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, la Cour a expliqué que la nomination des juges parmi les membres du barreau d'une province vise plus que la simple compétence en droit. Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer sur l'interprétation de l'art. 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, qui prévoit que trois de ses juges « sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci ». La juge en chef McLachlin ainsi que les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner ont écrit :

> L'objectif de l'art. 6 est de garantir que non seulement des juristes civilistes expérimentés siègent à la Cour, mais également que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits. Autrement dit, l'art. 6

functioning and the *legitimacy* of the Supreme Court . . . . [Emphasis in original; para. 49.]

These concerns are material to every province. The Constitution ensures that each province's judges are not just technically competent, but also connected with the province's distinct political and cultural realities.

[244] Provincial boundaries are an essential feature of the system of provincial superior courts just as they are an essential feature of provincial legislative power. As LeBel J. said in *Van Breda*, at para. 21:

The interplay between provincial jurisdiction and external legal situations takes place within a constitutional framework which limits the external reach of provincial laws and of a province's courts. The Constitution assigns powers to the provinces. But these powers are subject to the restriction that they be exercised within the province in question . . ., and they must be exercised in a manner consistent with the territorial restrictions created by the Constitution . . . .

[245] In particular, the system of provincial superior courts ensures that claims to a province's land or challenges to a province's laws must be heard before a judge of that province. As we have explained, this limitation is consistent with *Hunt*, as that decision did not address the *territorial* competence of superior courts. Thus, the claims that cut deepest at the heart of a province's sovereignty will be resolved by a judge connected to the province's realities. This enhances public confidence in the courts and protects courts' functioning and legitimacy, particularly if the outcome of the litigation is unfavourable to the province.

[246] Canada's federal structure was designed to address the political and social realities of the confederated colonies rather than of Indigenous peoples. Provincial boundaries were imposed on Indigenous peoples without regard for their pre-existing social organization. Land that, from an Indigenous perspective, represents a single unified territory is divided, from the non-Indigenous perspective, between two

protège à la fois le *fonctionnement* et la *légitimité* de la Cour suprême . . . [En italique dans l'original; par. 49.]

Ces préoccupations sont importantes pour chaque province. La Constitution garantit que les juges de chaque province ne sont pas seulement compétents sur le plan technique, mais qu'ils sont également liés aux réalités politiques et culturelles distinctes de leur province.

[244] Les frontières provinciales sont une caractéristique essentielle du système de cours supérieures provinciales, tout comme elles en sont une en ce qui a trait aux pouvoirs législatifs des provinces. Comme le juge LeBel l'a affirmé dans *Van Breda*, au par. 21 :

L'interaction de la compétence provinciale et des situations juridiques survenues à l'extérieur de la province se situe à l'intérieur d'un cadre constitutionnel qui limite la portée extraterritoriale des lois provinciales et des tribunaux provinciaux. En effet, la Constitution attribue des pouvoirs aux provinces, mais elle n'en autorise l'exercice que sur leur territoire [. . .] et dans le respect des restrictions territoriales prévues par la Constitution . . .

[245] Plus particulièrement, le système de cours supérieures provinciales garantit que les revendications territoriales dans une province donnée ou les contestations de ses lois sont entendues par un juge de cette province. Comme nous l'avons expliqué, cette restriction est compatible avec l'arrêt *Hunt*, puisque cette décision n'a pas traité de la compétence *territoriale* des cours supérieures. Ainsi, les revendications qui touchent le plus profondément au cœur de la souveraineté d'une province sont tranchées par un juge lié aux réalités de cette dernière. Cela accroît la confiance du public envers les tribunaux et protège leur fonctionnement et leur légitimité, surtout si l'issue du litige est défavorable à la province.

[246] La structure fédérale du Canada a été conçue pour tenir compte des réalités politique et sociale des colonies confédérées, non pas de celles des peuples autochtones. Les frontières provinciales ont été imposées à ces derniers sans égard pour l'organisation antérieure de leurs sociétés. Un territoire qui, du point de vue des autochtones, constitue une entité unifiée est divisé, du point de vue des non-autochtones, entre

separate sovereign legislatures with separate laws and institutions. The courts can respond to this historical reality only within the constitutional framework from which they derive their authority. Near the heart of that constitutional framework are the provincial boundaries that demarcate the jurisdiction of the separate provincial superior courts and which reflect the constitutional principle of federalism. Section 35 calls on courts to do justice to Aboriginal rights claims that cut across provincial boundaries, but it does not provide a warrant to disregard the provincial boundaries themselves. Neither of these considerations can be subordinated to the other; rather; they must be reconciled.

(b) *The Declarations Sought Are Contrary to Our Federal Structure*

[247] It has been argued before us that any declarations of Aboriginal title obtained in this case would not be enforceable against the Crown but would rather be used only to establish civil liability of private entities. We are not persuaded that declarations of Aboriginal title can function in this way, nor do we consider this to be a desirable result.

[248] A declaratory judgment is a "judicial statement confirming or denying a legal right of the applicant": Sarna, at p. 1. Importantly, before a court can grant a declaration, it must have jurisdiction to hear the issue: *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165, at para. 81; *S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99, at para. 60. Although a declaration is technically non-coercive, it is a powerful tool in litigation involving governments, as it is assumed that they will comply with both the letter and the spirit of the declaration: K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 15-63 to 15-64; *Assiniboine v. Meeches*, 2013 FCA 114, 444 N.R. 285, at paras. 13-15. Indeed, as the Court in *Meeches* stated:

deux entités législatives souveraines dotées de lois et d'institutions distinctes. Les tribunaux ne peuvent répondre à cette réalité historique que dans le cadre constitutionnel dont ils tirent leur autorité. Près du cœur de ce cadre constitutionnel, on retrouve les frontières provinciales qui délimitent la compétence des cours supérieures provinciales distinctes et qui sont le reflet du principe constitutionnel du fédéralisme. L'article 35 commande que les tribunaux rendent justice aux revendications de droits ancestraux qui transcendent les frontières provinciales, mais il ne les autorise pas à faire fi des frontières provinciales elles-mêmes. Aucune de ces considérations ne peut être subordonnée à l'autre; elles doivent plutôt être conciliées.

b) *Les jugements déclaratoires sollicités sont contraires à la structure fédérale du Canada*

[247] On a fait valoir devant nous que quelque déclaration que ce soit reconnaissant un titre ancestral en l'espèce ne pourrait être opposée à la Couronne, mais qu'elle servirait plutôt uniquement à établir la responsabilité civile d'entités privées. Nous ne sommes pas persuadés que les déclarations reconnaissant un titre ancestral puissent fonctionner de cette façon, et nous ne considérons pas qu'il s'agisse d'un résultat souhaitable.

[248] Un jugement déclaratoire est une [TRADUCTION] « déclaration judiciaire confirmant ou niant le droit légal du demandeur » : Sarna, p. 1. Fait important, avant qu'une cour puisse prononcer un tel jugement, elle doit avoir compétence pour entendre l'affaire : *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165, par. 81; *S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, [2019] 1 R.C.S. 99, par. 60. Même si, techniquement, une déclaration n'est pas exécutoire, elle constitue un outil puissant dans le contexte d'un litige auquel des gouvernements sont mêlés, puisqu'il est tenu pour acquis que ces derniers se conformeront tant à la lettre qu'à l'esprit de la déclaration : K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2e éd. (feuilles mobiles)), p. 15-63 à 15-64; *Assiniboine c. Meeches*, 2013 CAF 114, 444 N.R. 285, par. 13-15. En effet, il a été affirmé dans l'affaire *Meeches* que :

. . . the proposition that public bodies and their officials must obey the law is a fundamental aspect of the principle of the rule of law, which is enshrined in the Constitution of Canada by the preamble to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Thus, a public body or public official subject to a declaratory order is bound by that order and has a duty to comply with it. [Emphasis added; para. 14.]

. . . le principe selon lequel les organismes publics et leurs fonctionnaires doivent se conformer à la loi est un aspect fondamental du principe de la primauté du droit qui est maintenant inscrit dans la Constitution du Canada, au préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés.* Ainsi, l'organisme public ou le fonctionnaire visé par une ordonnance déclaratoire est lié par cette ordonnance et a l'obligation de s'y conformer. [Nous soulignons; par. 14.]

[249] For this reason, judicial declarations of existing Aboriginal rights have become the primary remedy for securing those rights: Roach, at p. 15-63. Section 35(1) establishes that "[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed." A judicial declaration is the means by which Indigenous peoples can establish that these rights, including Aboriginal title, exist.

[249] Pour cette raison, les jugements déclaratoires reconnaissant l'existence de droits ancestraux sont devenus les principales mesures de réparation pour garantir ces droits : Roach, p. 15-63. Le paragraphe 35(1) prévoit que « [l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ». C'est en obtenant un jugement déclaratoire que les groupes autochtones peuvent établir l'existence de ces droits, y compris celle d'un titre ancestral.

[250] We are sceptical of the position urged upon us to the effect that the resulting declaration of Aboriginal title could be issued without binding the Crown of Newfoundland and Labrador for the parts of Nitassinan located in that province. Courts do not make declarations in vain; such a declaration should be considered *only* if it will bind the Crown, as the declaration confirms that the s. 35 right exists, which in turn trigger important responsibilities by the Crown.

[250] Nous sommes sceptiques quant à la position qu'on nous invite à adopter selon laquelle la déclaration judiciaire reconnaissant l'existence d'un titre ancestral pourrait être prononcée sans lier la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador pour les portions du territoire de Nitassinan situées dans cette province. Les tribunaux ne prononcent pas de déclaration en vain; ainsi, une telle déclaration devrait être envisagée *seulement* si elle aura pour effet de lier la Couronne, puisque la déclaration confirme l'existence d'un droit protégé par l'art. 35, ce qui, en retour, fait peser d'importantes responsabilités sur la Couronne.

[251] Aboriginal title is a burden on the Crown's underlying title; this burden arose when the Crown declared sovereignty: *Delgamuukw*, at para. 145. An incident of this underlying title is a fiduciary duty owed to Indigenous peoples when dealing with the lands and a right to encroach on the title if the justification test under s. 35(1) is satisfied: *Tsilhqot'in Nation*, at para. 71.

[251] Le titre ancestral grève le titre sous-jacent de la Couronne; cette charge a pris naissance au moment où la Couronne a affirmé sa souveraineté : *Delgamuukw*, par. 145. Il découle de ce titre sous-jacent que la Couronne a une obligation fiduciaire envers les peuples autochtones lorsqu'il est question des terres ancestrales et elle détient un droit de porter atteinte au titre s'il est satisfait au critère de justification prévu au par. 35(1) : *Nation Tsilhqot'in*, par. 71.

[252] All litigation respecting Aboriginal title affects the Crown: *William v. British Columbia*, 2002 BCSC 1904, at para. 30 (CanLII). The Crown is a

[252] Tout litige concernant un titre ancestral touche la Couronne : *William c. British Columbia*, 2002 BCSC 1904, par. 30 (CanLII). La participation

necessary party even if an explicit declaration of title is not sought: *Thomas v. RioTinto Alcan Inc.*, 2016 BCSC 1474, 92 C.P.C. (7th) 122, at paras. 21 and 25. Even asserting a claim of Aboriginal title has a fundamental effect on the Crown's interests: *Haida Nation*, at paras. 26-51. The recognition of Aboriginal title further develops the fiduciary-like relationship: *Guerin*, at p. 349. Once Aboriginal title is established, governments and others seeking to use the land must obtain the title holders' consent: *Tsilhqot'in Nation*, at para. 76.

de cette dernière est nécessaire, même s'il n'est pas demandé au tribunal de reconnaître explicitement l'existence du titre : *Thomas c. Rio Tinto Alcan Inc.*, 2016 BCSC 1474, 92 C.P.C. (7th) 122, par. 21 et 25. Même la simple revendication d'un titre ancestral a une incidence fondamentale sur les intérêts de la Couronne : *Nation Haïda*, par. 26-51. La reconnaissance d'un titre ancestral accroît pour sa part la relation de type fiduciaire : *Guerin*, p. 349. Une fois le titre ancestral établi, les gouvernements et les autres qui souhaitent utiliser le territoire doivent obtenir le consentement des détenteurs du titre : *Nation Tsilhqot'in*, par. 76.

[253] We are also sceptical of the following proposition in our colleagues' reasons:

> This should not be read, however, as precluding the participation of the Crown of Newfoundland and Labrador in the proceedings, if it wishes, in order to assert its interests, invoke its rights and make submissions about the appropriate scope of any declaratory relief. [Citation omitted; para. 72.]

We do not understand how the scope of a declaration of Aboriginal title over land in Labrador could be appropriately limited. The AGNL's objection here is that Quebec courts cannot make such a declaration to begin with. We question how, when our colleagues have held that Quebec courts *do* have such jurisdiction, the scope of any such declaration could be limited in a way consistent with the imperatives of Canadian federalism. Moreover, the AGNL's participation in proceedings before the Quebec Superior Court could be seen as tacitly endorsing that court's jurisdiction, despite its objections to that court having jurisdiction to begin with.

[253] Nous sommes également sceptiques quant à la proposition suivante que formulent nos collègues dans leurs motifs :

> Notre décision ne devrait toutefois pas être interprétée comme une fin de non-recevoir à la participation de la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador à l'instance, si elle le souhaite, pour faire valoir ses droits et ses intérêts, de même que pour présenter ses observations quant à la portée que devrait avoir tout jugement déclaratoire. [Référence omise; par. 72.]

Nous ne comprenons pas comment la portée d'un jugement déclaratoire reconnaissant l'existence d'un titre ancestral sur un territoire qui se trouve au Labrador pourrait être limitée de façon appropriée. À cet égard, le PGTNL s'oppose à la demande en faisant valoir que les tribunaux du Québec ne peuvent même pas prononcer un tel jugement déclaratoire. Nous nous demandons comment, dans la mesure où nos collègues ont conclu que les tribunaux du Québec *ont bel et bien* un tel pouvoir, la portée d'un tel jugement déclaratoire pourrait être limitée d'une manière qui respecte les impératifs du fédéralisme canadien. En outre, la participation du PGTNL dans les procédures devant la Cour supérieure du Québec pourrait être perçue comme une reconnaissance tacite de la compétence de la Cour, en dépit de sa contestation de cette compétence dès le départ.

[254] The courts below were well aware of the impact on Newfoundland and Labrador in this case. In an initial motion to strike, Blanchard J. recognized

[254] Les cours d'instances inférieures savaient pertinemment quelle incidence la présente cause aurait sur Terre-Neuve-et-Labrador. Lorsqu'il a

that the courts would be required [TRANSLATION] "to rule on the constitutional rights that may exist in relation to the Crown, both in right of Canada and in right of Quebec and of Newfoundland and Labrador": Sup. Ct. Judgment Dismissing IOC and QNS&L's Motion to Dismiss, at para. 19 (emphasis added). Similarly, in the decision granting Newfoundland and Labrador intervener status, Davis J. explained that although Aboriginal rights pre-existed s. 35, [TRANSLATION] "this does not mean that when a First Nation seeks recognition of its aboriginal rights, the Crown of a province has no interest in the issue", given the fiduciary obligations and limitations on use of the land that would result: Sup. Ct. Judgment Authorizing the Intervention of the AGNL, at para. 63. Even the Court of Appeal in the decision under review recognized that [TRANSLATION] "[i]f the Innu wish to have their [comprehensive] Aboriginal claims to Labrador recognized, they will have to negotiate with the government of Newfoundland and Labrador or seize the courts of that province in the context of a [comprehensive] claim": C.A. reasons, at para. 104.

statué sur une première requête en radiation d'allégations, le juge Blanchard a reconnu que les cours seraient tenues « de se prononcer sur les droits constitutionnels qui existeraient à l'égard de la Couronne, tant du Chef du Canada, que du Québec et de Terre-Neuve-et-Labrador » : jugement de la C.S. rejetant la requête en irrecevabilité de IOC et de la CCLNQL, par. 19 (nous soulignons). De même, dans la décision qui a accordé le statut d'intervenant à Terre-Neuve-et-Labrador, le juge Davis a expliqué que même si les droits ancestraux existaient avant l'adoption de l'art. 35, « cela ne veut pas dire que la Couronne d'une province où une première nation tente de faire reconnaître ses droits ancestraux n'a pas un intérêt dans le litige » compte tenu des obligations fiduciaires et des restrictions sur l'utilisation du territoire qui résulteraient d'une telle reconnaissance : jugement de la C.S. autorisant l'intervention du PGTNL, par. 63. Même la décision examinée rendue par la Cour d'appel a reconnu que « [s]i les Innus souhaitent faire reconnaître leurs revendications autochtones globales au Labrador, ils devront négocier avec le Gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador ou encore saisir les tribunaux de cette province dans le cadre d'une revendication globale » : motifs de la C.A., par. 104.

[255] Another reason the Crown is a necessary party to any Aboriginal title claims is found in one of the key features of Aboriginal title: in order to ensure future generations benefit from the land, it may be alienated only to the Crown (*Delgamuukw*, at para. 129; *Tsilhqot'in Nation*, at paras. 15 and 74). If Indigenous peoples can settle the extent of their rights in private litigation against third parties, they can effectively alienate their land without dealing with the Crown. This undermines the nature of Aboriginal title.

[255] Une autre raison pour laquelle la Couronne est une partie nécessaire aux revendications de titres ancestraux découle d'une des caractéristiques fondamentales de ces titres : afin de garantir que les prochaines générations pourront profiter du territoire, ils ne peuvent être cédés qu'à la Couronne (*Delgamuukw*, par. 129; *Nation Tsilhqot'in*, par. 15 et 74). Si les groupes autochtones pouvaient convenir de l'étendue de leurs droits dans le cadre de procédures privées contre des tiers, dans les faits, ils pourraient effectivement céder leurs terres sans traiter avec la Couronne. Cela minerait la nature du titre ancestral.

[256] It is therefore clear that the Crown is a necessary party in Aboriginal title claims — and is necessarily implicated when a declaration of Aboriginal title is made. It follows that a declaration of Aboriginal title cannot be sought "only" against a

[256] Manifestement, la Couronne doit donc être partie aux procédures de revendications de titres ancestraux — et doit nécessairement être partie prenante au moment d'une déclaration d'un titre ancestral. Il en découle qu'il n'est pas possible de solliciter

third party. It *also* follows that a declaration over land in another province implicates the Crown in right of that province. Yet, it is also clear that the Crown of Newfoundland and Labrador would not be bound by a declaration that purported only to apply against a third party: as Sarna notes, "[t]here is no power to grant a declaration determining the rights of parties not present in the proceeding or not ascertained in the circumstances, although such power has been treated as a matter of discretion rather than jurisdiction" (p. 87).

[257] Not only would the Crown of Newfoundland and Labrador not be bound by such a declaration, but as we have also explained, a declaration purporting to apply to land located in another province is beyond the jurisdiction of the issuing court. The result of the approach advocated by the AGC is therefore that the Innu could spend years trying to obtain a declaration as part of their relief that would not in fact confer what it seems to.

[258] Our colleagues note that the courts below did not consider whether the declaratory relief will or ought to be granted. In their view, this Court should not do so either, as these are discretionary decisions to be made by the court seized with the merits of the case. They further state that the issue here "concerns only the jurisdiction of the Quebec courts to embark on that inquiry": para. 43 (emphasis added). With respect, this position grossly minimizes the issue at stake. Again, the AGNL's very objection is that Quebec courts cannot pronounce on rights to land situated in Newfoundland and Labrador. Moreover, our colleagues' decision to leave the question of whether a declaration can be granted to another day is, while well-motivated, also gravely ill-advised. If a court cannot give the Innu the remedy they seek, then

« uniquement » contre un tiers un jugement déclaratoire reconnaissant l'existence d'un titre ancestral. Il en découle *aussi* qu'un jugement déclaratoire relatif à un territoire situé dans une autre province que celle du tribunal saisi de la demande concerne la Couronne du chef de cette autre province. Cela dit, il est également manifeste que la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador ne serait pas liée par un jugement déclaratoire censé être applicable uniquement contre un tiers. Comme l'a souligné l'auteur Sarna [TRADUCTION] « aucun tribunal n'a le pouvoir de rendre un jugement déclaratoire statuant sur les droits de personnes ou d'entités qui n'ont pas participé à l'instance ou non désignés dans les circonstances, même si l'existence d'un tel pouvoir a été envisagée sous l'angle des pouvoirs discrétionnaires plutôt que comme une question de compétence » (p. 87).

[257] Non seulement la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador ne serait pas liée par un tel jugement déclaratoire, mais, comme nous l'avons aussi expliqué, le tribunal qui rendrait un jugement déclaratoire censé être applicable à un territoire situé dans une autre province que celle où il se trouve outrepasserait sa compétence. L'approche préconisée par le PGC aurait donc pour effet que les Innus pourraient consacrer des années à chercher à obtenir un jugement déclaratoire comme mesure de réparation alors que, dans les faits, ce jugement ne leur accorderait pas ce qu'il semble accorder.

[258] Nos collègues notent que les cours d'instances inférieures n'ont pas examiné la question de savoir si le jugement déclaratoire sera rendu ou s'il devrait l'être. À leur avis, la Cour ne devrait pas non plus le faire, puisqu'il s'agit de décisions prises en application du pouvoir discrétionnaire du tribunal chargé de se prononcer sur le fond de la cause. Ils affirment en outre que la question en litige ici « ne concerne que la compétence des tribunaux québécois pour se prononcer » : par. 43 (nous soulignons). Soit dit en tout respect, cette position minimise nettement l'enjeu. Encore une fois, pour s'opposer à la demande, le PGTNL soutient précisément que les tribunaux du Québec ne peuvent pas se prononcer sur les droits relatifs à un territoire situé à Terre-Neuve-et-Labrador. De surcroît, la décision de nos collègues

access to justice requires identifying the appropriate forum at the earliest possible opportunity.

(c) *The AGC's Use of "Inherent Jurisdiction"*

[259] The AGC's inherent jurisdiction approach is also of dubious legality due to its broad reach. If a superior court can adjudicate Aboriginal rights in a neighbouring (or, for that matter, remote) jurisdiction based on the inherent jurisdiction of superior courts, that principle cannot be confined to this case. Clearly, if the Quebec courts are found to have inherent jurisdiction to adjudicate matters relating to land in Newfoundland and Labrador, then courts in Newfoundland and Labrador also have the inherent jurisdiction to declare rights in land in Quebec. Ontario courts have jurisdiction over disputes in Manitoba, and Alberta courts over disputes in British Columbia. Further, by raising this approach as an intervener at the final court of appeal for the first time, the AGC has deprived the provinces of the opportunity to meaningfully respond to it.

(d) *Effects on Provincial Boundaries*

[260] The Innu's claims raise the location of the Labrador boundary. In their statement of claim, they refer to the border between Quebec and Labrador as the [TRANSLATION] "unofficial Quebec-Labrador boundary": A.R., vol. II, at pp. 188-89. In subsequent proceedings, the Innu have explicitly indicated that they intend to argue that the decision in *Re Labrador Boundary*, [1927] 2 D.L.R. 401 (P.C.) — the decision that settled the boundary between Quebec and Labrador — was *per incuriam*: Sup. Ct. Judgment

qu'il y a lieu de reporter à une autre fois la question de savoir si le jugement déclaratoire peut être rendu est, certes, bien intentionnée, mais également gravement malavisée. Si une cour ne peut pas accorder aux Innus la réparation qu'ils sollicitent, le principe de l'accès à la justice requiert de déterminer dès que possible quel forum pourrait le faire.

c) *L'utilisation par le PGC de la « compétence inhérente »*

[259] L'approche du PGC fondée sur la « compétence inhérente » est, elle aussi, d'une légalité douteuse compte tenu de sa vaste portée. Si une cour supérieure pouvait se prononcer sur les droits ancestraux relatifs à un territoire qui se trouve dans une juridiction voisine (voire éloignée) sur la base de la compétence inhérente des cours supérieures, l'application de ce principe ne pourrait être restreinte à la présente cause. Manifestement, si nous devions conclure que les cours du Québec jouissent d'une compétence inhérente pour trancher des questions relatives à des territoires situés à Terre-Neuve-et-Labrador, les cours de cette dernière jouiraient aussi de la compétence inhérente de rendre des jugements déclaratoires relativement à des territoires situés au Québec; les cours de l'Ontario auraient compétence relativement aux litiges issus du Manitoba; et les cours de l'Alberta à l'égard de ceux nés en Colombie-Britannique. En outre, en proposant cette approche pour la première fois à titre d'intervenant devant la cour de dernière instance, le PGC a privé les provinces de l'occasion d'y répondre utilement.

d) *Les incidences sur les frontières provinciales*

[260] Les revendications des Innus soulèvent la question du tracé de la frontière du Labrador. Dans leur requête introductive d'instance, ils renvoient à la frontière entre le Québec et le Labrador comme étant la « frontière non officielle Québec-Labrador » : d.a., vol. II, p. 188-189. Dans des procédures subséquentes, les Innus ont explicitement indiqué qu'ils ont l'intention de faire valoir que la décision dans *re Labrador Boundary*, [1927] 2 D.L.R. 401 (C.P.) — la décision qui a statué sur la frontière entre le Québec

Authorizing the Intervention of the AGNL, at para. 35.

[261] We would note, as well, that the Innu seek declarations of Aboriginal title to and the right to benefit from the natural resources of the Churchill Falls Power Station and many of its associated reservoirs and transmission lines: A.R., vol. II, at pp. 188-89.

[262] The boundary between Quebec and Labrador became a contentious issue in the late 19th century. In 1927, the Privy Council settled the border in *Re Labrador Boundary*. Twenty years later, when Newfoundland and Canada first negotiated a draft terms of union in anticipation of a Confederation referendum, s. 2 specifically recognized this boundary: "Report of the Ottawa Delegation: Proposed Arrangement for the Entry of Newfoundland into Confederation", in J. K. Hiller and M. F. Harrington, eds., *The Newfoundland National Convention, 1946-1948: Reports and Papers*, vol. 2 (1995), 510. After the referendum narrowly passed, this provision was carried forward into the 1949 *Newfoundland Act*, Sch., s. 2: the Labrador boundary would be "as delimited in the report delivered by the Judicial Committee of His Majesty's Privy Council on the first day of March, 1927". This provision is part of our Constitution: *Constitution Act, 1982*, Sch., s. 21. Continued recognition of the boundary was an essential component of Newfoundland's Confederation bargain.

[263] The *Constitution Act, 1982* recognizes that the *Newfoundland Act*, including the 1927 border, forms part of the Constitution: s. 52(2)(*b*); Sch., s. 21. It also notes that "any alteration to boundaries between provinces" requires the authorization of "the legislative assembly of each province to which the amendment applies": s. 43(*a*). Modifying this amending formula would require unanimous consent of the provinces, the House of Commons and the

et le Labrador — a été rendue *per incuriam* : jugement de la C.S. autorisant l'intervention du PGTNL, par. 35.

[261] Nous soulignons en outre que les Innus sollicitent, d'une part, un jugement déclaratoire reconnaissant l'existence d'un titre ancestral et, d'autre part, leur droit sur les ressources naturelles de la centrale électrique des chutes Churchill et de bon nombre de ses réservoirs et lignes de transport connexes et celui d'en tirer profit : d.a., vol. II, p. 188-189.

[262] La frontière entre le Québec et le Labrador est devenue litigieuse à la fin du 19e siècle. En 1927, le Conseil privé a tranché la question dans *re Labrador Boundary*. Vingt ans plus tard, lorsque Terre-Neuve et le Canada ont négocié pour la première fois une ébauche des conditions de l'union en prévision d'un référendum sur la confédération, l'art. 2 a précisément reconnu cette frontière : « Report of the Ottawa Delegation: Proposed Arrangements for the Entry of Newfoundland into Confederation », dans J. K. Hiller et M. F. Harrington, dir., *The Newfoundland National Convention, 11946-1948: Reports and Papers*, vol. 2 (1995), 510. Après l'étroite victoire du référendum, cette disposition a été incluse dans la *Loi sur Terre-Neuve* de 1949, ann., art. 2, selon laquelle la frontière du Labrador serait « telle qu'elle a été délimitée dans la décision rendue par le Comité judiciaire du Conseil privé de Sa Majesté le premier jour de mars 1927 ». Cette disposition fait partie de notre Constitution : *Loi constitutionnelle de 1982*, ann., art. 21. La poursuite de la reconnaissance de la frontière était un élément essentiel de l'entente sur la Confédération conclue par Terre-Neuve.

[263] La *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît que la *Loi sur Terre-Neuve*, y compris la frontière établie en 1927, fait partie de la Constitution : al. 52(2)*b*), ann., art. 21. Elle précise aussi que les « changements du tracé des frontières interprovinciales » doivent recevoir l'aval de « l'Assemblée législative de chaque province concernée » : al. 43*a*). Par ailleurs, les changements à cette procédure de modification requerraient le consentement unanime

Senate: s. 41(*e*). The AGC does not appear to have reckoned with the implications of the Quebec courts hearing a challenge to the Labrador boundary itself.

[264] The AGC's position that claims such as this may be entertained may also have implications for future challenges to other provincial borders.

[265] Most of Canada's current territory was transferred to it by two Imperial Orders-in-Council: *Rupert's Land and North-Western Territory Order* in R.S.C. 1985, App. II, No. 9, transferring the Hudson's Bay Company lands, and *Adjacent Territories Order* in R.S.C. 1985, App. II, No. 14, transferring the Arctic Archipelago. Together, these orders transferred all of modern Alberta, Saskatchewan, Yukon, Northwest Territories and Nunavut, together with most of modern Manitoba, Ontario and Quebec.

[266] When the provinces of Alberta and Saskatchewan were formed out of this transferred territory, their borders were set by the *Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 20), and the *Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 21), which also form part of Canada's constitution: *Constitution Act, 1982*, s. 52(2)(*b*); Sch., ss. 12 and 13. Further, the boundaries of Quebec, Manitoba and Ontario were expanded by federal statutes under *The British North America Act, 1871* (U.K.), 34 & 35 Vict., c. 28 (reprinted as *Constitution Act, 1871* in R.S.C. 1985, App. II, No. 11), notably *The Quebec Boundaries Extension Act, 1912*, S.C. 1912, c. 45; *The Manitoba Boundaries Extension Act, 1912*, S.C. 1912, c. 32; and *The Ontario Boundaries Extension Act*, S.C. 1912, c. 40. (While these latter statutes do not have constitutional force and are not immune to constitutional challenge, they cannot otherwise be amended without the affected province's consent.) The stability of all these arrangements, whether constitutional

des provinces, de la Chambre des communes et du Sénat : al. 41*e*). Le PGC ne semble pas avoir pris conscience des répercussions qu'entraînerait le fait que les cours du Québec soient saisies d'une contestation de la frontière du Labrador elle-même.

[264] La position du PGC selon laquelle des revendications de ce type sont envisageables pourrait aussi avoir des répercussions sur des contestations futures d'autres frontières provinciales.

[265] La majorité du territoire canadien actuel a été transféré au Canada par deux décrets en conseil impériaux : le *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* dans L.R.C. 1985, ann. II, nº 9, qui a transféré les terres de la Compagnie de la Baie d'Hudson, et le *Décret en conseil sur les territoires adjacents* dans L.R.C. 1985, ann. II, nº 14, qui a transféré l'archipel Arctique. Combinés, ces décrets ont transféré tout le territoire aujourd'hui occupé par l'Alberta, la Saskatchewan, le Yukon, les Territoires-du-Nord-Ouest et le Nunavut, en plus de la plupart du Manitoba, de l'Ontario et du Québec modernes.

[266] Lorsque les provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan ont été créées à même ce territoire transféré, leurs frontières ont été fixées par la *Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, c. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, nº 20), et par la *Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905, c. 42 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, nº 21), des textes législatifs également intégrés à la Constitution du Canada : *Loi constitutionnelle de 1982*, al. 52(2)*b*); ann., art. 12 et 13. En outre, les frontières du Québec, du Manitoba et de l'Ontario ont été repoussées par des lois du fédéral en application de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871* (R.-U.), 34 & 35 Vict., c. 28 (imprimée de nouveau sous le titre *Loi constitutionnelle de 1871* dans L.R.C. 1985, ann. II, nº 11), notamment la *Loi de l'extension des frontières de Québec, 1912*, S.C. 1912, c. 45; la *Loi de l'extension des frontières du Manitoba, 1912*, S.C. 1912, c. 32; et la *Loi de l'extension des frontières de l'Ontario*, S.C. 1912, c. 40. (Bien que ces dernières lois n'aient pas force constitutionnelle et ne soient pas à l'abri d'une

or merely statutory, is now cast into uncertainty by necessary implication of our colleagues' reasons.

contestation constitutionnelle, elles ne peuvent être modifiées sans le consentement de la province touchée.) La stabilité de tous ces arrangements, qu'ils soient constitutionnels ou simplement législatifs, est maintenant plongée dans l'incertitude par les conséquences inévitables des motifs de nos collègues.

(2) The AGC's Approach Leads to a Strong Possibility of Conflicting Judgments and Confusion

(2) L'approche du PGC, source d'une forte possibilité de jugements contradictoires et de confusion

[267] The AGC's approach, if accepted, would allow a superior court in one province to pronounce on Aboriginal title in relation to land located in another province incidentally to an *in personam claim*. Such a consequence is deeply pernicious to the orderly and expeditious resolution of s. 35 claims, because it creates a strong possibility of conflicting judgments and repeated litigation.

[267] L'approche préconisée par le PGC, si elle devait être adoptée, autoriserait la Cour supérieure d'une province à se prononcer, accessoirement à une *demande in personam*, sur l'existence d'un titre ancestral sur un territoire situé dans une province autre que celle où elle se trouve. Une telle conséquence serait profondément pernicieuse pour le règlement ordonné et rapide des demandes fondées sur l'art. 35, car elle créerait une forte possibilité que l'on se retrouve avec des jugements contradictoires et des litiges à répétition.

[268] As we have explained, such a declaration would be invalid and would not bind the Crown of the relevant province. Yet, this would likely not be obvious to anyone lacking specific legal training. This would sow confusion for everyone involved and would undermine the efficacy of adjudication by the courts. From the standpoint of members of the Indigenous claimant community in particular, a declaration that appears to grant them title but in fact does not is especially harmful and would, justifiably, undermine their trust in the courts.

[268] Comme nous l'avons expliqué, un tel jugement déclaratoire serait invalide et ne lierait pas la Couronne de la province concernée. Cela ne serait toutefois probablement pas évident pour toute personne qui ne détient pas une formation juridique spécialisée. Cela sèmerait la confusion pour toutes les personnes concernées et nuirait à l'efficacité des décisions des tribunaux. En particulier, du point de vue des membres de la communauté autochtone parties prenantes du litige, un jugement déclaratoire qui semblerait leur reconnaître un titre, mais qui ne le leur reconnaîtrait pas dans les faits, serait particulièrement préjudiciable, et saperait, à juste titre, leur confiance envers les tribunaux.

[269] Even were such a declaration valid, the AGC's proposed approach creates the risk of patchwork recognition of Indigenous interests in land that can be asserted against some parties but not others. Recognizing Aboriginal title for the purpose only of *in personam* litigation means that only the named defendants would be bound by that declaration. The effect of any declaration over land in Labrador will be defined by the doctrine of *res judicata*. However, *res judicata* applies only between the parties to

[269] Même si un tel jugement déclaratoire était valide, l'approche proposée par le PGC créerait un risque que les droits ancestraux soient reconnus à la pièce et soient opposables à certaines parties, mais pas à d'autres. S'il fallait reconnaître un titre ancestral uniquement aux fins d'un litige *in personam*, seuls les défendeurs nommés dans la procédure seraient liés par ce jugement déclaratoire. L'effet de quelque déclaration que ce soit relative à un territoire situé au Labrador serait circonscrit par

the original dispute or their privies: D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (4th ed. 2015), at p. 1; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248, at p. 254; *Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)*, 2013 SCC 19, [2013] 2 S.C.R. 125, at paras. 36 and 92. As a result, if another alleged violation of the Innu's land were to arise in a subsequent case with different parties, the Innu would not be able to invoke *res judicata* and would instead have to litigate the matter anew and obtain *yet another* narrow *in personam* declaration. A declaration is meant to provide certainty about parties' rights; making findings of Aboriginal title on a piecemeal basis against one defendant or another provides no certainty as to who has rights over a given piece of land at any given time.

[270] Even more significantly, a declaration from a Quebec court would not preclude a Newfoundland and Labrador court from finding that *no* Aboriginal title had been established over the very same land in Labrador. Such a result would certainly — and rightly — leave Indigenous claimants with the impression that the courts cannot give them the remedies they seek.

[271] This approach is also not desirable from a practical perspective. Aboriginal title requires significant time and evidence to prove. As aptly noted by Lamer C.J. in *Delgamuukw*, establishing Aboriginal title is not an easy feat; it can be "long and expensive, not only in economic but in human terms as well": para. 186. Indeed, in that case, the trial had involved 318 days of testimony and resulted in a judgment of over 400 pages: para. 89. Although the Aboriginal title sought in this case is framed as a means to an end, the claimants will still have to establish such title in order to obtain the declaration being used to ground the civil liability claim. The result is that the Innu could spend years attempting to establish title for the purposes of this litigation only to end up with

la doctrine de la chose jugée. Or, cette doctrine ne s'applique qu'entre les parties au litige antérieur ou à leurs ayants droit : D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (4e éd. 2015), p. 1; *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248, p. 254; *Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125, par. 36 et 92. En conséquence, si une autre violation du droit ancestral des Innus devait être alléguée dans le cadre d'un autre litige opposant des parties différentes, les Innus ne pourraient pas invoquer le principe de la chose jugée, et ils n'auraient d'autre choix que de plaider de nouveau leur cause et d'obtenir un *autre* jugement déclaratoire *in personam* à portée restreinte. Un jugement déclaratoire est censé donner de la certitude quant aux droits des parties, or, des conclusions à la pièce reconnaissant chacune un titre ancestral contre un défendeur ou un autre ne permettraient pas de savoir à tout moment avec certitude qui est titulaire de droits sur une parcelle de terre donnée.

[270] Fait encore plus important, un jugement déclaratoire prononcé par une cour du Québec à l'égard d'un territoire n'empêcherait pas une cour de Terre-Neuve-et-Labrador de conclure qu'*aucun* titre ancestral n'a été reconnu à l'égard du même territoire situé au Labrador. Un tel résultat donnerait certainement — et à juste titre — aux demandeurs autochtones l'impression que les cours ne sont pas en mesure de leur procurer les mesures de réparation qu'ils sollicitent.

[271] Il n'est également pas souhaitable d'adopter cette approche d'un point de vue pratique. Il faut beaucoup de temps et d'éléments de preuve pour établir l'existence d'un titre ancestral. Comme l'a noté à bon droit le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw*, il n'est pas facile de prouver l'existence d'un titre ancestral; la démarche peut être « longue et coûteuse, non seulement sur le plan financier, mais aussi sur le plan humain » : par. 186. D'ailleurs, dans cette affaire, le procès avait nécessité 318 jours de témoignages et avait abouti à une décision de plus de 400 pages : par. 89. Même si le titre ancestral en l'espèce est décrit comme le moyen d'atteindre une fin, les demandeurs devront tout de même faire la preuve de son existence pour obtenir le jugement

a declaration that purports to declare that they have Aboriginal title but in reality rings hollow. This is not access to justice. It is, rather, a significant burden to place on an Indigenous group, all the more so when it does not actually confer what it purports to.

déclaratoire qui servirait d'assise pour leur demande en responsabilité civile. Il s'ensuit que les Innus pourraient consacrer des années à tenter de prouver l'existence de ce titre en vue du présent litige et n'obtenir en fin de compte qu'un jugement déclaratoire qui, alors qu'il est censé reconnaître ce titre, n'est en réalité qu'une coquille vide. Il ne s'agit pas d'accès à la justice. Il s'agit plutôt d'un fardeau important à imposer à un groupe autochtone, d'autant plus que, en définitive, le jugement obtenu ne confère pas réellement ce qu'il prétend conférer.

[272] Finally, this *in personam* approach would also hinder any prospect of ongoing negotiations with the governments of Quebec and Newfoundland and Labrador over the Innu's claimed title. As this Court has noted, "[w]hile Aboriginal claims can be and are pursued through litigation, negotiation is a preferable way of reconciling state and Aboriginal interests": *Haida Nation*, at para. 14; see also *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765, at paras. 22 and 26. Any such negotiations would await the lengthy process of establishing a "limited" declaration of Aboriginal title. This process would create strong expectations without addressing any of the real issues at play.

[272] Enfin, cette approche *in personam* entraverait aussi toute perspective de négociations continues avec les gouvernements du Québec et de Terre-Neuve-et-Labrador au sujet du titre revendiqué par les Innus. Comme la Cour l'a noté, « [m]ême si les revendications autochtones sont et peuvent être réglées dans le cadre de litiges, il est préférable de recourir à la négociation pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones » : *Nation Haïda*, par. 14; voir aussi *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765, par. 22 et 26. Toute négociation de ce type serait mise en veilleuse durant le long processus qui aboutirait à un jugement déclaratoire reconnaissant l'existence d'un titre ancestral, à portée « restreinte ». Ce processus créerait de grandes attentes sans pour autant traiter des véritables questions en jeu.

[273] The Superior Court judge asked, [TRANSLATION] "Can we say that it is in the interest of justice that essentially the same debate should take place in two jurisdictions that must both apply the same law, when the courts that will hear the cases are both federally appointed?" Sup. Ct. reasons, at para. 107. We, in turn, ask: Can it be said that it is in the interests of justice to permit a court to issue a declaration of Aboriginal title whose reach is unclear and whose validity is questionable, thus sowing confusion and uncertainty for all involved? The answer is unequivocally no. We do not share the Superior Court judge's unitary conception of the Canadian federation.

[273] Le juge de la Cour supérieure a demandé si l'on « [p]eut [. . .] dire qu'il est dans l'intérêt de la justice qu'essentiellement le même débat ait lieu devant deux juridictions qui doivent toutes les deux appliquer la même loi, et ce, quand les tribunaux qui entendront les causes sont tous les deux de nomination fédérale » : motifs de la C.S., par. 107. Nous demandons en retour si l'on peut dire qu'il est dans l'intérêt de la justice de permettre à une cour de rendre un jugement déclaratoire reconnaissant un titre ancestral, jugement dont la portée ne serait pas claire et dont la validité serait douteuse, semant ainsi la confusion et l'incertitude pour toutes les parties concernées. C'est sans équivoque qu'il faut répondre par la négative. Nous ne souscrivons pas à la conception unitaire qu'a le juge de la Cour supérieure de la fédération canadienne.

(3) Incompatibility With the Principle of Crown Immunity

[274] The constitutional principle of Crown immunity means that the Crown can be sued only with its permission. This principle is "deeply entrenched in our law" and can only be modified by "clear and unequivocal legislative language": *Canada (Attorney General) v. Thouin*, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184, at para. 1. All provincial legislatures have introduced legislation allowing the Crown to be sued, but only in their own courts: see, for example, *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.L. 1990, c. P-26, ss. 4 and 7.

[275] It is this simple. The Crown of one province cannot be sued in another province's court: *Athabasca Chipewyan First Nation v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2001 ABCA 112, 199 D.L.R. (4th) 452, at paras. 23-43; *Sauve v. Quebec (Attorney General)*, 2011 ONCA 369, at para. 3 (CanLII); *Medvid v. Saskatchewan (Minister of Health)*, 2012 SKCA 49, 349 D.L.R. (4th) 72, at paras. 26-31; *Constructions Beauce-Atlas inc. v. Pomerleau inc.*, 2013 QCCS 4077, at paras. 16-32 (CanLII). In addition to being an incident of the constitutional principle of federalism, this is a statutory rule (*Proceedings Against the Crown Act*, s. 7) that can only be set aside if constitutionally challenged.

[276] Our colleagues say that the Crown immunity issue need not be dealt with (at paras. 71-72) because the Crown is not named in the Innu's suit. But, as noted, any claim that asserts Aboriginal title *necessarily* involves the Crown. Unlike ordinary property disputes which pit private parties against each other within a framework of private law, an Aboriginal title claim cuts to the very root of the Crown's sovereignty and triggers obligations on the part of the Crown.

(3) Incompatibilité avec le principe de l'immunité de la Couronne

[274] Selon le principe constitutionnel de l'immunité de la Couronne, cette dernière ne peut être poursuivie que si elle l'autorise. Ce principe est « bien ancr[é] [. . .] dans notre droit » et ne peut être mis de côté qu'au moyen « d'une expression claire et non équivoque du législateur » : *Canada (procureur général) c. Thouin*, 2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184, par. 1. Toutes les assemblées législatives provinciales ont adopté des lois qui autorisent les poursuites contre la Couronne, mais uniquement devant leurs tribunaux respectifs : voir, par exemple, *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.L. 1990, c. P-26, art. 4 et 7.

[275] C'est aussi simple que cela. La Couronne d'une province ne peut pas être poursuivie devant les tribunaux d'une autre province : *Athabasca Chipewyan First Nation c. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2001 ABCA 112, 199 D.L.R. (4th) 452, par. 23-43; *Sauve c. Québec (Procureur général)*, 2011 ONCA 369, par. 3 (CanLII); *Medvid c Saskatchewan (Minister of Health)*, 2012 SKCA 49, 349 D.L.R. (4th) 72, par. 26-31; *Constructions Beauce-Atlas inc. c. Pomerleau inc.*, 2013 QCCS 4077, par. 16-32 (CanLII). En plus d'être une conséquence du principe constitutionnel du fédéralisme, il s'agit d'une règle législative (*Proceedings Against the Crown Act*, art. 7) qui ne peut être écartée que si elle est contestée avec succès sur le plan constitutionnel.

[276] Selon nos collègues, il n'est pas nécessaire de traiter de la question de l'immunité de la Couronne (par. 71-72) parce que celle-ci n'est pas désignée comme partie dans la poursuite des Innus. Or, comme nous l'avons noté, la revendication d'un titre ancestral concerne *nécessairement* la Couronne. Contrairement aux litiges ordinaires en matière foncière qui opposent des parties privées dans un cadre de droit privé, la revendication d'un titre ancestral touche l'essence même de la souveraineté de la Couronne et entraîne des obligations pour elle.

[277] Not only is the Crown's presence necessary in principle, it also helps ensure that issues are fairly heard. Private parties cannot be assumed to have any knowledge about the facts of occupation at the time the Crown asserted sovereignty: *Thomas*, at para. 23. Moreover, they may not have the resources to respond to a complex Aboriginal title proceeding effectively. As Binnie J. said in *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535:

> . . . Aboriginal rights litigation is of great importance to non-Aboriginal communities as well as to Aboriginal communities, and to the economic well-being of both. The existence and scope of Aboriginal rights protected as they are under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, must be determined after a full hearing that is fair to all the stakeholders. [para. 12]

[278] The AGC's approach completely disregards this important role. It also fails to account for the interests of other Indigenous groups with overlapping claims to a territory, a difficulty which, as we discuss below, arises in this case. This reinforces the necessity of joining the Crown as a party, given its role as a fiduciary to those other Indigenous stakeholders.

[279] The Superior Court judge held that the doctrine of Crown immunity should be modified so as not to apply to multijurisdictional s. 35 claims: Sup. Ct. reasons, at paras. 115-18. This argument is rooted in the concept that one province's courts can hear a case as fairly as another's. He did not explain on what basis s. 7 of the *Proceedings Against the Crown Act* was constitutionally inapplicable, particularly in the absence of a notice of constitutional question.

[277] Non seulement la présence de la Couronne est-elle nécessaire par principe, mais elle aide en outre à garantir que les questions sont entendues équitablement. On ne peut tenir pour acquis que des parties privées ont quelque connaissance que ce soit quant à l'occupation du territoire au moment où la Couronne a affirmé sa souveraineté : *Thomas*, par. 23. De plus, elles pourraient ne pas disposer des ressources pour répondre efficacement à une poursuite complexe intentée pour obtenir la reconnaissance d'un titre ancestral. Comme le juge Binnie l'a affirmé dans *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535 :

> . . . Les litiges sur les droits ancestraux revêtent [. . .] une grande importance tant pour les collectivités non autochtones que pour les collectivités autochtones et pour le bien-être économique des unes et des autres. Une décision sur l'existence et la portée de droits ancestraux garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne peut être rendue qu'après une audition complète et équitable pour tous les intéressés. [par. 12]

[278] L'approche préconisée par le PGC fait totalement fi de ce rôle important. De surcroît, elle ne tient pas compte des intérêts d'autres groupes autochtones relativement à des revendications territoriales qui concernent un même territoire, une difficulté qui, comme nous en discuterons ultérieurement, est présente en l'espèce. La nécessité que la Couronne se joigne à la cause à titre de partie est donc d'autant plus impérieuse compte tenu de son rôle de fiduciaire envers ces autres parties prenantes autochtones.

[279] Le juge de la Cour supérieure a conclu que la doctrine de l'immunité de la Couronne devrait être modifiée de sorte qu'elle ne s'appliquerait pas dans le contexte de revendications fondées sur l'art. 35 qui concernent plus d'une juridiction : motifs de la C.S., par. 115-118. Cet argument est fondé sur le concept que les cours d'une province peuvent entendre une cause tout aussi équitablement que celles d'une autre province. Il n'a toutefois pas expliqué sur quel fondement l'art. 7 de la *Proceedings Against the Crown Act* n'est constitutionnellement pas applicable, notamment en l'absence d'un avis de question constitutionnelle.

[280] As Hunt J.A. of the Alberta Court of Appeal held in *Athabasca*, "[i]t is contrary to our basic notion of federalism that the decision of one provincial Crown about the extent to and the manner in which it waives its immunity could be declared constitutionally inapplicable by courts established by the Crown in another province": para. 39. But even were that question properly before the Superior Court judge in this case, and with great respect to the AGC, the reason for confining litigation against the Crown to the province's own superior court is not because other provinces' judges are unable to hear cases fairly or competently; rather, it reflects the elementary principle of federalism and the importance of resolving fundamental questions about a province's sovereignty within the province's own legal system.

[280] Comme la juge Hunt de la Cour d'appel de l'Alberta l'a affirmé dans l'arrêt *Athabasca*, [TRADUCTION] « [l]l est contraire à notre conception de base du fédéralisme que la décision de la Couronne du chef d'une province quant à l'étendue de sa renonciation à son immunité et quant à la façon dont elle le fait puisse être déclarée inapplicable sur le plan constitutionnel par des cours créées par la Couronne du chef d'une autre province » : par. 39. Soit dit en tout respect pour le PGC, même si le juge de la Cour supérieure en l'espèce avait été régulièrement saisi de la question, ce n'est pas parce que les juges des autres provinces sont incapables de se prononcer équitablement ou avec compétence qu'un litige intenté contre la Couronne du chef d'une province ne peut être entendu que par la cour supérieure de cette dernière; il s'agit plutôt du reflet du principe élémentaire du fédéralisme et de l'importance de résoudre les questions fondamentales relatives à la souveraineté d'une province au sein de son propre système juridique.

(4) The AGC's Approach Ultimately Impedes Access to Justice

(4) Approche préconisée par le PGC : obstacle à l'accès à la justice

[281] Access to justice requires access to a court that can lawfully and finally adjudicate claims. As Karakatsanis J. explained in *Hryniak*, "[e]nsuring access to justice is the greatest challenge to the rule of law in Canada today . . . . Without an effective and accessible means of enforcing rights, the rule of law is threatened": para. 1 (emphasis added). We agree with our colleagues that there are significant access-to-justice concerns at play in this case. We emphasize, however, that access to justice requires *effective* means of enforcing rights. In our view, the AGC's approach fails to offer an *effective* solution.

[281] L'accès à la justice suppose l'accès à un tribunal qui peut légalement et définitivement statuer sur les demandes. Comme la juge Karakatsanis l'a expliqué dans *Hryniak*, « [d]e nos jours, garantir l'accès à la justice constitue le plus grand défi à relever pour assurer la primauté du droit au Canada [. . .] À défaut de moyens efficaces et accessibles de faire respecter les droits, la primauté du droit est compromise » : par. 1 (nous soulignons). Comme nos collègues, nous estimons que des préoccupations importantes quant à l'accès à la justice sont en jeu en l'espèce. Nous soulignons toutefois que l'accès à la justice requiert des moyens *efficaces* de faire respecter les droits. Selon nous, l'approche préconisée par le PGC n'offre pas une telle solution *efficace*.

[282] As this Court has explained, access to justice has two interconnected dimensions:

> One focuses on process and is concerned with whether the claimants have access to a fair process to resolve their claims. The other focuses on substance — the results to be obtained — and is concerned with whether the claimants

[282] Comme la Cour l'a expliqué, l'accès à la justice renferme deux dimensions interreliées :

> L'une intéresse la procédure et la question de savoir si les demandeurs disposent d'une voie équitable de règlement de leurs réclamations. L'autre intéresse le droit substantiel — l'issue recherchée — et la question de savoir s'ils

will receive a just and effective remedy for their claims if established.

(*AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949, at para. 24)

[283] Similarly, the Honourable Frank Iacobucci, writing extra-judicially, has described these two dimensions as requiring, first, that claimants have an opportunity to pursue their claims in court, and second, that they are able to obtain "an appropriate restorative result": F. Iacobucci, "What Is Access to Justice in the Context of Class Actions?", in J. Kalajdzic, ed., *Accessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley* (2011), 17, at p. 20.

[284] This focus on the substantive part of access to justice — the remedy — is critical here. As Professor Macdonald has explained, access to justice encompasses a number of features: "(1) just results, (2) fair treatment, (3) reasonable cost, (4) reasonable speed, (5) understandable to users, (6) responsive to needs, (7) certain, and (8) effective, adequately resourced and well organized": R. A. Macdonald, "Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale and Ambitions", in J. Bass, W. A. Bogart and F. H. Zemans, eds., *Access to Justice for a New Century — The Way Forward* (2005), 19, at pp. 23-24. The final four features in that list are particularly relevant: if the impact of the order actually received is uncertain, confusing, or narrower than expected, this is not the *triumph* that the AGC and our colleagues proclaim, but a *failure* of access to justice.

[285] This uncertainty and lack of clarity is particularly concerning where Indigenous peoples are involved, given the "shadow of a long history of grievances and misunderstanding" that characterizes the reconciliation process: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*,

obtiendront une réparation juste et adéquate si le bien-fondé des réclamations est établi.

(*AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949, par. 24)

[283] De même, l'honorable Frank Iacobucci, dans un écrit extrajudiciaire, a décrit ces deux dimensions comme exigeant, premièrement, que les demandeurs aient l'occasion de faire valoir leurs réclamations en cour et, deuxièmement, qu'ils soient en mesure d'obtenir [TRADUCTION] « une réparation satisfaisante » : F. Iacobucci, « What is Access to Justice in the Context of Class Actions? », dans J. Kalajdzic, ed., *Accessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley* (2011), 17, p. 20.

[284] Cet accent mis sur la dimension de fond de l'accès à la justice — soit la réparation — est crucial en l'espèce. Comme l'a expliqué le professeur Macdonald, l'accès à la justice comporte un grand nombre de caractéristiques : « (1) des résultats justes, (2) un traitement équitable, (3) des coûts raisonnables, (4) des délais raisonnables, (5) la compréhensibilité du système du point de vue des utilisateurs, (6) une sensibilité aux besoins de ces derniers, (7) la prévisibilité des résultats, et (8) l'efficacité, la bonne organisation et un financement adéquat du système » : R. A. Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui au Canada — étendue, envergure et ambition », dans J. Bass, W. A. Bogart et F. H. Zemans, éd., *L'accès à la justice pour le nouveau siècle — les voies du progrès* (2005), 19, p. 23-24. Les quatre dernières caractéristiques figurant dans cette liste sont particulièrement pertinentes : en effet, si l'ordonnance n'a qu'un effet incertain, qui porte à confusion, ou qui s'avère plus restreint que prévu, elle ne constitue par le *triomphe* que proclament le PGC et nos collègues, mais plutôt l'*échec* de notre système à promouvoir l'accès à la justice.

[285] Cette incertitude et ce manque de clarté sont particulièrement préoccupants lorsque les peuples autochtones sont parties prenantes, étant donné « l'ombre d'une longue histoire parsemée de griefs et d'incompréhension » qui caractérise le processus de réconciliation : *Première nation crie Mikisew c.*

2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, at para. 1. As we have explained, if a court issues a declaration of Aboriginal title that proves not to have the effect that was hoped for or appeared to have been conferred, this undermines the legitimacy and efficacy of the courts and leaves Indigenous claimants with the impression that they cannot trust the courts to resolve their s. 35 claims.

[286] We share our colleagues' concerns about '"piecemeal' advocacy" (at para. 45) and the potential for inconsistent holdings. But with respect, this will be the very result of *their* approach, given that any "limited declaration" of Aboriginal title — even if such a thing were possible — would have no impact beyond this litigation, in particular against the Crown of Newfoundland and Labrador, nor any binding direction to a court in Newfoundland and Labrador. The result is uncertainty all-round and great potential for inconsistent judgments. This is contrary to the guidance from this Court that a "culture shift" is necessary towards "proportional procedures": *Hryniak*, at para. 2. The AGC's approach may appear simple and efficient, but the necessary consequences of it show that it will ultimately generate confusion and more litigation. Our approach avoids these concerns by addressing the crucial question of courts' jurisdiction up-front.

[287] We add that it would not necessarily be an "inconsistent" result for a court in Newfoundland and Labrador to come to a different conclusion on Aboriginal title than a Quebec court, so long as their respective conclusions are each confined to territory within their own provinces. For example, a Newfoundland and Labrador court could find that title has been established over the portion of Nitassinan in Labrador, while a Quebec court might find the Innu have not established title over the portion of land in Quebec. As noted by the AGNL, Aboriginal title is tied to particular territory and requires proof, *inter alia*, of continuous occupation of

Canada (Ministre du Patrimoine canadien), 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 1. Comme nous l'avons expliqué, si une cour prononçait un jugement déclaratoire reconnaissant l'existence d'un titre ancestral, mais que celui-ci n'avait pas l'effet espéré ou l'effet qui semblait lui avoir été donné, cela minerait la légitimité et l'efficacité des cours et donnerait aux demandeurs autochtones l'impression qu'ils ne peuvent pas se fier aux cours pour résoudre leurs réclamations fondées sur l'art. 35.

[286] Nous partageons les préoccupations de nos collègues quant au « fractionnement [des] action[s] » (par. 45) et quant au risque de se retrouver avec des décisions incompatibles. Cela dit, il s'agirait du résultat de *leur* approche, puisque tout « jugement déclaratoire à portée limitée » reconnaissant l'existence d'un titre ancestral — même si une telle chose était possible — n'aurait aucun effet au-delà de la présente poursuite, notamment contre la Couronne de Terre-Neuve-et-Labrador, et ne lierait pas une cour de cette province. Cela mènerait à une totale incertitude et à un risque important de se retrouver avec des jugements incompatibles, l'effet contraire à l'orientation donnée par la Cour selon laquelle il est nécessaire de procéder à un « virage culturel » pour tendre vers des « procédures proportionnées » : *Hryniak*, par. 2. L'approche préconisée par le PGC peut sembler simple et efficace, mais ses conséquences inévitables illustrent qu'elle entraînera inévitablement de la confusion et une multiplication des litiges. Notre approche fait échec à ces préoccupations en traitant d'emblée de la question cruciale de la compétence des tribunaux.

[287] De surcroît, nous estimons qu'une décision d'une cour de Terre-Neuve-et-Labrador qui en arriverait à une conclusion différente de celle d'une cour du Québec quant à l'existence d'un titre ancestral ne serait pas nécessairement « incompatible » avec elle, à condition que leurs conclusions respectives ne concernent qu'un territoire entièrement situé dans leur propre province. Par exemple, une cour de Terre-Neuve-et-Labrador pourrait conclure qu'un titre a été établi sur une portion du Nitassinan dans le Labrador, et une cour du Québec conclure que les Innus n'ont pas fait la preuve qu'ils détiennent un titre sur la portion de ce territoire qui se trouve au Québec.

a site: *Delgamuukw*, at para. 143; *Tsilhqot'in Nation*, at para. 25. It is therefore possible that there would be *differing* (but not *inconsistent*) findings relating to different parts of Nitassinan depending on the evidence. This is not a denial of access to justice but rather a reality of proving Aboriginal title.

Comme l'a souligné le PGTNL, un titre ancestral est lié à un territoire en particulier et, pour en reconnaître l'existence, il faut notamment prouver l'occupation continue des lieux : *Delgamuukw*, par. 143; *Nation Tsilhqot'in*, par. 25. Il serait donc possible que des conclusions *diffèrent* (sans être *incompatibles*) en ce qui a trait à différentes portions du territoire du Nitassinan suivant la preuve présentée. Cela ne constituerait pas un déni d'accès à la justice, mais illustrerait plutôt l'exigence de prouver l'existence d'un titre ancestral.

[288] While different results in Quebec and Labrador are not necessarily inconsistent, individual *in personam* suits against private landowners would likely create results irreconcilable with any conception of historic land use. Each plot of land could have a different result, with some houses in a neighbourhood subject to one group's Aboriginal title, other houses to another group's, and others subject to no Aboriginal title at all. The resulting patchwork could leave Indigenous groups without a contiguous territory. Rather than being shaped by an understanding of the evidence of prior occupation, the boundaries of Indigenous territory would be defined by which plots of land happened to be occupied by the third-party defendants in each suit, and by the technicalities of *res judicata*. It is difficult to see how this result is desirable either from an Indigenous or a non-Indigenous perspective.

[288] Bien que des résultats différents au Québec et au Labrador ne seraient pas nécessairement incompatibles, des poursuites individuelles *in personam* contre des propriétaires fonciers privés donneraient probablement des résultats inconciliables avec toute conception de l'utilisation historique des terres. Chaque parcelle de terre pourrait faire l'objet d'un résultat différent, certaines maisons d'un quartier se retrouvant assujetties au titre ancestral d'un groupe autochtone, d'autres maisons au titre ancestral d'un autre groupe, et d'autres encore à aucun titre ancestral. La courtepointe qui en résulterait pourrait laisser les groupes autochtones sans territoire contigu. Plutôt que d'être modelées par une compréhension des preuves d'une occupation antérieure, les limites du territoire autochtone seraient définies par les parcelles de terre qui étaient détenues par les tiers défendeurs dans chaque procès et par les conditions de l'autorité de la chose jugée. Il est difficile de voir en quoi ce résultat est souhaitable, que ce soit du point de vue des autochtones ou des non-autochtones.

[289] Moreover, and howsoever worthy our colleagues' goal of simplifying procedures, it does not follow that courts can or should dispense with federalism or provincial boundaries. It bears repeating that reconciliation must reconcile *both* prior Indigenous occupation *and* Crown sovereignty.

[289] Qui plus est, et aussi louable que soit l'objectif de nos collègues de simplifier les procédures, les cours ne peuvent ni ne devraient faire fi du fédéralisme ou des frontières provinciales. Il vaut la peine de répéter que la réconciliation doit concilier *à la fois* l'occupation antérieure par les autochtones *et* la souveraineté de la Couronne.

[290] As a final note on access to justice, we observe that our colleagues have not addressed our proposed solution of joint hearings, except perhaps obliquely when they state that the Innu should not be made to "bifurcate" their claim: para. 52. We acknowledge that our solution requires commencing a

[290] En dernier lieu au sujet de l'accès à la justice, nous observons que nos collègues n'ont pas traité de la solution que nous proposons que des audiences conjointes soient tenues, sauf peut-être au passage, lorsqu'ils affirment qu'on ne devrait pas forcer les Innus à « scinder » leur réclamation : par. 52. Nous

claim in Newfoundland and Labrador. However, as we make clear in our reasons, using an *Endean*-style approach means that the bulk of the hearings could be conducted together and in a way that minimizes inconvenience and cost as much as possible. With respect, it is not "bifurcating" a claim to require that it be brought in a way that respects our constitutional structure while making every effort to consolidate proceedings. Indeed, the term "bifurcate" better describes our colleagues' approach, which results in declarations of questionable meaning and reach, and very likely more litigation in the future.

reconnaissons que notre solution requiert d'intenter un recours à Terre-Neuve-et-Labador. Cependant, comme nous l'expliquons clairement dans nos motifs, l'utilisation d'une approche de style *Endean* signifie que la plus grande partie des audiences pourraient se dérouler conjointement et de manière à minimiser autant que possible les inconvénients et les coûts. Soit dit en tout respect, exiger qu'une réclamation soit présentée dans le respect de notre structure constitutionnelle tout en faisant tous les efforts possibles pour consolider les procédures ne revient pas à « scinder » la réclamation en question. De fait, le verbe « scinder » décrit mieux l'approche de nos collègues qui se traduirait par des jugements déclaratoires dont la portée et le sens seraient incertains et entraîneraient fort probablement d'autres litiges.

(5) This Case Exemplifies the Serious Problems That Can Arise Under the AGC's Approach

[291] The serious problems created by the AGC's proposed approach are not theoretical or faraway. In fact, they plainly arise on the facts of this case.

(a) *Third-party Claims to the Land*

[292] The plaintiffs seek declarations of Aboriginal title and Aboriginal rights over a large portion of Labrador: A.R., vol. II, at pp. 188-89. Much of that land is occupied by non-Indigenous third parties, including residents and businesses of the communities of Labrador City, Wabush, and Churchill Falls; the Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited; Nalcor Energy; and the operators of the Wabush Mines.

[293] The interaction between Aboriginal title claims and third parties' property rights remains unsettled: see, for example, *Council of the Haida Nation*; *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641 (C.A.); K. McNeil, "Reconciliation and Third-Party Interests: *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*"

(5) Approche préconisée par le PGC : source potentielle de problèmes sérieux dans la présente affaire

[291] Les problèmes sérieux que créerait l'approche proposée par le PGC ne sont ni théoriques ni éloignés. En fait, ils se posent même clairement dans le contexte de la présente affaire.

a) *Revendications de tiers sur le territoire en cause*

[292] Les demandeurs sollicitent un jugement déclaratoire reconnaissant l'existence d'un titre et de droits ancestraux sur une portion importante du Labrador : d.a., vol. II, p. 188-189. La majorité de ce territoire est occupé par des tiers non-autochtones — y compris des résidents et des entreprises installées dans les communautés de Labrador City, Wabush et Churchill Falls —, ainsi que par la compagnie Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited, Nalcor Energy et les exploitants de la mine de Wabush.

[293] L'interaction entre les revendications de titres autochtones et les droits fonciers de tiers n'est toujours pas réglée : voir, par exemple, *Conseil de la nation Haida*; *Chippewas of Sarnia Band c. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641 (C.A.); K. McNeil, « Reconciliation and Third-Party Interests: *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* »

(2010), 8 *Indigenous L.J.* 7; R. Hamilton, "Private Property and Aboriginal Title: What is the Role of Equity in Mediating Conflicting Claims?" (2018), 51 *U.B.C. L. Rev.* 347; J. Borrows, "Aboriginal Title and Private Property" (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 91. It is clear that none of the non-Indigenous third parties are parties in this litigation and, one must therefore assume, none will be bound by the relief sought here, forcing the Innu to face the very challenges discussed above.

(b) *Other Aboriginal Title Claims*

[294] In addition to the existence of substantial non-Indigenous claims, some of the land over which the plaintiffs are seeking declarations is subject to Aboriginal rights claims by at least two other groups. The Labrador Innu have negotiated and approved an Agreement in Principle that includes an Economic Major Development Impact and Benefit Agreement Area overlapping much of the territory over which the plaintiffs seek a declaration.[4] Moreover, the NunatuKavut Community Council has signed a memorandum of understanding with Canada to discuss its claim to Aboriginal rights.[5] This claim overlaps with all the territory in Labrador claimed by the Innu.[6]

(2010), 8 *Indigenous L.J.* 7; R. Hamilton, « Private Property and Aboriginal Title: What is the Role of Equity in Mediating Conflicting Claims? » (2018), 51 *U.B.C. L. Rev.* 347; J. Borrows, « Aboriginal Title and Private Property » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 91. Clairement, aucun des tiers non-autochtones n'est partie au présent litige; il faut donc tenir pour acquis qu'aucun d'entre eux ne sera lié par la réparation recherchée en l'espèce. Les Innus seront donc forcément aux prises avec les défis dont nous avons traité précédemment.

b) *Autres revendications de titres autochtones*

[294] En plus de l'existence de revendications importantes de non-autochtones, une partie du territoire relativement auquel les demandeurs sollicitent des jugements déclaratoires fait l'objet de revendications de droits ancestraux par au moins deux autres groupes autochtones. En effet, les Innus du Labrador ont négocié et approuvé une entente de principe qui comprend notamment une zone d'entente sur les répercussions et les avantages du développement économique majeur chevauchant une grande partie du territoire à l'égard duquel les demandeurs cherchent à obtenir une déclaration[4]. En outre, le Conseil communautaire de Nunatukavut a signé un protocole d'entente avec le Canada pour discuter de sa revendication de droits ancestraux[5]. Or, cette revendication concerne un territoire que chevauche l'ensemble de celui situé au Labrador que revendiquent les demandeurs[6].

---

[4] Compare Map 5-E-1: Western Labrador Economic Major Development Impact and Benefit Agreement Area (Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada, *Labrador Innu Land Claims Agreement-in-Principle*, last updated March 13, 2012 (online), at para. 91) with the map of Nitassinan of the Innu of Uashat Mak Mani-Utenam and of Matimekush-Lac John and the map of the Saguenay Beaver Reserve (Sept-Îles division) (A.R., vol. II, at pp. 188-89).

[5] NunatuKavut Community Council, *Memorandum of Understanding on Advancing Reconciliation*, September 5, 2019 (online).

[6] Compare NunatuKavut Community Council's traditional territory map (NunatuKavut Community Council, *Traditional Territory Map*, last updated November 15, 2019 (online)) with the map of Nitassinan of the Innu of Uashat Mak Mani-Utenam and of Matimekush-Lac John and the map of the Saguenay Beaver Reserve (Sept-Îles division) (A.R., vol. II, at pp. 188-89).

[4] Comparer la Carte 5-E-1 : Région visée par l'entente sur les répercussions et les avantages de grands projets économiques dans l'ouest (Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord Canada, *Entente de principe concernant les revendications territoriales des Innus du Labrador*, dernière mise à jour 15 mars 2012 (en ligne), par. 91) avec la Carte du Nitassinan des Innus de Uashat Mak Mani-Utenam et de Matimekush-Lac John et la Carte de la Réserve à castor de Saguenay (division Sept-Îles) (d.a., vol. II, p. 188-189).

[5] Nunatukavut Community Council, *Memorandum of Understanding on Advancing Reconciliation*, 5 septembre 2019 (en ligne).

[6] Comparer la carte du territoire traditionnel du NunatuKavut Community Council (NunatuKavut Community Council, *Traditional Territory Map*, dernière mise à jour 15 novembre 2019 (en ligne)) avec la Carte du Nitassinan des Innus de Uashat Mak Mani-Utenam et de Matimekush-Lac John et la Carte de la Réserve à castor de Saguenay (division Sept-Îles) (d.a., vol. II, p. 188-189).

[295] This Court has, in the past, said that it is not desirable to make findings of Aboriginal rights when other affected Indigenous groups are not involved. In *Delgamuukw*, Lamer C.J. noted that many other Indigenous groups with territorial claims overlapping with those of the appellants did not intervene in the appeal or at trial. This was "unfortunate, because [the] determinations of aboriginal title [for the appellants] will undoubtedly affect their claims as well. This is particularly so because aboriginal title encompasses an exclusive right to the use and occupation of land, i.e., to the exclusion of both non-aboriginals and members of other aboriginal nations": *Delgamuukw*, at para. 185 (emphasis in original). This logic extends not only to the declarations the plaintiffs seek, but also to the damages claim, which could affect the economic value of other Indigenous groups' rights.

[296] Overlapping land claims raise real procedural and substantive challenges that have yet to be resolved by this Court. In the meantime, courts should not stretch procedural rules to enable decisions that will appear to affect the rights of Indigenous groups that are neither present nor (presumably) bound by the result.

VI. Conclusion

[297] We would allow the appeal with costs, set aside the judgments of the Quebec Superior Court and the Quebec Court of Appeal, allow in part the AGNL's motion to strike allegations and order that the conclusions of the Innu's motion to institute proceedings that are declaratory or injunctive in nature and that relate to Nitassinan or to the IOC megaproject be amended so that they apply only to acts, activities or rights within Quebec's territory.

[295] Dans le passé, la Cour a affirmé qu'il n'est pas souhaitable de conclure à l'existence de droits autochtones lorsque d'autres groupes autochtones touchés ne participent pas au débat. Dans *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer a souligné que de nombreux autres groupes autochtones qui avaient des revendications territoriales chevauchant celles des appelants n'étaient intervenus ni dans l'appel ni dans le procès. Cette situation était « malheureuse parce que les décisions relatives au titre aborigène des [appelants] auront indubitablement un effet sur les revendications de ces autres nations autochtones, particulièrement en raison du fait que le titre aborigène comprend le droit exclusif d'utiliser et d'occuper des terres, c'est-à-dire de le faire à l'exclusion des non-autochtones et des membres d'autres nations autochtones » : *Delgamuukw*, par. 185 (soulignements dans l'original). Cette logique s'applique non seulement aux jugements déclaratoires que sollicitent les demandeurs, mais également à la demande en dommages-intérêts, qui pourraient avoir une incidence sur la valeur économique des droits d'autres groupes autochtones.

[296] Les revendications qui visent des territoires se chevauchant soulèvent de réels défis de fond et de procédure que la Cour n'a toujours pas résolus. D'ici à ce qu'elle le fasse, les tribunaux devraient s'abstenir d'étirer les règles de procédure de manière à pouvoir rendre des décisions qui sembleront avoir une incidence sur les droits de groupes autochtones qui ne sont ni présents ni (présumément) liés par le résultat.

VI. Conclusion

[297] Nous suggérons d'accueillir l'appel avec dépens, d'infirmer les jugements de la Cour supérieure du Québec et de la Cour d'appel du Québec, d'accueillir en partie la requête en radiation d'allégations du PGTNL et d'ordonner que les conclusions de la requête introductive d'instance des Innus qui sont de nature déclaratoire ou injonctive et qui visent le Nitassinan ou le mégaprojet d'IOC soient modifiées afin qu'elles se limitent à des faits, activités ou droits situés à l'intérieur des limites territoriales du Québec.

Appeal dismissed with costs throughout, MOLDAVER, CÔTÉ, BROWN *and* ROWE JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Gowling WLG (Canada), Ottawa; Department of Justice and Public Safety, St-John's.

Solicitors for the respondents: Jean-François Bertrand Avocats inc., Québec; O'Reilly & Associés, Montréal; François Lévesque, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the interveners the Iron Ore Company of Canada and the Quebec North Shore and Labrador Railway Company Inc.: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the interveners Kitigan Zibi Anishinabeg and the Algonquin Anishinabeg Nation Tribal Council: Woodward & Co., Victoria.

Solicitors for the intervener Amnesty International Canada: Juristes Power, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Tsawout First Nation: Devlin Gailus Watson Law Corporation, Victoria.

Pourvoi rejeté avec dépens devant toutes les cours, les juges MOLDAVER, CÔTÉ, BROWN *et* ROWE *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant : Gowling WLG (Canada), Ottawa; Department of Justice and Public Safety, St-John's.

Procureurs des intimés : Jean-François Bertrand Avocats inc., Québec; O'Reilly & Associés, Montréal; François Lévesque, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs des intervenantes la Compagnie minière IOC et la Compagnie de chemin de fer du littoral nord de Québec et du Labrador inc. : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs des intervenants Kitigan Zibi Anishinabeg et le Conseil tribal de la nation algonquine Anishinabeg : Woodward & Co., Victoria.

Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale Canada : Juristes Power, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Tsawout First Nation : Devlin Gailus Watson Law Corporation, Victoria.

Nevsun Resources Ltd. *Appellant*

v.

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

and

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

Indexed as: Nevsun Resources Ltd. *v.* Araya

2020 SCC 5

File No.: 37919.

2019: January 23; 2020: February 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

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

Nevsun Resources Ltd. *Appelante*

c.

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

et

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

Répertorié : Nevsun Resources Ltd. *c.* Araya

2020 CSC 5

N° du greffe : 37919.

2019 : 23 janvier; 2020 : 28 février.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By Abella J.

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

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

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

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

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

By Brown and Rowe JJ. (dissenting in part)

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

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

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

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

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

By Côté J. (dissenting)

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

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

Citée par la juge Côté (dissidente)

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

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

Statutes and Regulations Cited

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

Treaties and Other International Instruments

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

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

Lois et règlements cités

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

Traités et autres instruments internationaux

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1994 nº 2.
Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 1520 R.T.N.U. 217, art. 5.
Convention américaine relative aux droits de l'homme, 1144 R.T.N.U. 123, art. 5.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, R.T. Can. 1987 nº 36, art. 16.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 3.
Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 nº 37, art. 53.
Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 1561 R.T.N.U. 363.

International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47, arts. 2, 7.

North American Free Trade Agreement between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1994 No. 2.

Statute of the International Court of Justice, Can. T.S. 1945 No. 7, art. 38(1).

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

Authors Cited

Aftab, Yousuf, and Audrey Mocle. *Business and Human Rights as Law: Towards Justiciability of Rights, Involvement, and Remedy.* Toronto: LexisNexis, 2019.

Akhavan, Payam. "Canada and international human rights law: is the romance over?" (2016), 22 *Canadian Foreign Policy Journal* 331.

Alston, Philip, and Ryan Goodman. *International Human Rights.* Oxford: Oxford University Press, 2013.

Axworthy, Lloyd. *Navigating A New World: Canada's Global Future.* Toronto: Vintage Canada, 2003.

Banu, Roxana. "Assuming Regulatory Authority for Transnational Torts: An Interstate Affair? A Historical Perspective on the Canadian Private International Law Tort Rules" (2013), 31 *Windsor Y.B. Access Just.* 197.

Bassiouni, M. Cherif. "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*" (1996), 59 *Law & Contemp. Probs.* 63.

Baughen, Simon. *Human Rights and Corporate Wrongs: Closing the Governance Gap*. Cheltenham, U.K.: Edward Elgar Publishing, 2015.

Bianchi, Andrea. "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*" (2008), 19 *E.J.I.L.* 491.

Bingham, Tom. *The Rule of Law.* London: Allen Lane, 2010.

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England: Book the Fourth.* Oxford: Clarendon Press, 1769.

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

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. "A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts" (2002), 40 *Can. Y.B. Intl Law* 3.

Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. "International Law and the Practice of Legality: Stability and Change" (2018), 49 *V.U.W.L.R.* 429.

Bühler, Martin. "The Emperor's New Clothes: Defabricating the Myth of 'Act of State' in Anglo-Canadian Law", in Craig Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative*

Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, S.T.O.E.A. nº 67.

Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 nº 3, art. 37.

Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, 30 avril 1948, art. 26.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 nº 47, art. 2, 7.

Statut de la Cour internationale de Justice, R.T. Can. 1945 nº 7, art. 38(1).

Doctrine et autres documents cités

Aftab, Yousuf, and Audrey Mocle. *Business and Human Rights as Law : Towards Justiciability of Rights, Involvement, and Remedy*, Toronto, LexisNexis, 2019.

Akhavan, Payam. « Canada and international human rights law : is the romance over? » (2016), 22 *Canadian Foreign Policy Journal* 331.

Alston, Philip, and Ryan Goodman. *International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Axworthy, Lloyd. *Navigating A New World : Canada's Global Future*, Toronto, Vintage Canada, 2003.

Banu, Roxana. « Assuming Regulatory Authority for Transnational Torts : An Interstate Affair? A Historical Perspective on the Canadian Private International Law Tort Rules » (2013), 31 *Windsor Y.B. Access Just.* 197.

Bassiouni, M. Cherif. « International Crimes : *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* » (1996), 59 *Law & Contemp. Probs.* 63.

Baughen, Simon. *Human Rights and Corporate Wrongs : Closing the Governance Gap*, Cheltenham (R.-U.), Edward Elgar Publishing, 2015.

Bianchi, Andrea. « Human Rights and the Magic of *Jus Cogens* » (2008), 19 *E.J.I.L.* 491.

Bingham, Tom. *The Rule of Law*, London, Allen Lane, 2010.

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England : Book the Fourth*, Oxford, Clarendon Press, 1769.

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

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.

Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002), 40 *A.C.D.I.* 3.

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

Bühler, Martin. « The Emperor's New Clothes : Defabricating the Myth of "Act of State" in Anglo-Canadian

Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation. Portland, Or.: Hart Publishing, 2001, 343.

Canada. Global Affairs Canada. *Doing Business the Canadian Way: A Strategy to Advance Corporate Social Responsibility in Canada's Extractive Sector Abroad*, last updated July 31, 2019 (online: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Enhanced_CS_Strategy_ENG.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_1_eng.pdf).

Canada. Global Affairs Canada. *Minister Carr announces appointment of first Canadian Ombudsperson for Responsible Enterprise*, April 8, 2019 (online: https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2019/04/minister-carr-announces-appointment-of-first-canadian-ombudsperson-for-responsible-enterprise.html; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_2_eng.pdf).

Canada. Global Affairs Canada. *Responsible business conduct abroad — Questions and answers*, last updated September 16, 2019 (online: https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/faq.aspx?lang=eng; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_3_eng.pdf).

Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Clapham, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors.* Oxford: Oxford University Press, 2006.

Clapham, Andrew. "On Complicity", dans Marc Henzelin et Robert Roth, dir., *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation.* Paris: L.G.D.J., 2002, 241.

Craig, Paul. "Britain in the European Union", in Jeffrey Jowell, Dawn Oliver and Colm O'Cinneide, eds., *The Changing Constitution*, 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, 104.

Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

Criddle, Evan J., and Evan Fox-Decent. "A Fiduciary Theory of Jus Cogens" (2009), 34 *Yale J. Intl L.* 331.

Currie, John H. *Public International Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

Currie, John H. "Weaving a Tangled Web: *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law" (2007), 45 *Can. Y.B. Intl Law* 55.

Currie, John H., et al. *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2014.

Law », in Craig Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2001, 343.

Canada. Affaires mondiales Canada. *Conduite responsable des entreprises à l'étranger — Foire aux questions*, dernière mise à jour 16 septembre 2019 (en ligne : https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/faq.aspx?lang=fra; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_3_fra.pdf).

Canada. Affaires mondiales Canada. *Le ministre Carr annonce la nomination de la première ombudsman canadienne pour la responsabilité des entreprises*, 8 avril 2019 (en ligne : https://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2019/04/le-ministre-carr-annonce-la-nomination-du-premier-ombudsman-canadien-de-lentreprise-responsable.html; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_2_fra.pdf).

Canada. Affaires mondiales Canada. *Le modèle d'affaires canadien : Stratégie de promotion de la responsabilité sociale des entreprises pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger*, dernière mise à jour 31 juillet 2019 (en ligne : http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Strategie_RSE_amelioree_FRA.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_1_fra.pdf).

Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005.

Clapham, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Clapham, Andrew. « On Complicity », dans Marc Henzelin et Robert Roth, dir., *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, L.G.D.J., 2002, 241.

Craig, Paul. « Britain in the European Union », in Jeffrey Jowell, Dawn Oliver and Colm O'Cinneide, eds., *The Changing Constitution*, 8th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, 104.

Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.

Criddle, Evan J., and Evan Fox-Decent. « A Fiduciary Theory of Jus Cogens » (2009), 34 *Yale J. Intl L.* 331.

Currie, John H. *Public International Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2008.

Currie, John H. « Weaving a Tangled Web : *Hape* and the Obfuscation of Canadian Reception Law » (2007), 45 *A.C.D.I.* 55.

de Mestral, Armand, and Evan Fox-Decent. "Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law" (2008), 53 *McGill L.J.* 573.

Dodge, William S. "Corporate Liability Under Customary International Law" (2012), 43 *Geo. J. Int'l L.* 1045.

Emanuelli, Claude. *Droit international public: Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.

Fitzgerald, Oonagh E. "Implementation of International Humanitarian and Related International Law in Canada", in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law.* Toronto: Irwin Law, 2006, 625.

Green, James A. *The Persistent Objector Rule in International Law.* Oxford: Oxford University Press, 2016.

Harrington, Joanna. "Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making: (Re-)Establishing a Role for Parliament" (2005), 50 *McGill L.J.* 465.

Hathaway, Oona A., and Scott J. Shapiro. *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World.* New York: Simon & Schuster, 2017.

Henckaerts, Jean-Marie. "Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict" (2005), 87 *Int'l Rev. Red Cross* 175.

Higgins, Rosalyn. "The Relationship Between International and Regional Human Rights Norms and Domestic Law" (1992), 18 *Commonwealth L. Bull.* 1268.

International Labour Organization. International Labour Office. "Forced labour in Myanmar (Burma) — Report of the Commission of Inquiry appointed under article 26 of the Constitution of the International Labour Organization to examine the observance by Myanmar of the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29)", *I.L.O. Official Bulletin: Special Supplement*, vol. LXXXI, 1998, Series B.

Jennings, Robert, and Arthur Watts. *Oppenheim's International Law*, vol. 1, 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Jouannet, Emmanuelle. "What Is the Use of International Law? International Law as a 21st Century Guardian of Welfare" (2007), 28 *Mich. J. Int'l L.* 815.

Joyner, Christopher C. "'The Responsibility to Protect': Humanitarian Concern and the Lawfulness of Armed Intervention" (2007), 47 *Va. J. Int'l L.* 693.

Kammerhofer, Jörg. "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems" (2004), 15 *Eur. J. Int'l L.* 523.

Keyes, John Mark, and Ruth Sullivan. "A Legislative Perspective on the Interaction of International and Domestic Law", in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized*

Currie, John H., et al. *International Law : Doctrine, Practice, and Theory*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2014.

de Mestral, Armand, and Evan Fox-Decent. « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law » (2008), 53 *R.D. McGill.* 573.

Dodge, William S. « Corporate Liability Under Customary International Law » (2012), 43 *Geo. J. Int'l L.* 1045.

Emanuelli, Claude. *Droit international public : Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

Fitzgerald, Oonagh E. « La mise en œuvre au Canada du droit humanitaire international et connexe », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 779.

Green, James A. *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Harrington, Joanna. « Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making : (Re-)Establishing a Role for Parliament » (2005), 50 *R.D. McGill* 465.

Hathaway, Oona A., and Scott J. Shapiro. *The Internationalists : How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*, New York, Simon & Schuster, 2017.

Henckaerts, Jean-Marie. « Étude sur le droit international humanitaire coutumier : une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armées » (2005), 87 *R.I.C.R.* 289.

Higgins, Rosalyn. « The Relationship Between International and Regional Human Rights Norms and Domestic Law » (1992), 18 *Commonwealth L. Bull.* 1268.

Jennings, Robert, and Arthur Watts. *Oppenheim's International Law*, vol. 1, 9th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.

Jouannet, Emmanuelle. « What Is the Use of International Law? International Law as a 21st Century Guardian of Welfare » (2007), 28 *Mich. J. Int'l L.* 815.

Joyner, Christopher C. « "The Responsibility to Protect" : Humanitarian Concern and the Lawfulness of Armed Intervention » (2007), 47 *Va. J. Int'l L.* 693.

Kammerhofer, Jörg. « Uncertainty in the Formal Sources of International Law : Customary International Law and Some of Its Problems » (2004), 15 *Eur. J. Int'l L.* 523.

Keyes, John Mark, et Ruth Sullivan. « L'interaction du droit international et du droit national dans une perspective législative », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 351.

Kindred, Hugh M. « L'usage et le mésusage des sources juridiques internationales par les tribunaux canadiens :

Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law. Toronto: Irwin Law, 2006, 277.

Kindred, Hugh M. "The Use and Abuse of International Legal Sources by Canadian Courts: Searching for a Principled Approach", in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law.* Toronto: Irwin Law, 2006, 5.

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

Koh, Harold Hongju. *International Law vs. Donald Trump: A Reply*, March 5, 2018 (online: http://opiniojuris.org/2018/03/05/international-law-vs-donald-trump-a-reply/; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_4_eng.pdf).

Koh, Harold Hongju. "Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation" (2004), 7 *J.I.E.L.* 263.

Koh, Harold Hongju. "Transnational Legal Process" (1996), 75 *Neb. L. Rev.* 181.

Koh, Harold Hongju. "Twenty-First-Century International Lawmaking" (2013), 101 *Geo. L.J.* 725.

La Forest, Gérard V. "The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues" (1996), 34 *Can. Y.B. Intl Law* 89.

Lauterpacht, Hersch. "Is International Law a Part of the Law of England?", in *Transactions of the Grotius Society*, vol. 25, *Problems of Peace and War: Papers Read Before the Society in the Year 1939.* London: Sweet & Maxwell, 1940, 51.

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

LeBel, Louis, and Gloria Chao. "The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 23.

Macklem, Patrick. *The Sovereignty of Human Rights.* New York: Oxford University Press, 2015.

McLachlan, Campbell. *Foreign Relations Law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

McLachlin, Beverley. "Unwritten Constitutional Principles: What is Going On?" (2006), 4 *N.Z.J.P.I.L.* 147.

O'Keefe, Roger. *International Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2015.

O'Keefe, Roger. "The Doctrine of Incorporation Revisited", in James Crawford and Vaughan Lowe, eds., *The British Year Book of International Law 2008.* Oxford: Oxford University Press, 2009, 7.

à la recherche d'une perspective raisonnée », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 11.

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

Koh, Harold Hongju. *International Law vs. Donald Trump : A Reply*, 5 mars 2018 (en ligne : http://opiniojuris.org/2018/03/05/international-law-vs-donald-trump-a-reply/; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_4_eng.pdf).

Koh, Harold Hongju. « Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation » (2004), 7 *J.I.E.L.* 263.

Koh, Harold Hongju. « Transnational Legal Process » (1996), 75 *Neb. L. Rev.* 181.

Koh, Harold Hongju. « Twenty-First-Century International Lawmaking » (2013), 101 *Geo. L.J.* 725.

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

Lauterpacht, Hersch. « Is International Law a Part of the Law of England? », *in Transactions of the Grotius Society*, vol. 25, *Problems of Peace and War : Papers Read Before the Society in the Year 1939*, London, Sweet & Maxwell, 1940, 51.

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

LeBel, Louis, and Gloria Chao. « The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation : Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 23.

Macklem, Patrick. *The Sovereignty of Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2015.

McLachlan, Campbell. *Foreign Relations Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

McLachlin, Beverley. *Les principes constitutionnels non écrits : qu'est-ce qui se passe dans ce domaine?*, 1er décembre 2005 (en ligne : https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2005-12-01-fra.aspx; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC5_6_fra.pdf).

Nations Unies. Assemblée générale. *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc. N.U. A/HRC/4/35, 19 février 2007.

Pearson, Lester B. "Canadian Foreign Policy in a Two Power World", *The Empire Club of Canada: Addresses 1950-1951*. Toronto: T. H. Best Printing Co., 1951, 346.

Phillipson, Gavin. "The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: a Bang or a Whimper?" (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 824.

Pitel, Stephen G. A., and Matthew B. Lerner. "Resolving Questions of Law: A Modern Approach to Rule 21" (2014), 43 *Adv. Q.* 344.

Provost, René. "Judging in Splendid Isolation" (2008), 56 *Am. J. Comp. L.* 125.

Ramasastry, Anita, and Robert C. Thompson. *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law — A Survey of Sixteen Countries.* Oslo: Fafo, 2006.

Raponi, Sandra. "Grounding a Cause of Action for Torture in Transnational Law", in Craig Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation.* Portland, Or.: Hart Publishing, 2001, 373.

Roberts, Anthea. "Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law" (2011), 60 *I.C.L.Q.* 57.

Sands, Philippe. *East West Street: On the Origins of "Genocide" and "Crimes Against Humanity".* New York: Alfred A. Knopf, 2016.

Schwartz, Osnat Grady. "International Law and National Courts: Between Mutual Empowerment and Mutual Weakening" (2015), 23 *Cardozo J. Intl & Comp. L.* 587.

Scott, Craig. "Translating Torture into Transnational Tort: Conceptual Divides in the Debate on Corporate Accountability for Human Rights Harms", in Craig Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation.* Portland, Or.: Hart Publishing, 2001, 45.

Sharpe, Robert J. *Good Judgment: Making Judicial Decisions.* Toronto: University of Toronto Press, 2018.

Simma, Bruno, and Philip Alston. "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles" (1988), 12 *Aust. Y.B.I.L.* 82.

Slama, Jo Lynn. "*Opinio Juris* in Customary International Law" (1990), 15 *Okla. City U. L. Rev.* 603.

Sossin, Lorne M. *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2012.

Stephens, Beth. "The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights" (2002), 20 *B.J.I.L.* 45.

Nations Unies. Comité des droits de l'homme. *Observation générale n° 31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004.

Nations Unies. Commission du droit international. *Rapport de la Commission du droit international*, 73e sess., suppl. n° 10, Doc. N.U. A/73/10, 2018.

O'Keefe, Roger. *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

O'Keefe, Roger. « The Doctrine of Incorporation Revisited », in James Crawford and Vaughan Lowe, eds., *The British Year Book of International Law 2008*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 7.

Organisation internationale du Travail. Bureau international du Travail. « Travail forcé au Myanmar (Birmanie) — Rapport de la commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner le respect par le Myanmar de la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930 », *Bulletin officiel du B.I.T. : supplément spécial*, vol. LXXXI, 1998, série B.

Pearson, Lester B. « Canadian Foreign Policy in a Two Power World », *The Empire Club of Canada : Addresses 1950-1951*, Toronto, T. H. Best Printing Co., 1951, 346.

Phillipson, Gavin. « The Human Rights Act, "Horizontal Effect" and the Common Law : a Bang or a Whimper? » (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 824.

Pitel, Stephen G. A., and Matthew B. Lerner. « Resolving Questions of Law : A Modern Approach to Rule 21 » (2014), 43 *Adv. Q.* 344.

Provost, René. « Judging in Splendid Isolation » (2008), 56 *Am. J. Comp. L.* 125.

Ramasastry, Anita, and Robert C. Thompson. *Commerce, Crime and Conflict : Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law — A Survey of Sixteen Countries*, Oslo, Fafo, 2006.

Raponi, Sandra. « Grounding a Cause of Action for Torture in Transnational Law », in Craig Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2001, 373.

Roberts, Anthea. « Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law » (2011), 60 *I.C.L.Q.* 57.

Sands, Philippe. *East West Street : On the Origins of « Genocide » and « Crimes Against Humanity »*, New York, Alfred A. Knopf, 2016.

Schwartz, Osnat Grady. « International Law and National Courts : Between Mutual Empowerment and Mutual Weakening » (2015), 23 *Cardozo J. Intl & Comp. L.* 587.

Toope, Stephen J. "Inside and Out: The Stories of International Law and Domestic Law" (2001), 50 *U.N.B.L.J.* 11.

United Nations. General Assembly. *Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, U.N. Doc. A/HRC/4/035, February 9, 2007.

United Nations. Human Rights Committee. *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, May 26, 2004.

United Nations. International Law Commission. *Report of the International Law Commission*, 73rd Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/73/10, 2018.

van Ert, Gib. "The Domestic Application of International Law in Canada", in Curtis A. Bradley, ed., *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law.* New York: Oxford University Press, 2019, 501.

van Ert, Gib. "The Reception of International Law in Canada: Three Ways We Might Go Wrong", in Centre for International Governance Innovation, *Canada in International Law at 150 and Beyond, Paper No. 2.* Waterloo, Ont.: Centre for International Governance Innovation, 2018.

van Ert, Gib. *Using International Law in Canadian Courts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

van Ert, Gib. "What Is Reception Law?", in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law.* Toronto: Irwin Law, 2006, 85.

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

Virgo, Graham. "Characterisation, Choice of Law and Human Rights", in Craig Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation.* Portland, Or.: Hart Publishing, 2001, 325.

Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, 6th ed. Toronto: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2019, release 77).

Warner La Forest, Anne. "Evidence and International and Comparative Law", in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law.* Toronto: Irwin Law, 2006, 367.

Weissbrodt, David, and Anti-Slavery International. *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, U.N. Doc. HR/PUB/02/4. New York: United Nations, 2002.

Zerk, Jennifer. *Corporate liability for gross human rights abuses: Towards a fairer and more effective system*

Scott, Craig. « Translating Torture into Transnational Tort : Conceptual Divides in the Debate on Corporate Accountability for Human Rights Harms », in Craig Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2001, 45.

Sharpe, Robert J. *Good Judgment : Making Judicial Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.

Simma, Bruno, and Philip Alston. « The Sources of Human Rights Law : Custom, Jus Cogens, and General Principles » (1988), 12 *Aust. Y.B.I.L.* 82.

Slama, Jo Lynn. « *Opinio Juris* in Customary International Law » (1990), 15 *Okla. City U. L. Rev.* 603.

Sossin, Lorne M. *Boundaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2012.

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

Toope, Stephen J. « Inside and Out : The Stories of International Law and Domestic Law » (2001), 50 *R.D. U.N.-B.* 11.

van Ert, Gib. « Qu'est-ce que le droit de la réception? », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 107.

van Ert, Gib. « The Domestic Application of International Law in Canada », in Curtis A. Bradley, ed., *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, New York, Oxford University Press, 2019, 501.

van Ert, Gib. « The Reception of International Law in Canada : Three Ways We Might Go Wrong », dans Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale, *Canada et droit international : 150 ans d'histoire et perspectives d'avenir, document n° 2*, Waterloo (Ont.), 2018.

van Ert, Gib. *Using International Law in Canadian Courts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2008.

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

Virgo, Graham. « Characterisation, Choice of Law and Human Rights », in Craig Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2001, 325.

Walker, Janet. *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, 6th ed., Toronto, LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2019, release 77).

Warner La Forest, Anne. « Le principe de la preuve, le droit international et le droit comparé », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation :*

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

Rapports entre le droit international et le droit interne, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 455.

Weissbrodt, David, et Société anti-esclavagiste internationale. *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines*, Doc. N.U. HR/PUB/02/4, New York, Nations Unies, 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Background

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

ont réclamé des dommages-intérêts pour des délits de droit interne, notamment pour détournement, voies de fait, « séquestration » (détention injustifiée), complot et négligence. Ils ont également réclamé des dommages-intérêts pour la violation des interdictions de droit international coutumier relatives au travail forcé; à l'esclavage; aux traitements cruels, inhumains ou dégradants; et aux crimes contre l'humanité[1].

[5] Nevsun a présenté une requête en radiation des actes de procédure sur le fondement de la [TRADUCTION] « doctrine de l'acte de gouvernement », qui empêche les tribunaux nationaux de porter un jugement sur les actes souverains d'un gouvernement étranger. Selon Nevsun, cela comprend le programme de service national de l'Érythrée. Elle a également fait valoir que les demandes fondées sur le droit international coutumier devaient être radiées parce qu'elles ne présentent aucune perspective raisonnable de succès[2].

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

Contexte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prior Proceedings

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

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

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

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

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

Historique judiciaire

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Analysis

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

(1) Does the act of state doctrine form part of Canadian common law?

(2) Can the customary international law prohibitions against forced labour; slavery; cruel, inhuman or degrading treatment; and crimes against humanity ground a claim for damages under Canadian law?

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

The Act of State Doctrine

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

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

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

Analyse

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

(1) La doctrine de l'acte de gouvernement fait-elle partie de la common law canadienne?

(2) Les interdictions de droit international coutumier relatives au travail forcé; à l'esclavage; aux traitements cruels, inhumains ou dégradants; et aux crimes contre l'humanité peuvent-elles servir de fondement à une action en dommages-intérêts en droit canadien?

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

La doctrine de l'acte de gouvernement

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> In determining what constitutes foreign law, there seems little reason why a court cannot hear submissions and receive evidence as to the constitutional status of foreign legislation. There is nothing in the authorities cited by the respondents that goes against this proposition. Quite the contrary, *Buck v. Attorney-General*, [1965] 1 All E.R. 882 (C.A.), holds only that a court has no jurisdiction to make a declaration as to the validity of the constitution of a foreign state. That would violate the principles of public international law. But here nobody is trying to challenge the constitution itself. The issue of constitutionality arises incidentally in the course of litigation. . . .
>
> . . .
>
> The policy reasons for allowing consideration of constitutional arguments in determining foreign law that incidentally arises in the course of litigation are well founded. The constitution of another jurisdiction is clearly part of its law, presumably the most fundamental part. A foreign court in making a finding of fact should not be bound to assume that the mere enactment of a statute necessarily means that it is constitutional. [pp. 308-9]

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

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

> Il semble qu'il y ait peu de raisons pour que le tribunal qui cherche à déterminer ce qui constitue une loi étrangère ne puisse pas entendre des arguments et recevoir des éléments de preuve concernant la constitutionnalité d'une telle loi. La jurisprudence citée par les intimées ne va nullement à l'encontre de cette proposition. Au contraire, tout ce que la cour a décidé dans l'arrêt *Buck c. Attorney-General*, [1965] 1 All E.R. 882 (C.A.), c'est qu'un tribunal n'est pas compétent pour rendre un jugement déclaratoire sur la validité de la Constitution d'un État étranger. Cela violerait les principes du droit international public. Mais, en l'espèce, personne n'essaie d'attaquer la Constitution elle-même. La question de la constitutionnalité est accessoire au litige. . .
>
> . . .
>
> Il existe de bonnes raisons de principe de permettre l'examen d'arguments d'ordre constitutionnel pour statuer sur une loi étrangère qui est soulevée accessoirement dans un litige. La Constitution d'un autre ressort fait clairement partie de son droit et en constitue vraisemblablement la partie la plus fondamentale. Le tribunal étranger qui tire une conclusion de fait ne devrait pas être tenu de présumer qu'une loi est constitutionnelle du simple fait de son adoption. [p. 308-309]

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

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

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

[51] McLachlin J. endorsed this principle in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, where she explained that "[t]he test for whether an extradition law or action offends s. 7 of the *Charter* on account of the penalty which may be imposed in the requesting state, is whether the imposition of the penalty by the foreign state 'sufficiently

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Customary International Law

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

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

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

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

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

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

Droit international coutumier

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

international law . . . is actionable at common law". Specifically, the workers' pleadings claim:

7. The plaintiffs bring this action for damages against Nevsun under customary international law as incorporated into the law of Canada and domestic British Columbia law.

. . .

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

. . .

56. The plaintiffs claim:

(a) damages at customary international law as incorporated into the law of Canada;

. . .

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

. . .

63. Slavery is a breach of customary international law and *jus cogens* and is actionable at common law.

. . .

66. Cruel, inhuman or degrading treatment is a breach of customary international law and is actionable at common law.

. . .

70. Crimes against humanity are a breach of customary international law and *jus cogens* and are actionable at common law.

par conséquent, [TRADUCTION] « une violation du droit international coutumier [. . .] donne ouverture à une action en common law ». Plus particulièrement, dans leurs actes de procédure, les travailleurs revendiquent ce qui suit :

7. Les demandeurs intentent la présente action en dommages-intérêts contre Nevsun en droit international coutumier, incorporé au droit canadien et au droit interne de la Colombie-Britannique.

. . .

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

. . .

56. Les demandeurs réclament :

a) des dommages-intérêts en droit international coutumier, incorporé au droit canadien;

. . .

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

. . .

63. L'esclavage constitue une violation du droit international coutumier et du *jus cogens* donnant ouverture à une action en common law.

. . .

66. Les traitements cruels, inhumains ou dégradants constituent une violation du droit international coutumier donnant ouverture à une action en common law.

. . .

70. Les crimes contre l'humanité constituent une violation du droit international coutumier et du *jus cogens* donnant ouverture à une action en common law.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(a) whether claims for damages arising out of the alleged breach of *jus cogens* or peremptory norms of customary international law such as forced labour and torture may form the basis of a civil proceeding in British Columbia;

(b) the potential corporate liability for alleged breaches of both private and customary international law. This in turn raises issues of corporate immunity and whether the act of state doctrine raises a complete defence to the plaintiffs' claims.

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

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

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

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

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

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

a) les demandes de dommages-intérêts découlant d'une présumée violation de *jus cogens* ou des normes impératives de droit international coutumier, comme celles interdisant le travail forcé et la torture, peuvent-elles constituer le fondement d'une instance civile en Colombie-Britannique;

b) la responsabilité potentielle des sociétés pour les présumées violations du droit privé et du droit international coutumier, qui appelle la question de l'immunité des sociétés et celle de savoir si la doctrine de l'acte de gouvernement soulève une défense complète aux actions des demandeurs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

. . .

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

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

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

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

[76] Les quatre sources officielles du droit international moderne, y compris le droit international coutumier, sont énoncées au par. 38(1) du *Statut de la Cour internationale de Justice*, R.T. Can. 1945 n° 7, entré en vigueur le 24 octobre 1945 :

. . .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[77] Pour être reconnue comme telle, une norme de droit international coutumier doit satisfaire à deux exigences : il doit s'agir d'une pratique générale, mais pas nécessairement universelle, et cette pratique doit équivaloir à une obligation juridique (*opinio juris*) (Nations Unies, Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international*, 73e sess., suppl. no 10, Doc. N.U. A/73/10, 2018, p. 125; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, par. 71; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 38; Harold Hongju Koh, « Twenty-First-Century International Lawmaking » (2013), 101 *Geo. L.J.* 725, p. 738; Jean-Marie Henckaerts, « Étude sur le droit international humanitaire coutumier : une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés » (2005), 87 *R.I.C.R.* 289, p. 178; Antonio Cassese, *International Law* (2e éd. 2005), p. 157).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> Following [*Hape*], there was some comment and concern to the effect that the [statement that "courts may look to prohibitive rules of customary international law to aid in the interpretation of Canadian law and the development of the common law" (para. 39)] left the law in a state of some doubt. These comments pointed out that this sentence could be read as holding that prohibitive norms are not actually part of the domestic common law, but may only serve to aid in its development. In my view, this was not the sense of this passage, for at least three reasons. First, the sentences immediately preceding this last sentence stated, without reservation, that prohibitive rules of customary international law are incorporated into domestic law in the absence of conflicting legislation. Second, the entire discussion of incorporation was for the purpose of showing how the norm of respect for the sovereignty of foreign states, forming, as it does, part of our common law, could shed light on the interpretation of s. 32(1) of the *Charter*. Third, the majority reasons also explicitly held that the customary principles of non-intervention and territorial sovereignty "may be adopted into the common law of Canada in the absence of conflicting legislation". The gist of the majority opinion in *Hape* was that accepting incorporation of customary international [law] was the right approach. *In conclusion, the law in Canada today appears to be settled on this point: prohibitive customary norms are directly incorporated into our common law and must be followed by courts absent legislation which clearly overrules them.* [Emphasis added.]
>
> (Louis LeBel, "A Common Law of the World? The Reception of Customary International Law in the Canadian Common Law" (2014), 65 *U.N.B.L.J.* 3, at p. 15)

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

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

> [TRADUCTION] À la suite de [l'arrêt *Hape*], certains ont formulé des commentaires ou étaient préoccupés concernant le fait que [l'énoncé selon lequel « le tribunal peut [. . .] tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la common law » (par. 39)] ait laissé le droit dans un certain état de doute. Ces commentaires indiquent que cette phrase peut être interprétée comme prescrivant que les normes impératives ne font pas déjà partie de la common law interne, mais ne servent qu'à contribuer à son évolution. À mon avis, tel n'était pas le sens de cet énoncé, et ce, pour au moins trois raisons. Premièrement, les phrases qui précèdent immédiatement cette dernière phrase énonçaient, sans réserve, que les règles prohibitives du droit international coutumier sont intégrées au droit interne s'il n'y a pas de conflit de lois. Deuxièmement, l'ensemble des observations sur l'intégration visait à montrer de quelle façon la norme de respect de la souveraineté des États étrangers, qui fait partie de notre common law, pouvait éclairer l'interprétation du par. 32(1) de la *Charte*. Troisièmement, les juges majoritaires dans leurs motifs ont aussi expressément statué que les principes de droit international coutumier de la non-intervention et de la souveraineté territoriale « peuvent être incorporés à la common law du Canada », « sauf disposition incompatible ». L'essentiel de l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Hape* était que l'incorporation du droit international coutumier était la bonne approche à adopter. *En conclusion, le droit au Canada aujourd'hui semble être établi sur ce point : les normes prohibitives de droit international coutumier sont directement incorporées à notre common law et les tribunaux doivent les respecter si aucune disposition législative ne les écarte de façon évidente.* [Italique ajouté.]
>
> (Louis LeBel, « A Common Law of the World? The Reception of Customary International Law in the Canadian Common Law » (2014), 65 *R.D. U.N.-B.* 3, p. 15)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[98] And just as the law of contracts, labour law and administrative law are accepted without the need of proof, so too is customary international law. Taking judicial notice — in the sense of not requiring formal proof by evidence — is appropriate and an inevitable implication both of the doctrine of adoption[3] and legal orthodoxy (Anne Warner La Forest, "Evidence and International and Comparative Law", in Oonagh E. Fitzgerald, ed., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law* (2006), 367, at pp. 381-82; van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, at pp. 42-56 and 62-66).

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

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

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

[98] Et tout comme le droit des contrats, le droit du travail et le droit administratif sont acceptés sans qu'aucune preuve ne soit nécessaire, il s'agit de la même chose pour le droit international coutumier. La connaissance d'office — dans le sens où une preuve officielle n'est pas requise — est appropriée et est une conséquence inévitable tant de la doctrine de l'adoption[3] que de l'orthodoxie juridique (Anne Warner La Forest, « Le principe de la preuve, le droit international et le droit comparé », dans Oonagh E. Fitzgerald, dir., *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne* (2006), 455, p. 471-473; van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, p. 42-56 et 62-66).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[103] En outre, l'interdiction relative aux traitements cruels, inhumains ou dégradants a été qualifiée de [TRADUCTION] « droit absolu qu'aucun objectif social ni aucune urgence ne saurait restreindre » (Currie, et al., *International Law : Doctrine, Practice, and Theory*, p. 627). C'est ce qui ressort de la ratification de plusieurs conventions et traités internationaux comme le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 nº 47 (entré en vigueur le 23 mars 1976), art. 7; la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, R.T. Can. 1987 nº 36 (entrée en vigueur le 26 juin 1987), art. 16; la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, art. 3; la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, 30 avril 1948, art. 26; la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 1144 R.T.N.U. 123, art. 5; la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 1520 R.T.N.U. 217, art. 5; la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 nº 3, art. 37; la *Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*, 1561 R.T.N.U. 363; et la *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, S.T.O.E.A. nº 67 (Currie, et autres, *International Law : Doctrine, Practice, and Theory*, p. 627).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> From the perspective of the victim . . . the fact that torture is characterised as a tort, such as battery, will matter — simply because characterising torture in this way does not necessarily reflect the seriousness of the conduct involved. In the context of violations of human rights . . . symbolism is crucial.
>
> . . .
>
> [In this context, accurately labelling the wrong is important] because the main reason why the victim wishes to commence civil proceedings will presumably be to ensure public awareness of the violation of fundamental human rights. The remedial consequence of successfully bringing a case is often, or even usually, only a secondary concern.

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

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

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

> [TRADUCTION] Du point de vue de la victime [. . .] le fait que la torture soit qualifiée de délit, comme le délit de voies de fait, a de l'importance — simplement parce qu'une telle qualification de la torture ne reflète pas nécessairement la gravité de la conduite reprochée. Dans le contexte des violations des droits de la personne [. . .] le symbolisme est crucial.
>
> . . .
>
> [Dans ce contexte, il est important de bien qualifier le tort causé] parce que la principale raison pour laquelle la victime souhaite introduire une instance civile est sans doute de sensibiliser l'opinion publique à la violation des droits fondamentaux de la personne. La conséquence réparatrice liée au fait d'avoir gain de cause ne constitue souvent, voire même généralement, qu'une préoccupation secondaire.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[133] I would dismiss the appeal with costs.

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

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

BROWN AND ROWE JJ. (dissenting in part) —

LES JUGES BROWN ET ROWE (dissidents en partie) —

I. Introduction

I. Introduction

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

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

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

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

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

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

II. Two Theories of the Case

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

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

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

II. Deux thèses

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

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

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

(b) *The chambers judge's theory*: The workers seek to have Canadian courts recognize four new nominate torts *inspired by* customary international law: use of forced labour; slavery; cruel, inhuman or degrading treatment; and crimes against humanity.[4] The workers then seek to prosecute claims under those torts.

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

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

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

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

b) *Thèse du juge en cabinet* : Les travailleurs cherchent à faire reconnaître par les tribunaux canadiens quatre nouveaux délits nommés *inspirés du* droit international coutumier, à savoir le recours au travail forcé, l'esclavage, les traitements cruels, inhumains ou dégradants, et les crimes contre l'humanité[4]. Ils cherchent ensuite à présenter des réclamations fondées sur ces délits.

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

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

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

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

. . .

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

. . .

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

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

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

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

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

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

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

[TRADUCTION]

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

. . .

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

. . .

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

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

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

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

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

[TRADUCTION]

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

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

. . .

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

. . .

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

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

. . .

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

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

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

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

. . .

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

. . .

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

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

. . .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. *The Operation of International Law in Canada*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Conventional International Law: the Role of Treaties

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

et les obligations juridiques mutuels des parties, et il est régi par le droit international (Currie, p. 123). L'article 38(1)a) du *Statut de la Cour internationale de Justice*, R.T. Can. 1945 nº 7, contient une définition implicite du traité lorsqu'il précise que la Cour internationale de Justice applique « les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige » (voir aussi Brunnée et Toope, p. 14). Le traité peut être bilatéral (traité faisant état d'engagements réciproques entre deux ou plusieurs États) ou multilatéral (traité faisant état d'un accord général conclu entre plusieurs États) (Currie, p. 123). Sous une forme ou sous l'autre, il permet aux États de conclure des accords avec d'autres États sur des questions ou des projets précis, ou d'établir des normes d'application générale destinées à régir les rapports juridiques avec tous les États qui accepteront expressément ses modalités (p. 123).

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

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

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

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

(2) Customary International Law

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

(2) Le droit international coutumier

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

(a) *Sources of Customary International Law*

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

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

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

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

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

a) *Sources du droit international coutumier*

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

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

[163] L'exigence que les États qui appliquent la pratique croient subjectivement y être légalement tenus est ce qu'on appelle l'*opinio juris* (Currie, p. 188; J. L. Slama, « *Opinio Juris* in Customary International Law » (1990), 15 *Okla. City U. L. Rev.* 603, p. 656). L'État qui se livre à la pratique doit le faire parce qu'il croit que cela est nécessaire pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu du droit international coutumier, plutôt que simplement pour des raisons de politique, de sécurité ou autres[5].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[171] La dernière question est de savoir ce qui arrive lorsqu'une règle de common law privée contrevient à une norme[7]. Nous ne connaissons aucune décision portant sur une règle de common law privée ayant enfreint une norme prohibitive. Nous ne connaissons non plus aucune décision portant sur une règle de common law privée ayant enfreint une norme impérative. Dans l'affaire *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, qui se rapproche le plus d'un tel cas, notre Cour a conclu que le Canada n'est aucunement tenu de prévoir une réparation civile de droit privé en cas de violations d'une norme :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(a) There are prohibitions at international law against crimes against humanity, slavery, the use of forced labour, and cruel, inhuman, and degrading treatment (paras. 100-103).

(b) These prohibitions have the status of *jus cogens*, except possibly for that against the use of forced labour (paras. 100-103).

(c) Individuals and states both must obey some customary international law prohibitions, and it is a question for the trial judge whether they must obey these specific prohibitions (paras. 105, 110-11 and 113).

(d) Corporations must also obey certain such prohibitions (paras. 112-13).

(e) Individuals are beneficiaries of these prohibitions (paras. 106-11).

(f) It would not "make sense to argue that international law may impose criminal liability on corporations, but not civil liability" (para. 112, citing H. H. Koh, "Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation" (2004), 7 J.I.E.L. 263, at p. 266).

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

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

a) Il existe en droit international des règles interdisant les crimes contre l'humanité, l'esclavage, le recours au travail forcé et les traitements cruels, inhumains ou dégradants (par. 100-103).

b) Ces interdictions ont valeur de *jus cogens*, sauf peut-être celle visant le recours au travail forcé (par. 100-103).

c) Les individus et les États doivent se conformer à certaines interdictions de droit international coutumier et il appartient au juge de première instance de décider s'ils doivent respecter ces interdictions particulières (par. 105, 110-111 et 113).

d) Les sociétés doivent également se conformer à certaines de ces interdictions (par. 112-113).

e) Ces interdictions profitent aux individus (par. 106-111).

f) Il [TRADUCTION] « serait illogique de soutenir que le droit international peut imputer une responsabilité criminelle aux sociétés, mais pas une responsabilité civile » (par. 112, citant H. H. Koh, « Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation » (2004), 7 *J.I.E.L.* 263, p. 266).

(g) The doctrine of adoption makes any action prohibited at international law also prohibited at domestic law, unless there is legislative action to the contrary (paras. 94, 114 and 116).

(h) In domestic law, where there is a right there must be a remedy (paras. 120-21).

(i) There is no adequate remedy in domestic law, including in existing tort (paras. 122-26).

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

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

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

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

g) Par application de la doctrine de l'adoption, tout acte interdit en droit international est également interdit en droit interne, sauf disposition législative contraire (par. 94, 114 et 116).

h) En droit interne, là où il y a un droit, il y a un recours (par. 120-121).

i) Il n'y a pas de recours adéquat en droit interne, y compris en vertu des délits existants (par. 122-126).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(Crawford, at p. 630)

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

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

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

[193] At paragraph 101, the majority writes that "[t]he prohibition against slavery too is seen as a peremptory norm". We are uncertain how it deduces the potential existence of a liability rule from this uncontroversial statement of a prohibition. Perhaps it sees a liability rule as inherent in a "prohibition", or perhaps it sees the doctrine of adoption as producing

le juge Crawford dans l'ouvrage cité par les juges majoritaires au par. 97 de leurs motifs (*Brownlie's Principles of Public International Law*) :

> [TRADUCTION] À l'heure actuelle, aucun processus international n'exige des particuliers ou des entreprises qu'ils protègent les droits de la personne. Les décisions des tribunaux internationaux portent principalement sur la responsabilité qui incombe aux États de prévenir les violations des droits de la personne par quiconque se trouve sur leur territoire. De plus, le droit international coutumier ne reconnaît pas encore la responsabilité des sociétés en cas de violations des droits de la personne. [Nous soulignons; notes en bas de page omises.]

(Crawford, p. 630)

[191] Les sources appuient donc la proposition selon laquelle la responsabilité des sociétés en cas de violations des droits de la personne *n'*a *pas* été reconnue en droit international coutumier; le plus que l'on puisse affirmer de façon crédible, c'est que la proposition selon laquelle une telle responsabilité a été reconnue est équivoque. Pour reprendre ce qui a été dit dans *Kazemi*, « le droit international coutumier, de par sa nature même, ne saurait être équivoque. En effet, s'il est équivoque, il n'a pas force obligatoire » (par. 102). En l'absence d'une telle norme obligatoire, la cause d'action des travailleurs est clairement vouée à l'échec.

(2) La doctrine de l'adoption ne transforme pas une règle prohibitive en règle de responsabilité

[192] Soit dit en tout respect, nous estimons que l'analyse des juges majoritaires à l'égard des étapes f) et g) est difficile à suivre.

[193] Au paragraphe 101, les juges majoritaires écrivent que « [l]'interdiction de l'esclavage aussi est considérée comme une norme impérative ». Nous ne savons pas trop comment ils déduisent l'existence possible d'une règle de responsabilité de cette déclaration incontestée d'interdiction. Peut-être qu'ils considèrent qu'une règle de responsabilité découle

a liability rule in response to a prohibition, or perhaps both.[8] We do not know.

[194] Faced with such uncertainty, we will consider all the plausible reasoning paths that could take the majority from the existence of a prohibition to the existence of a liability rule. We see three such paths that correspond to distinct interpretations of its reasons:

(1) Prohibitions of customary international law *require* the Canadian state to provide domestic liability rules between individuals and corporations. With regard to slavery, the prohibition would require Canada to provide a legal rule pursuant to which enslaved persons could hold a corporation responsible for their enslavement liable. The doctrine of adoption requires our courts to create such rules if they do not already exist. Paragraph 119 of the majority's reasons supports this interpretation.

(2) A prohibition in customary international law itself contains a liability rule between individuals and corporations. With regard to slavery, the prohibition upon slavery would include a subordinate rule that a "corporation who is responsible for enslavement is liable to enslaved persons". The doctrine of adoption requires domestic courts to enforce these rules. Paragraphs 127 and 128 of the majority reasons support this interpretation.

(3) General (that is, non-criminal) customary international law requires states to enact laws prohibiting certain actions. International criminal law

[8] There is, of course, a further possibility, but it is not one that the majority advances. It may be neither the prohibition at customary international law nor the doctrine of adoption that creates the liability rule. Rather, it would be a prosaic change to the common law that creates the liability rule, inspired by the recognition that an action prohibited at customary international law is wrongful. This was the theory of the case by which the chambers judge upheld the pleadings. We consider and reject this theory in Part IV of our reasons.

nécessairement d'une « interdiction » ou que la doctrine de l'adoption crée une règle de responsabilité en réponse à une interdiction, ou peut-être encore ces deux choses[8]. Nous l'ignorons.

[194] En présence d'une telle incertitude, nous examinerons tous les raisonnements possibles qui ont pu amener les juges majoritaires à passer de l'existence d'une interdiction à l'existence d'une règle de responsabilité. Nous en voyons trois, lesquels correspondent à des interprétations distinctes de leurs motifs :

(1) Les interdictions de droit international coutumier *obligent* l'État canadien à prévoir des règles de responsabilité interne entre les individus et les sociétés. En ce qui concerne l'esclavage, l'interdiction obligerait le Canada à prévoir une règle de droit selon laquelle les personnes réduites à l'esclavage peuvent tenir une société responsable de cette situation. La doctrine de l'adoption exige que nos tribunaux créent de telles règles si elles n'existent pas déjà. Le paragraphe 119 des motifs des juges majoritaires appuie cette interprétation.

(2) Une interdiction en droit international coutumier renferme elle-même une règle de responsabilité entre les individus et les sociétés. En ce qui concerne l'esclavage, l'interdiction de cette pratique inclurait une règle accessoire selon laquelle « une société responsable de réduction en esclavage est responsable envers les personnes tenues dans cette situation ». La doctrine de l'adoption exige que les tribunaux nationaux fassent respecter ces règles. Les paragraphes 127 et 128 des motifs des juges majoritaires appuient cette interprétation.

(3) Le droit international coutumier général (c'est-à-dire de nature non pénale) oblige les États à adopter des lois interdisant certains actes.

[8] Il existe, bien sûr, une autre possibilité, mais ce n'en est pas une que les juges majoritaires avancent. Il se peut que ni l'interdiction en droit international coutumier ni la doctrine de l'adoption ne créent la règle de responsabilité. Ce serait plutôt un changement prosaïque à la common law qui crée cette règle, inspirée de la reconnaissance qu'un acte interdit en droit international coutumier constitue une transgression. Il s'agit de la thèse qui a permis au juge en cabinet de confirmer les actes de procédure. Nous examinons et rejetons cette thèse dans la partie IV de nos motifs.

also prohibits corporations from taking these actions. With regard to slavery, the prohibition upon slavery would mean that, respectively, "Canada must prohibit and prevent slavery by third parties" and "it is an international crime for a corporation to enslave someone". The doctrine of adoption transforms these requirements and prohibitions into tort liability rules. Paragraphs 117 and 122 of the majority reasons support this interpretation.

Le droit pénal international interdit également aux sociétés d'accomplir ces actes. En ce qui concerne l'esclavage, l'interdiction de cette pratique signifierait, d'une part, que « le Canada doit interdire et prévenir l'esclavage par des tiers » et, d'autre part, que « commet un crime international toute société qui réduit une personne à l'esclavage ». La doctrine de l'adoption transforme ces exigences et ces interdictions en règles de responsabilité délictuelle. Les paragraphes 117 et 122 des motifs des juges majoritaires appuient cette interprétation.

[195] If either of the first two interpretations correctly represents the majority's reasons, then we would respectfully suggest that its reasons depend on customary international law norms that do not exist. If the third interpretation correctly represents the majority's reasons, we would respectfully suggest that its reasons depend on affording to the doctrine of adoption a role it cannot have.

[195] Si l'une ou l'autre des deux premières interprétations reflète bien les motifs exposés par les juges majoritaires, ceux-ci reposent, à notre humble avis, sur des normes de droit international coutumier qui n'existent pas. Si la troisième interprétation reflète bien ces motifs, ceux-ci reposent, à notre humble avis, sur l'attribution à la doctrine de l'adoption d'un rôle qu'elle ne peut avoir.

[196] If, as in the first interpretation above, the majority's reasons depend on customary international law *requiring* states to provide a civil remedy for breaches of prohibitions, then we say — first of all — that this theory is not what the workers have pleaded. The workers did not plead the necessary facts of state practice and *opinio juris*: they did not plead that there exists a general practice among states of providing a civil remedy for breaches of prohibitions, and that states perform that practice out of compliance with customary international law. Nor can the court take judicial notice of such practices, because they are not sufficiently well-established.

[196] Si, comme l'indique la première interprétation énoncée ci-dessus, les motifs des juges majoritaires reposent sur l'idée que le droit international coutumier *oblige* les États à prévoir un recours civil pour les violations d'interdictions, permettez-nous alors d'affirmer, dans un premier temps, que cette théorie n'est pas celle que les travailleurs ont invoquée. Ces derniers n'ont pas allégué les faits nécessaires relatifs à la pratique étatique et à l'*opinio juris* : ils n'ont pas fait valoir qu'il existe une pratique générale au sein des États qui consiste à prévoir un recours civil pour les violations d'interdictions, et que les États se livrent à cette pratique pour se conformer au droit international coutumier. Le tribunal ne peut pas non plus prendre connaissance d'office de telles pratiques, parce qu'elles ne sont pas suffisamment bien établies.

[197] Further, and more fundamentally, states are typically free to meet their international obligations according to their own domestic institutional arrangements and preferences. Customary international law may well require all states to prohibit slavery, but it does not typically govern the form of that prohibition. A civil liability rule is but one possibility. A prohibition could also be effected through,

[197] De plus — et de manière plus fondamentale —, les États sont en règle générale libres de s'acquitter de leurs obligations internationales conformément à leurs propres arrangements et préférences internes en matière institutionnelle. Le droit international coutumier peut fort bien obliger tous les États à interdire l'esclavage, mais il ne régit habituellement pas la forme que prendra cette interdiction.

for example, the criminal law or through administrative penalties. How legislatures accomplish such a goal is typically a matter for them to consider and decide. As the Second Circuit Court of Appeals observed in *Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2nd Cir. 2007), the "law of nations generally does not create private causes of action to remedy its violations, but leaves to each nation the task of defining the remedies that are available for international law violations" (p. 269, citing *Kadic v. Karadžić*, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995), at p. 246). While it is conceivable that international law could develop to give such a result, it has not done so (*Kazemi*, at para. 153). Asserting that it has done so or that it should do so does not make it so.

Une règle de responsabilité civile n'est qu'une possibilité parmi d'autres. Une interdiction pourrait également être mise en œuvre au moyen, par exemple, du droit pénal ou de sanctions administratives. C'est aux législateurs qu'il appartient normalement d'examiner et de décider comment ils atteindront cet objectif. Comme la Second Circuit Court of Appeals l'a fait remarquer dans *Khulumani c. Barclay National Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2nd Cir. 2007), [TRADUCTION] « le droit des nations ne crée généralement pas de causes d'action privées pour remédier à ses violations, mais il confie à chaque nation la tâche de définir les recours qui peuvent être exercés en cas de violations du droit international » (p. 269, citant *Kadic c. Karadžić*, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995), p. 246). Bien qu'il soit concevable que le droit international puisse évoluer de manière à donner lieu à un tel résultat, il n'a pas évolué ainsi (*Kazemi*, par. 153). Affirmer que le droit international a ainsi évolué ou qu'il devrait évoluer ainsi n'en fait pas une réalité.

[198] If, as in the second interpretation above, the majority's reasons depend on an existing a rule of customary international law that renders a corporation directly civilly liable to an individual, then we observe, once again, that this theory is not pleaded.

[198] Si, comme en témoigne la deuxième interprétation susmentionnée, les motifs exposés par les juges majoritaires reposent sur l'existence d'une règle de droit international coutumier qui rend une société directement civilement responsable envers un individu, permettez-nous alors de constater, encore une fois, que cette théorie n'a pas été invoquée.

[199] The support for this conclusion in the majority's reasons (at para. 112) consists of the aforementioned academic essay by Professor Koh. Professor Koh's essay states it would not "make sense to argue that international law may impose criminal liability on corporations, but not civil liability". If the majority is relying on this essay as evidence of the existence of such a rule, then we would say simply that a single essay does not constitute state practice or *opinio juris*.

[199] Pour étayer cette conclusion, les juges majoritaires se fondent dans leurs motifs (par. 112) sur l'essai doctrinal susmentionné du professeur Koh. Dans cet essai, le professeur Koh affirme qu'il [TRADUCTION] « serait illogique de soutenir que le droit international peut imputer une responsabilité criminelle aux sociétés, mais pas une responsabilité civile ». Si les juges majoritaires se fondent sur cet essai pour démontrer l'existence d'une telle règle, nous dirions simplement qu'un seul essai ne constitue pas une pratique étatique ou une *opinio juris*.

[200] Even taken on its own terms as authority for any proposition, the Koh essay does not indicate that customary international law *has* so evolved; rather, it simply speculates that it *could* so evolve. The mere possibility that customary international law *could* change is not sufficient, on a motion to strike, to save a claim from being doomed to fail. Otherwise,

[200] Même en considérant que, selon ce qui y est affirmé, il étaye une proposition quelconque, l'essai du professeur Koh n'indique pas que le droit international coutumier *a* ainsi évolué; il avance plutôt tout simplement l'hypothèse qu'il *pourrait* connaître cette évolution. La simple possibilité que le droit international coutumier *puisse* changer ne suffit pas,

all kinds of suppositious claims would succeed on the basis that the legislature *could* create a new statutory cause of action to support them. Of course, on a motion to strike, it is impossible to strike a novel common law claim for novelty alone. The relevant distinction here is that courts have some discretion to change the common law. Courts do not have that discretion in respect of statutory law or customary international law. Courts can recognize a change to customary international law, but they cannot change it directly themselves.

[201] We observe also that Professor Koh, in his other work, is clear that his academic project is normative in nature: he does not seek merely to *describe* the existing state of international law, but *to change* international law through his scholarship (see H. H. Koh, *International Law vs. Donald Trump: A Reply*, March 5, 2018 (online)). State practice is not a normative concept, but a descriptive one. It therefore cannot be established based on how a single U.S. academic thinks international law should work, but rather must be based on how states in fact behave. State practice is the difference between civil liability and criminal liability at customary international law. That criminal liability arises from customary international law has been accepted by the states of the international community since Nuremberg. It is precisely this acceptance that creates customary international law.

[202] Outside the sphere of criminal law, there is no corresponding acceptance-of-liability rule regarding individuals. This widely accepted view is neatly summarized by Professor Roger O'Keefe, who writes, "[t]he phenomenon of individual criminal responsibility under international law sets this subset of international crimes apart from the general body of public international law, the breach of whose rules gives rise only to the delictual responsibility of any

dans le cadre d'une requête en radiation, à empêcher qu'une réclamation ne soit vouée à l'échec. Autrement, toutes sortes de réclamations hypothétiques seraient accueillies au motif que le législateur *pourrait* créer une nouvelle cause d'action légale à l'appui de celles-ci. Bien entendu, lors d'une requête en radiation, il est impossible de radier une nouvelle réclamation de common law du simple fait de sa nouveauté. La distinction pertinente ici est que les tribunaux jouissent d'un certain pouvoir discrétionnaire leur permettant de modifier la common law. Les tribunaux n'ont pas ce pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait au droit législatif ou au droit international coutumier. Ils peuvent reconnaître un changement au droit international coutumier, mais ils ne peuvent eux-mêmes modifier ce droit directement.

[201] Nous constatons également que, dans son autre publication, le professeur Koh dit clairement que son projet académique est de nature normative : il ne cherche pas tout simplement à *décrire* l'état actuel du droit international, mais *à changer* ce droit grâce à ses travaux de recherche (voir H. H. Koh, *International Law vs. Donald Trump : A Reply*, 5 mars 2018 (en ligne)). La pratique étatique n'est pas un concept normatif, mais un concept descriptif. Elle ne peut donc être établie en fonction de la façon dont un seul universitaire américain pense que le droit international devrait fonctionner, mais elle doit plutôt reposer sur la manière dont les États se sont comportés dans les faits. La pratique étatique est ce qui différencie la responsabilité civile de la responsabilité pénale en droit international coutumier. Depuis le procès de Nuremberg, les États de la communauté internationale acceptent que la responsabilité pénale découle du droit international coutumier. C'est précisément cette acceptation qui crée le droit international coutumier.

[202] En dehors du domaine du droit pénal, il n'existe pas, dans le cas des individus, de règles correspondantes d'acceptation de la responsabilité. Ce point de vue largement partagé est bien résumé par le professeur Roger O'Keefe, qui écrit que [TRADUCTION] « [l]e phénomène de la responsabilité pénale individuelle en droit international distingue ce sous-ensemble de crimes internationaux de l'ensemble du droit international public, dont la violation des

state in breach" (*International Criminal Law* (2015), at pp. 47-48 (footnote omitted)). Indeed, as the majority of this Court observed in *Kazemi* (at para. 104), criminal proceedings and civil proceedings are "seen as fundamentally different by a majority of actors in the international community".

[203] Authority from this country also supports the view that customary international law prohibitions do not create civil liability rules. In *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, the Court of Appeal for Ontario considered and rejected the argument that the customary international law prohibition against torture "constitutes a right to be free from torture and where there is a right there must be a remedy", and therefore a civil remedy must exist (para. 92). As *Bouzari* correctly held, "[a]s a matter of principle, providing a civil remedy for breach of the prohibition of torture is not the only way to give effect to that prohibition" (para. 93) and "as a matter of practice, states do not accord a civil remedy for torture committed abroad by foreign states" (para. 94). The issue may be simply stated: a domestic court cannot effect a change to the law by "seeing a widespread state practice that does not exist today" (para. 95).

[204] It may be that neither of our first two interpretations of its reasons is correct, and that the majority shares our view that there is no rule of customary international law that requires states to create civil liability rules or that purports to impose civil liability directly. If that is so, then, as in the third interpretation above, the doctrine of adoption must play in the majority's reasons the role of converting a general prohibition upon states and criminal prohibitions upon individuals into a civil liability rule. In our view, this would afford the doctrine of adoption a role it cannot play.

règles n'entraîne que la responsabilité délictuelle de l'État fautif » (*International Criminal Law* (2015), p. 47-48 (note en bas de page omise)). D'ailleurs, comme les juges majoritaires de notre Cour l'ont fait observer dans l'arrêt *Kazemi* (au par. 104), « [l]a majorité des acteurs de la communauté internationale considère toujours que [les procédures pénales et les procédures civiles] demeurent fondamentalement différent[e]s ».

[203] Un arrêt canadien appuie également le point de vue selon lequel les interdictions de droit international coutumier ne créent pas de règles de responsabilité civile. Dans l'arrêt *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné et rejeté l'argument selon lequel l'interdiction de la torture prévue en droit international coutumier [TRADUCTION] « constitue un droit à la protection contre la torture, et là où il y a un droit, il y a un recours », de sorte qu'il doit exister un recours civil (par. 92). Comme il a été conclu à bon droit dans *Bouzari*, « [e]n principe, le fait de prévoir un recours civil pour une violation de l'interdiction de la torture ne constitue pas la seule façon de donner effet à cette interdiction » (par. 93) et, « en pratique, les États n'accordent pas une réparation civile pour des actes de torture commis à l'étranger par des États étrangers » (par. 94). La question peut être énoncée en termes simples : un tribunal interne ne peut apporter un changement au droit en « se fondant sur une pratique étatique répandue qui n'existe pas actuellement » (par. 95).

[204] Il se peut que ni l'une ni l'autre de nos deux premières interprétations des motifs des juges majoritaires ne soit correcte et que ceux-ci partagent notre point de vue selon lequel il n'existe aucune règle de droit international coutumier qui oblige les États à créer des règles de responsabilité civile ou qui vise à imposer directement une responsabilité civile. Si tel est le cas, il ressort alors de la troisième interprétation susmentionnée que la doctrine de l'adoption doit, selon les motifs des juges majoritaires, transformer en règle de responsabilité civile une interdiction générale frappant les États et des interdictions pénales touchant des individus. À notre avis, cela aurait pour effet de conférer à la doctrine de l'adoption un rôle qu'elle ne peut jouer.

[205] It is not enough to simply say that the doctrine of adoption incorporates prohibitive and mandatory rules into the common law. Outside the realm of criminal law, customary international law imposes prohibitions and mandates on states, not private actors. As Judge Crawford puts it, "human rights . . . arise against the state, which so far has a virtual monopoly of responsibility" (p. 111). States are the only duty-holders under general customary international law.

[206] Nor is it enough to say that the doctrine of adoption must respond to a state's duties under customary international law. We do not dispute that a state's duties may include one to prohibit and another to prevent violations of those aforementioned rights. Nor do we dispute that such a mandatory norm can trigger the doctrine of adoption. Our dispute is limited to *how* the doctrine of adoption leads Canadian law to change in response to recognition of a norm of customary international law. In our view, the three-step process we defined above for determining whether to amend private common law rules in response to the recognition of a mandatory norm of customary international law ought to govern.

[207] At the first step, we would identify the mandatory norm at issue here as "Canada must prohibit and prevent slavery by third parties", *mutatis mutandis* for each of the activities alleged to be in violation of international law. We agree that the pleadings may allege that this norm may exist, and further, it is not plain and obvious to us that it does not. We would not therefore strike out the claim on that basis. This brings us to considering the second and third steps of the process for adopting a mandatory norm: determining how the norm would be best given effect, and determining whether any legislation prevents the court from changing the common law to give the norm that effect.

[205] Il ne suffit pas d'affirmer simplement que la doctrine de l'adoption a pour effet d'incorporer des règles prohibitives et impératives à la common law. En dehors du domaine du droit pénal, le droit international coutumier impose certaines interdictions et obligations aux États, et non aux acteurs privés. Comme l'explique le juge Crawford, [TRADUCTION] « les droits de la personne [. . .] se forment contre l'État, qui, pour l'heure, assume pratiquement seul la responsabilité en la matière » (p. 111). Seuls les États sont assujettis à des devoirs en droit international coutumier général.

[206] Il ne suffit pas non plus d'affirmer que la doctrine de l'adoption doit tenir compte des devoirs auxquels l'État est tenu en droit international coutumier. Nous ne contestons pas que l'État peut avoir notamment le devoir d'interdire les violations des droits susmentionnés et celui consistant à les prévenir. Nous ne contestons pas non plus qu'une telle norme impérative puisse déclencher l'application de la doctrine de l'adoption. Notre contestation porte uniquement sur *la manière* dont la doctrine de l'adoption amène le droit canadien à changer en réponse à la reconnaissance d'une norme de droit international coutumier. À notre avis, le processus en trois étapes que nous avons décrit précédemment permettant de déterminer s'il convient de modifier les règles de la common law privée en réponse à la reconnaissance d'une norme impérative de droit international coutumier devrait s'appliquer.

[207] À la première étape, nous estimons que la norme impérative en cause en l'espèce est que « le Canada doit interdire et prévenir l'esclavage par des tiers », avec les adaptations nécessaires pour chacune des activités qui contreviendraient au droit international. Nous convenons qu'il est possible que, dans les actes de procédure, il soit allégué que cette norme peut exister, et qui plus est, il ne nous semble pas évident et manifeste qu'elle n'existe pas. Nous sommes donc d'avis de ne pas radier la réclamation pour cette raison. Cela nous amène à l'examen des deuxième et troisième étapes du processus d'adoption d'une norme impérative : décider de la meilleure façon de donner effet à la norme et vérifier si une loi empêche le tribunal de modifier la common law de façon à donner cet effet à la norme.

[208] At the second step, we say that such a mandatory rule is appropriately given effect through, and only through, the criminal law. Indeed, the majority's reasons appear animated by concerns that are the subject of the criminal law. We will discuss this aspect of its reasons in greater detail in the next section and will not repeat the point here.

[209] At the third step, we note that Parliament has, in s. 9 of the *Criminal Code*, clearly prohibited courts from creating criminal laws via the common law. In *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 3, this Court explicitly rejected the idea that it could "turn back the clock and re-enter. . . a period when the courts rather than Parliament could change the elements of criminal offences". At this step, we conclude that, on this interpretation of the majority's theory of the case, the pleadings are doomed to fail on two bases: first, that violations of the mandatory norms at issue here are properly remedied through the criminal law, for which there is not a private law cause of action; and secondly, that Parliament has prohibited the courts from creating new crimes.

[210] The majority's approach is no more tenable if we take a step back and consider it more conceptually. Essentially, on this interpretation, the majority's approach amounts to saying that the doctrine of adoption has what jurists in Europe would call "horizontal effect". Articles of the treaties that constitute the European Union give individuals rights both against the state ("vertical effect") and against other private parties ("horizontal effect") (P. Craig, "Britain in the European Union", in J. Jowell, D. Oliver and C. O'Cinneide, eds., *The Changing Constitution* (8th ed. 2015), 104, at p. 127). In Canada, this Court rejected the idea that the *Charter* has horizontal effect (see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 597; see also G. Phillipson, "The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: a Bang or a Whimper?" (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 824, at p. 824). It would be astonishing

[208] À la deuxième étape, nous sommes d'avis que c'est au moyen du droit pénal, et seulement au moyen du droit pénal, qu'il peut valablement être donné effet à une telle règle impérative. D'ailleurs, les motifs des juges majoritaires semblent reposer sur des craintes relevant du droit pénal. Nous analyserons cet aspect de leurs motifs plus en détail dans la prochaine section et nous ne répéterons pas les mêmes choses ici.

[209] À la troisième étape, nous constatons qu'à l'art. 9 du *Code criminel*, le Parlement a clairement interdit aux tribunaux de créer des règles de droit pénal au moyen de la common law. Dans l'arrêt *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 3, notre Cour a explicitement écarté l'idée qu'on pouvait « faire reculer l'horloge du temps et [. . .] revenir à [. . .] une période au cours de laquelle les tribunaux et non le législateur pouvaient modifier les éléments constitutifs des infractions criminelles ». À cette étape, nous concluons que, suivant cette interprétation de la thèse des juges majoritaires, les actes de procédure sont voués à l'échec pour deux raisons : premièrement, le droit pénal, pour lequel il n'existe aucune cause d'action de droit privé, permet de remédier de façon appropriée aux violations des normes impératives en cause en l'espèce, et, deuxièmement, le Parlement a interdit aux tribunaux de créer de nouveaux crimes.

[210] L'approche des juges majoritaires n'est pas plus défendable si nous prenons un certain recul et considérons celle-ci sous un angle plus conceptuel. Essentiellement, selon cette interprétation, cette approche équivaut à dire que la doctrine de l'adoption a ce que les juristes européens appelleraient un « effet horizontal ». Les articles des traités qui constituent l'Union européenne confèrent aux individus des droits à la fois contre l'État (« effet vertical ») et contre d'autres parties privées (« effet horizontal ») (P. Craig, « Britain in the European Union », dans J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, dir., *The Changing Constitution* (8e éd. 2015), 104, p. 127). Au Canada, notre Cour a rejeté l'idée selon laquelle la *Charte* a un effet horizontal (voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 597; voir également G. Phillipson, « The Human Rights Act, "Horizontal Effect" and the Common Law : a

were customary international law to have horizontal effect where the *Charter* does not. One wonders if the majority's view of the adoption of customary international law would amount to a new Bill of Horizontal Rights; conceptually, these are very deep waters.

[211] The majority's approach also amounts to recognizing a private law cause of action for simple breach of customary international public law. This would be similarly astonishing, since there is no private law cause of action for simple breach of statutory Canadian public law (see *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551, at para. 9). As Judge Crawford has explained, a rule of customary international law will not be adopted if it is itself "contradicted by some antecedent principle of the common law" (p. 66, citing *West Rand Central Gold Mining Company v. Rex*, [1905] 2 K.B. 391, at p. 408, per Lord Alverstone C.J.; *Chung Chi Cheung v. The King*, [1939] A.C. 160 (P.C.), at p. 168, per Lord Atkin).

[212] Further yet, the mere existence of international criminal liability rules does not make necessary the creation of domestic torts. As we have already noted, in support of its view that domestic courts can hold corporations civilly liable for breaches of international law, the majority (para. 112) relies upon an essay by Professor Koh. But this essay concerns the domestic courts of the United States, not Canada. And the law being applied by U.S. courts differs in a highly significant respect. As Professor Koh writes, "Congress passed two statutes — the Alien Tort Statute and the Torture Victim Protection Act (TVPA) — precisely to provide civil remedies for international law violations" ("Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation", at pp. 266-67 (emphasis added)). The former, the hoary and historically unique *Alien Tort Statute*, requires American courts to treat international law as creating civil liabilities (*Khulumani*, at p. 270, fn. 5). The *Alien Tort Statute* has no analogue outside the United States (A. Ramasastry and R. C. Thompson,

Bang or a Whimper? » (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 824, p. 824). Il serait étonnant que le droit international coutumier ait un effet horizontal alors que la *Charte* n'en a pas. On peut se demander si l'opinion des juges majoritaires au sujet de l'adoption du droit international coutumier n'équivaudrait pas à un nouveau projet de loi sur les droits horizontaux; sur le plan conceptuel, il s'agit d'un terrain dangereux.

[211] L'approche des juges majoritaires revient aussi à reconnaître une cause d'action de droit privé pour une simple violation du droit international public coutumier. Cela serait également étonnant, car il n'existe aucune cause d'action de droit privé pour une simple violation du droit législatif public canadien (voir *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551, par. 9). Comme l'a expliqué le juge Crawford, une règle de droit international coutumier ne sera pas adoptée si elle est elle-même [TRADUCTION] « contredite par un principe antérieur de common law » (p. 66, citant *West Rand Central Gold Mining Company c. Rex*, [1905] 2 K.B. 391, p. 408, lord juge en chef Alverstone; *Chung Chi Cheung c. The King*, [1939] A.C. 160 (C.P.), p. 168, lord Atkin).

[212] De surcroît, la simple existence de règles internationales en matière de responsabilité pénale ne rend pas nécessaire la création de délits nationaux. Comme nous l'avons déjà souligné, à l'appui de leur thèse selon laquelle les tribunaux nationaux peuvent tenir des sociétés civilement responsables de violations du droit international, les juges majoritaires (au par. 112) s'appuient sur un essai du professeur Koh. Cependant, cet essai concerne les tribunaux internes des États-Unis et non du Canada. De plus, les règles de droit appliquées par les tribunaux américains diffèrent de manière significative de celles appliquées par les tribunaux canadiens. Comme l'écrit le professeur Koh, [TRADUCTION] « [l]e congrès a adopté deux lois — l'Alien Tort Statute et la Torture Victim Protection Act (TVPA) — précisément pour prévoir des recours civils pour les violations du droit international » (« Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation », p. 266-267 (nous soulignons)). La première, l'ancienne et unique dans l'histoire *Alien Tort Statute*, exige que les

Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law — A Survey of Sixteen Countries (2006), at p. 24; J. Zerk, *Corporate liability for gross human rights abuses: Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies — A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights*, February 2014 (online), at p. 45). The existence of these statutes has influenced the peculiar American equivalent to the doctrine of adoption. Essentially, the majority's approach would amount to Americanizing the Canadian doctrine of adoption without accounting for the unique statutory context from which the American doctrine arose. It goes without saying that Canadian courts cannot adopt a U.S. statute when Parliament and the legislatures have not.

tribunaux américains considèrent que le droit international crée une responsabilité civile (*Khulumani*, p. 270, note 5). L'*Alien Tort Statute* ne possède pas d'équivalent à l'extérieur des États-Unis (A. Ramasastry et R. C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict : Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law — A Survey of Sixteen Countries* (2006), p. 24; J. Zerk, *Corporate liability for gross human rights abuses : Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies — A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights*, février 2014 (en ligne), p. 45). L'existence de ces lois a influencé l'équivalent américain particulier de la doctrine de l'adoption. Essentiellement, l'approche des juges majoritaires reviendrait à américaniser la doctrine canadienne de l'adoption sans tenir compte du contexte législatif unique dont est issue la doctrine américaine. Il va sans dire que les tribunaux canadiens ne peuvent adopter une loi américaine alors que le Parlement et les législatures provinciales ne l'ont pas fait.

[213] In short, in order to reach the conclusion it does about the necessity of a tort liability rule, the majority must significantly change the doctrine of adoption. As we will explain below (see section III, subheading C), this is not a change that this Court is empowered to make.

[213] En somme, pour parvenir à leur conclusion sur la nécessité d'une règle de responsabilité délictuelle, les juges majoritaires doivent modifier considérablement la doctrine de l'adoption. Comme nous l'expliquerons plus loin (voir section III, rubrique C), ce n'est pas une modification que notre Cour est habilitée à faire.

(3) A Tort Remedy Is Not Necessary

(3) Un recours délictuel n'est pas nécessaire

[214] At what we identified as step (h) of its reasons, the majority suggests that where there is a right, there must be a remedy. We agree. It adds, in what we termed step (i) of its reasons, that this truism signifies there is no bar to Canadian courts granting a civil remedy for violations of customary international law norms. Here is another point of disagreement. In our view, it is possible, even at this early stage of proceedings, to exclude a remedy *for money damages* for violations of customary international law norms. The right to a remedy does not necessarily mean a right to a *particular form, or kind of* remedy. Parliament could prefer another remedy, such as judicial review, or a criminal sanction. As this Court said in *Kazemi*, "[r]emedies are by no means automatic

[214] À ce qui correspond selon nous à l'étape h) de leurs motifs, les juges majoritaires suggèrent que là où il y a un droit, il y a un recours. Nous sommes du même avis. Ils ajoutent, à ce que nous avons appelé l'étape i) de leurs motifs, que ce truisme signifie que rien n'empêche les tribunaux canadiens d'accorder une réparation civile pour les violations de normes de droit international coutumier. Il s'agit là d'un autre point de désaccord avec eux. À notre avis, il est possible, même à ce stade peu avancé de la procédure, d'exclure la possibilité d'accorder des *dommages-intérêts* à titre de réparation pour les violations de normes de droit international coutumier. Le droit d'obtenir réparation ne fait pas nécessairement référence au droit à *une forme ou à une sorte*

or unlimited; there is no societal consensus that an effective remedy is always guaranteed to compensate for every rights violation" (para. 159).

[215] The majority rejects the possibility that existing domestic torts could suffice. In its view, "it is at least arguable that the Eritrean workers' allegations encompass conduct not captured by these existing domestic torts" (para. 123). It tells us it is difficult to refute the concept that "torture is something more than battery" and that "slavery is more than an amalgam of unlawful confinement, assault and unjust enrichment" (para. 126, citing R.F., at para. 4). There is, it says (at para. 125), important "symbolism", in the labelling of an action as "torture" or "battery". It adopts the view that the "remedial consequence of successfully bringing a case is often, or even usually, only a secondary concern" (para. 125, citing G. Virgo, "Characterisation, Choice of Law and Human Rights", in C. Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 325, at p. 335). The majority also explains that these proposed causes of action are "inherently different from" and have "a more public nature than" traditional torts, since these tortious actions "shoc[k] the conscience" (para. 124, citing M. C. Bassiouni, "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*" (1996), 59 *Law & Contemp. Probs.* 63, at p. 69). It concludes by explaining that an appropriate remedy must emphasize "the public nature and importance of the violated rights involved, the gravity of their breach, the impact on the domestic and global rights objectives, and the need to deter subsequent breaches" (para. 129).

particulière de réparation. Le Parlement pourrait préférer une autre réparation, comme le contrôle judiciaire, ou une sanction pénale. Comme notre Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Kazemi*, « [l]es réparations ne sont nullement automatiques ou illimitées; il n'existe aucun consensus au sein de la société pour admettre qu'une réparation efficace est toujours disponible pour indemniser toute violation d'un droit » (par. 159).

[215] Les juges majoritaires écartent la possibilité que les délits de droit interne existants puissent suffire. Selon eux, « on peut à tout le moins soutenir que les allégations des travailleurs érythréens englobent une conduite qui n'est pas visée par ces délits internes existants » (par. 123). Ils nous disent qu'il est difficile de réfuter l'idée que « la torture est plus [qu'une batterie] »[9] et que « l'esclavage est plus qu'un amalgame d'une séquestration, de voies de fait et d'un enrichissement injustifié » (par. 126, citant m.i., par. 4). Il y a, affirment-ils (au par. 125), un « symbolisme » important dans le fait de qualifier une poursuite d'action pour « torture » ou pour batterie. Ils souscrivent à l'idée que [TRADUCTION] « [l]a conséquence réparatrice liée au fait d'avoir gain de cause ne constitue souvent, voire même généralement, qu'une préoccupation secondaire » (par. 125, citant G. Virgo, « Characterisation, Choice of Law and Human Rights », dans C. Scott, dir., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 325, p. 335). Les juges majoritaires expliquent également que les causes d'action proposées sont « fondamentalement différentes » des délits traditionnels et « ont un caractère plus public » que ceux-ci, puisque ces actes délictueux [TRADUCTION] « heurte[nt] la conscience » (par. 124, citant M. C. Bassiouni, « International Crimes : *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* » (1996), 59 *Law & Contemp. Probs.* 63, p. 69). Ils concluent en expliquant que le recours approprié doit souligner « [le] caractère public et [. . .] l'importance des droits violés en jeu, [. . .] la gravité du manquement à ceux-ci, [. . .] l'incidence sur les objectifs internes et mondiaux en matière de droits et [. . .] la nécessité de créer un effet dissuasif à l'égard de toute violation ultérieure » (par. 129).

[9] Le terme « batterie » réfère à la « *battery* ».

[216] With respect, these considerations are not relevant to deciding the scope of tort law. A difference merely of damages or the extent of harm will not suffice to ground a new tort. For example, in *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551, this Court explained that a separate tort of sexual battery was unnecessary because the harms addressed by sexual battery were fully encompassed by battery. The sexual aspect of the claim went to the amount of damages, which did not require the recognition of a separate tort (para. 27). Similarly, the Court of Appeal for Ontario recently held that "an increased societal recognition" of the wrongfulness of conduct did not necessitate the creation of a new tort (*Merrifield v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 205, 145 O.R. (3d) 494, at paras. 50-53, leave to appeal refused, S.C.C. Bull., September 20, 2019, at p. 7). The point is this: since all torture is battery (or intentional infliction of emotional distress), albeit a particularly severe form thereof, it does not need to be recognized as a new tort. Our law, as is, furnishes an appropriate cause of action.

[216] En toute déférence, ces considérations ne sont pas pertinentes lorsqu'il s'agit de décider de la portée du droit de la responsabilité délictuelle. Une différence ayant trait simplement aux dommages-intérêts ou à l'importance du préjudice ne suffira pas à justifier la reconnaissance d'un nouveau délit. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551, notre Cour a expliqué qu'il n'était pas nécessaire de reconnaître un délit distinct de batterie de nature sexuelle parce que le délit de batterie englobait déjà tous les préjudices visés par la batterie de nature sexuelle. Les aspects sexuels de la réclamation avaient trait au montant des dommages-intérêts, ce qui ne justifiait pas la reconnaissance d'un délit distinct (par. 27). De même, la Cour d'appel de l'Ontario a récemment jugé qu'une [TRADUCTION] « reconnaissance accrue au sein de la société » du caractère transgressif d'une conduite ne rendait pas nécessaire la création d'un nouveau délit (*Merrifield c. Canada (Attorney General)*, 2019 ONCA 205, 145 O.R. (3d) 494, par. 50-53, autorisation de pourvoi refusée, C.S.C. bull., 20 septembre 2019, p. 8). Le fait est le suivant : puisque toute torture constitue une batterie (ou une infliction intentionnelle d'un trouble émotif), encore qu'il s'agisse d'une forme particulièrement grave de batterie, elle n'a pas à être reconnue comme un nouveau délit. Notre droit, dans l'état actuel, prévoit une cause d'action appropriée.

[217] The majority provides plausible reasons for recognizing four new common law *crimes*, were that something courts could do. However, in our respectful view, they are inapposite for determining whether a new common law *tort* should be recognized.

[217] Les juges majoritaires avancent des raisons plausibles en faveur de la reconnaissance de quatre nouveaux *crimes* de common law, si les tribunaux étaient habilités à ce faire. Toutefois, à notre humble avis, celles-ci ne sont pas pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer si un nouveau *délit* de common law devrait être reconnu.

[218] The suitability of criminal law, relative to tort law, in addressing this conduct, is readily apparent. Parliament reached precisely this conclusion when it chose to criminalize crimes against humanity (see *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24). Parliament chose not to provide for a liability rule in tort. As we have already mentioned, to find a new tort based on mere degree of harm would contradict *Scalera*. A more profound degree of harm,

[218] Le fait que le droit pénal, par comparaison au droit de la responsabilité délictuelle, convienne pour traiter de la conduite en cause en l'espèce ressort à l'évidence. C'est précisément la conclusion à laquelle le Parlement est venu lorsqu'il a décidé de criminaliser les crimes contre l'humanité (voir la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24). Le Parlement a décidé de ne pas prévoir de règle de responsabilité délictuelle.

may, however, be an appropriate reason for crafting a different criminal remedy. "[S]ymbolism", too, is an issue well-addressed by criminal remedies and poorly addressed by tort. The labelling of a crime matters (*R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636); the labelling of a tort, not so much. Tort is not an area of law in which the primary value of bringing a case is often, or even usually, symbolic. Finally, the tort system has its own, built-in way to adapt to breaches of rights that are more grave or that need to be deterred: by awarding increased damages.

Comme nous l'avons déjà dit, conclure à l'existence d'un nouveau délit fondé simplement sur l'importance du préjudice contredirait l'arrêt *Scalera*. Un préjudice plus important pourrait toutefois constituer une raison appropriée pour élaborer un recours pénal différent. Le « symbolisme » constitue lui aussi un aspect qui est bien pris en compte par les recours pénaux et qui l'est mal par le régime de la responsabilité délictuelle. La qualification d'un crime est importante (*R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636), alors que la qualification d'un délit l'est moins. La responsabilité délictuelle n'est pas un domaine du droit où la principale valeur d'une poursuite est souvent, ou même habituellement, de nature symbolique. Enfin, le régime de la responsabilité délictuelle a sa propre façon de s'adapter aux violations de droits qui sont plus graves ou qui doivent faire l'objet d'une dissuasion : par l'octroi de dommages-intérêts majorés.

[219] The majority also suggests recognizing new nominate torts so that this Court can "ad[d] its voice to others in the international community collectively condemning [these crimes]" and so "furthe[r] the development of an international rule of law" (para. 130, citing H. H. Koh, "Civil Remedies for Uncivil Wrongs: Combatting Terrorism through Transnational Public Law Litigation" (2016), 50 *Tex. Int'l L.J.* 661, at p. 675).

[219] Les juges majoritaires suggèrent également que l'on reconnaisse de nouveaux délits nommés afin de permettre à notre Cour [TRADUCTION] d'« ajoute[r] sa voix à celle des autres membres de la communauté internationale condamnant collectivement [ces crimes] » et de « favoris[er] [ainsi] l'élaboration d'une règle de droit international » (par. 130, citant H. H. Koh, « Civil Remedies for Uncivil Wrongs : Combatting Terrorism through Transnational Public Law Litigation » (2016), 50 *Tex. Int'l L.J.* 661, p. 675).

[220] In making this suggestion, the majority undervalues the tools Canadian courts already have that can be used to condemn crimes against humanity and degrading treatment. First, even were this action formally for the tort of battery, a court can express its condemnation of the conduct through its reasons. Nothing would prevent the trial judge in this case from writing in his or her reasons that Nevsun committed, or was complicit in, forced labour, slavery and other human rights abuses, even if his or her ultimate legal conclusion is that Nevsun committed assault, battery, or other wrongs. Causes of action sometimes go by different names. For example, what this Court referred to as the "unlawful means" tort in *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177, is commonly

[220] En formulant cette suggestion, les juges majoritaires sous-estiment les outils dont disposent déjà les tribunaux canadiens pour condamner les crimes contre l'humanité et les traitements dégradants. Premièrement, même si la présente action concernait officiellement le délit de batterie, un tribunal pourrait, dans ses motifs, exprimer sa réprobation à l'égard de la conduite en cause. Rien en l'espèce n'empêcherait le juge de première instance d'écrire dans ses motifs que Nevsun a eu recours au travail forcé et à l'esclavage et qu'elle a commis d'autres violations des droits de la personne, ou a été complice de tels actes, même si, ultimement, il conclut en droit qu'elle s'est livrée à des voies de fait, à des batteries ou à d'autres transgressions. Les causes d'action peuvent parfois porter différents noms. Par

referred to as '"unlawful interference with economic relations', 'interference with a trade or business by unlawful means', 'intentional interference with economic relations', or simply 'causing loss by unlawful means'" (para. 2). Similarly, what this Court referred to as the "tort of civil fraud" in *Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, 2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126, at para. 21, and *Mauldin*, at para. 87, is also commonly referred to as the "tort of deceit" (see *Dhillon v. Dhillon*, 2006 BCCA 524, 232 B.C.A.C. 249, at para. 77).

[221] A trial court could also express its condemnation through its damage award. Punitive damages, for example, which have been recognized by this Court as "straddl[ing] the frontier between civil law (compensation) and criminal law (punishment)", have as a goal the *denunciation* of misconduct (*Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595, at paras. 36 and 44). The majority tells us that an award of punitive damages "may be inadequate" to remedy the violation of these international norms (para. 126). It says that a "different and stronger" response may be required (para. 129). But the "different and stronger" response that the majority concludes must be given appears to be a tort with a new name but the same remedy. Again, the better conclusion is that a remedy in criminal law is appropriate, while a remedy in tort law (established by the courts, rather than the legislature) is not.

[222] We note also that the majority's approach in this regard would put Canada out of step with other states. As Dr. Zerk explains, although "most jurisdictions provide for the possibility of private claims for compensation for wrongful behaviour", "these kinds of claims are not in most cases aimed at gross human rights abuses specifically" (p. 43). Instead, torts such

exemple, ce que notre Cour a appelé délit d'« atteinte par un moyen illégal » dans l'arrêt *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177, est communément appelé « "atteinte ou entrave illicite aux rapports économiques", "atteinte aux rapports commerciaux par un moyen illicite", "atteinte aux intérêts économiques par un geste illégal", "ingérence par recours à un moyen illicite" ou simplement délit consistant à "causer une perte par un moyen illicite" » (par. 2). De même, ce que notre Cour a qualifié de « délit de fraude civile » dans l'arrêt *Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak*, 2014 CSC 8, [2014] 1 R.C.S. 126, par. 21, et dans *Mauldin*, par. 87, est aussi communément appelé [TRADUCTION] « délit de tromperie » (voir *Dhillon c. Dhillon*, 2006 BCCA 524, 232 B.C.A.C. 249, par. 77).

[221] Le tribunal de première instance pourrait également exprimer sa réprobation par les dommages-intérêts qu'il impose. À titre d'exemple, les dommages-intérêts punitifs, qui, comme l'a reconnu notre Cour, « chevauchent la frontière entre le droit civil (indemnisation) et le droit criminel (punition) », visent à *dénoncer* une conduite répréhensible (*Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, par. 36 et 44). Les juges majoritaires nous disent que l'octroi de dommages-intérêts punitifs « peu[t] être inadéqua[t] » lorsqu'il s'agit de remédier à la violation de ces normes internationales (par. 126). Ils affirment qu'une réponse « différent[e] et plus rigoureus[e] » peut être requise (par. 129). Or la réponse « différent[e] et plus rigoureus[e] » qui, selon les juges majoritaires, doit être donnée semble être un délit portant un nouveau nom, mais ouvrant droit à la même réparation. Encore là, mieux vaut conclure qu'un recours en droit pénal est approprié, alors qu'un recours en droit de la responsabilité délictuelle (établi par les tribunaux plutôt que par le législateur) ne l'est pas.

[222] Nous soulignons aussi que l'approche préconisée par les juges majoritaires à cet égard ferait en sorte que le Canada serait déphasé par rapport aux autres États. Comme l'explique Mme Zerk, bien que [TRADUCTION] « la plupart des États prévoient la possibilité de présenter des demandes d'indemnisation de droit privé en cas de comportement transgressif »,

as "assault", "battery", "false imprisonment", and "negligence" are used (pp. 43-44). Indeed, corporate liability for violations of customary international law generally depends on "ordinary common law torts or civil law delicts" (Ramasastry and Thompson, at p. 22). Such ordinary private law actions provide mechanisms to address the "harm arising out of a grave breach" of international criminal law (p. 24). This is a critical point here, where the workers advance such ordinary private law claims in addition to their claim founded on customary international law. Even were this part of Nevsun's motion to strike to be granted, the workers could pursue in Canada the same relief they could obtain in most other states.

« ces types de réclamations ne visent pas dans la plupart des cas des violations flagrantes des droits de la personne en particulier » (p. 43). Des délits comme ceux de « voies de fait », de « batterie », de « séquestration » et de « négligence » sont plutôt utilisés (p. 43-44). D'ailleurs, la responsabilité des sociétés pour les violations du droit international coutumier en général repose sur des [TRADUCTION] « délits ordinaires de common law ou des délits ordinaires de droit civil » (Ramasastry et Thompson, p. 22). De telles actions ordinaires de droit privé prévoient des mécanismes pour remédier au « préjudice découlant d'une violation grave » du droit pénal international (p. 24). Il s'agit d'un point essentiel en l'espèce, où les travailleurs font valoir de telles réclamations ordinaires de droit privé en plus de leur réclamation fondée sur le droit international coutumier. Même si cette partie de la requête en radiation de Nevsun devait être accueillie, les travailleurs pourraient demander au Canada la même réparation que celle qu'ils pourraient obtenir dans la plupart des autres États.

[223] And, as we will discuss below in section IV, subheading D, our existing private international law jurisprudence also provides a vehicle by which courts can declare that the law of another state is so morally repugnant that the courts of this country will decline to apply it.

[223] De plus, comme nous le verrons plus loin dans la section IV, rubrique D, notre jurisprudence actuelle en droit international privé permet également aux tribunaux de déclarer que le droit d'un autre État est si moralement répugnant que les tribunaux canadiens refusent de l'appliquer.

C. *Changing the Limits of International Law Is Not the Job of Courts*

C. *Ce n'est pas aux tribunaux de changer les limites du droit international*

[224] Above, we have described how the majority's reasons either depend on customary international law norms that do not exist or depend on affording to the doctrine of adoption a role it does not have. This requires us to consider whether this Court can change the doctrine of adoption so that it provides a civil liability rule for breaches of prohibitions at customary international law. In our view, it cannot, regardless of whether it is framed as recognizing a cause of action for breach of customary international law or as giving horizontal effect to that law.

[224] Nous avons déjà expliqué en quoi les motifs des juges majoritaires reposent soit sur des normes de droit international coutumier qui n'existent pas, soit sur l'attribution à la doctrine de l'adoption d'un rôle qu'elle n'a pas. Il nous faut donc nous demander si notre Cour peut modifier la doctrine de l'adoption de manière à ce qu'elle prévoit une règle de responsabilité civile pour les violations d'interdictions en droit international coutumier. À notre avis, notre Cour ne peut pas procéder à ce changement, peu importe qu'il soit formulé de manière à reconnaître l'existence d'une cause d'action pour violation du droit international coutumier ou à attribuer un effet horizontal au droit international coutumier.

[225] It is of course open to Parliament and the legislatures to make such a change. Absent statutory intervention, however, the ability of courts to shape the law is, as a matter of common-law methodology, constrained. Courts develop the law *incrementally*. This is a manifestation of the unwritten constitutional principle of legislative supremacy, which goes to the core of just governance and to the respective roles of the legislature, the executive and the judiciary (*Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-61; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, at pp. 436-38; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at pp. 666-67; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108, at para. 43; B. McLachlin, "Unwritten Constitutional Principles: What is Going On?" (2006), 4 *N.Z.J.P.I.L.* 147). It also reflects the comparative want of expertise of the courts, relative to the legislature. The legislature has the institutional competence and the democratic legitimacy to enact major legal reform. By contrast, the courts are confined by the record to considering the circumstances of the particular parties before them, and so cannot anticipate all the consequences of a change.

[225] Il est évidemment loisible au Parlement et aux législatures provinciales d'effectuer un tel changement. Toutefois, en l'absence d'intervention législative, la capacité des tribunaux de façonner le droit est limitée de par la méthodologie de la common law. Les tribunaux élaborent le droit *graduellement*. Il s'agit là d'une manifestation du principe constitutionnel non écrit de la suprématie législative, qui touche au cœur même de la juste gouvernance et du rôle respectif du législatif, de l'exécutif et du judiciaire (*Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 760-761; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, p. 436-438; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 666-667; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108, par. 43; B. McLachlin, *Les principes constitutionnels non écrits : qu'est-ce qui se passe dans ce domaine?*, 1er décembre 2005 (en ligne)). Ce principe reflète aussi le manque relatif de connaissances spécialisées des tribunaux par rapport au législateur. Celui-ci dispose de la compétence institutionnelle et de la légitimité démocratique nécessaires pour adopter une réforme juridique majeure. En revanche, le dossier restreint l'examen des tribunaux à la situation des parties en cause, de sorte qu'ils ne peuvent prévoir toutes les conséquences d'un changement.

[226] The importance, both practical and normative, of confining courts to making only incremental changes to the common law was stated by this Court in *Watkins*, at pp. 760-61:

> This branch of the case, viewed thus, raises starkly the question of the limits on the power of the judiciary to change the law. Generally speaking, the judiciary is bound to apply the rules of law found in the legislation and in the precedents. Over time, the law in any given area may change; but the process of change is a slow and incremental one, based largely on the mechanism of extending an existing principle to new circumstances. While it may be that some judges are more activist than others, the courts have generally declined to introduce major and far-reaching changes in the rules hitherto accepted as governing the situation before them.
>
> There are sound reasons supporting this judicial reluctance to dramatically recast established rules of law. The

[226] Dans l'arrêt *Watkins*, aux p. 760-761, notre Cour a affirmé l'importance, tant pratique que normative, du fait que les tribunaux ne puissent apporter que des changements graduels à la common law :

> Cette partie du pourvoi, vue dans cette perspective, pose carrément la question des limites du pouvoir des tribunaux de modifier le droit. En général, le pouvoir judiciaire est tenu d'appliquer les règles de droit formulées dans les textes législatifs et la jurisprudence. Avec le temps, le droit relatif à un domaine donné peut changer, mais cela ne se fait que lentement et progressivement, et dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles. Bien que certains juges puissent être plus innovateurs que d'autres, les tribunaux judiciaires ont généralement refusé de modifier sensiblement et profondément des règles reconnues jusque-là pour les appliquer au cas qui leur était soumis.
>
> Il y a de solides raisons qui justifient ces réticences du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles

court may not be in the best position to assess the deficiencies of the existing law, much less problems which may be associated with the changes it might make. The court has before it a single case; major changes in the law should be predicated on a wider view of how the rule will operate in the broad generality of cases. Moreover, the court may not be in a position to appreciate fully the economic and policy issues underlying the choice it is asked to make. Major changes to the law often involve devising subsidiary rules and procedures relevant to their implementation, a task which is better accomplished through consultation between courts and practitioners than by judicial decree. Finally, and perhaps most importantly, there is the long-established principle that in a constitutional democracy it is the legislature, as the elected branch of government, which should assume the major responsibility for law reform.

Considerations such as these suggest that major revisions of the law are best left to the legislature. Where the matter is one of a small extension of existing rules to meet the exigencies of a new case and the consequences of the change are readily assessable, judges can and should vary existing principles. But where the revision is major and its ramifications complex, the courts must proceed with great caution. [Emphasis added.]

[227] In the same vein, Justice Robert J. Sharpe, writing extra-judicially, has reflected on the limits of the judicial role when faced with polycentric issues:

The first question is whether the proposed change is of a nature that falls within the capacity of the courts to decide. Judges, as I have argued, should be conscious of the inherent limits of adjudication and the fact that their view of a legal issue will necessarily be limited by the dynamics of the adversarial litigation process. That process is well-suited to deal with the issues posed by bipolar disputes and considerably less capable of dealing with polycentric issues that raise questions and pose problems that transcend the interests of the parties. Judges should hesitate to move the law in new directions when the implications of doing so are not readily captured or

de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer pleinement les questions économiques et de principe qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires nécessaires à leur mise en œuvre, ce qui devrait plutôt se faire par voie de consultation entre les tribunaux et les praticiens que par décision judiciaire. Enfin, et c'est peut-être là le plus important, il existe un principe établi depuis longtemps selon lequel, dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l'assemblée législative, qui est le corps élu du gouvernement, d'assumer la responsabilité principale pour la réforme du droit.

Ce sont des considérations comme celles-là qui permettent de soutenir que les réformes majeures du droit doivent plutôt relever de l'assemblée législative. Lorsqu'il s'agit de procéder à une extension mineure de l'application de règles existantes de manière à répondre aux exigences d'une situation nouvelle et lorsque les conséquences de la modification sont faciles à évaluer, les juges peuvent et doivent modifier les règles existantes. Mais quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des ramifications complexes, les tribunaux doivent faire preuve de beaucoup de prudence. [Nous soulignons.]

[227] Dans le même ordre d'idées, le juge Robert J. Sharpe s'est, dans un article de doctrine, penché sur les limites du rôle des tribunaux lorsqu'ils sont saisis de questions polycentriques :

[TRADUCTION] La première question à se poser est celle de savoir si, de par sa nature, le changement proposé est du ressort des tribunaux. Comme je l'ai déjà expliqué, les juges devraient être conscients des limites inhérentes à la fonction juridictionnelle et du fait que leur conception d'une question de droit sera nécessairement limitée par la dynamique propre au processus de débat contradictoire. Ce processus se prête bien à l'examen des questions que posent des litiges bipolaires, mais il est considérablement moins apte à permettre l'analyse de questions polycentriques qui soulèvent des enjeux et des problèmes qui transcendent les intérêts des parties. Les juges devraient

understood by looking at the issue through the lens of the facts of the case they are deciding. The legislative process is better suited to consider and weigh competing policy choices that are external to legal rights and duties. Elected representatives have the capacity to reflect the views of the population at large. Government departments have the resources to study and evaluate policy options. The legislative process allows all interested parties to make their views known and encourages consideration and accommodation of competing viewpoints.

The second question relates to the magnitude of the change. Common law judges constantly refer to incremental or interstitial change and characterize the development of the common law as a gradual process of evolution. Former Senior Law Lord Tom Bingham put it this way: it is very much in the common law tradition "to move the law a little further along a line on which it is already moving, or to adapt it to accord with modern views and practices." If the proposed change fits that description, there is a strong tradition to support judicial law-making. It is quite another thing, however, "to seek to recast the law in a radically innovative or adventurous way," as that makes the law "uncertain and unpredictable" and is unfair to the losing party who relied on the law as it existed before the change. Developments of the latter magnitude may best be left to the legislature. [Footnote omitted.]

(*Good Judgment: Making Judicial Decisions* (2018), at p. 93)

Accordingly, for a change to be incremental, it cannot have complex and uncertain ramifications. This Court has repeatedly declined to change the common law in those very circumstances (*Watkins*, at p. 761; *London Drugs Ltd.*, at pp. 436-38; *Salituro*, at pp. 677-78; *Fraser River Pile & Dredge Ltd.*, at para. 44).

[228] There is much accumulated wisdom in this jurisprudence. To alter the courts' treatment of customary international law would "se[t] the law on

hésiter à lancer le droit dans de nouvelles directions lorsque les conséquences de telles mesures ne sont pas faciles à appréhender ou à comprendre lors de l'examen de la question en litige eu égard aux faits de l'affaire qu'ils sont appelés à trancher. Le processus législatif se prête mieux à l'examen et à l'évaluation de choix de politique générale divergents qui n'ont rien à voir avec les droits et les devoirs juridiques. Les représentants élus sont en mesure de refléter l'opinion de l'ensemble de la population. Les ministères disposent des ressources nécessaires pour étudier et évaluer les options de politique générale. Le processus législatif permet à tous les intéressés de faire connaître leur point de vue et il encourage l'examen et la prise en compte de points de vue divergents.

La deuxième question à se poser concerne l'ampleur du changement. Les juges de common law parlent constamment d'un changement graduel ou interstitiel et ils qualifient l'évolution de la common law de processus d'évolution graduel. L'ancien lord juge principal Tom Bingham l'explique en ces termes : il est tout à fait dans la tradition de la common law « de poursuivre la tendance déjà entamée par le droit ou encore d'adapter celui-ci aux perspectives et aux réalités actuelles ». Si le changement proposé correspond à cette description, il existe une solide tradition qui permet l'établissement de règles de droit par les tribunaux. C'est toutefois une tout autre chose que « de chercher à reformuler le droit d'une manière radicalement novatrice ou hasardeuse », car le droit devient alors « incertain et imprévisible », ce qui est injuste pour la partie déboutée, qui s'est fiée aux règles de droit existant avant le changement. Il est préférable de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements de cette ampleur. [Note en bas de page omise.]

(*Good Judgment : Making Judicial Decisions* (2018), p. 93)

En conséquence, pour qu'un changement soit graduel, il ne peut avoir des conséquences complexes et incertaines. Notre Cour a à maintes reprises refusé de modifier la common law dans ces circonstances bien précises (*Watkins*, p. 761; *London Drugs Ltd.*, p. 436-438; *Salituro*, p. 677-678; *Fraser River Pile & Dredge Ltd.*, par. 44).

[228] Cette jurisprudence témoigne de la sagesse acquise par les tribunaux au fil du temps. Modifier la façon dont les tribunaux traitent le droit international

an unknown course whose ramifications cannot be accurately gauged" (*Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at para. 93). As this Court explained in *Kazemi*, at para. 108:

> The common law should not be used by the courts to determine complex policy issues in the absence of a strong legal foundation or obvious and applicable precedents that demonstrate that a new consensus is emerging. To do otherwise would be to abandon all certainty that the common law might hold. Particularly in cases of international law, it is appropriate for Canadian courts only to follow the "bulk of the authority" and not change the law drastically based on an emerging idea that is in its conceptual infancy.

The majority views such a change as "necessary" (at para. 118), but provides no reason to believe the change will have anything other than complex and uncertain ramifications. Such a fundamental reform to the common law must be left to the legislature, even though doing so by judge-made law might seem intuitively desirable (*Salituro*, at p. 670).

[229] If Parliament wishes to create an action for a breach of customary international law, that is a decision for Parliament itself to take. It is not one for this Court to take on Parliament's behalf. As stated by Professor O'Keefe:

> . . . the recognition by the courts of a cause of action in tort for the violation of a rule of customary international law would be no less than the judicial creation of a new tort, something which has not truly happened since the coining of the unified tort of negligence in *Donoghue v. Stephenson* in 1932.[9] The reason for this is essentially constitutional: given its wide-reaching implications, economic and sometimes political, the creation of a novel head of tort is now generally recognized as better left to Parliament, on account of the latter's democratic legitimacy and superior

[9] This statement was written prior to *Jones v. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241.

coutumier « pla[cerait] le droit sur une trajectoire inconnue et dont les conséquences ne peuvent pas être mesurées avec précision » (*Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, par. 93). Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Kazemi*, au par. 108 :

> Les tribunaux ne devraient pas se servir de la common law pour trancher des questions complexes de politique en l'absence d'un fondement juridique solide ou d'un ensemble de précédents applicables et clairs qui démontrent l'émergence d'un nouveau consensus. Une approche différente reviendrait à détruire toute la certitude que peut assurer la common law. Dans les causes de droit international plus particulièrement, il convient que les tribunaux canadiens suivent uniquement la [TRADUCTION] « jurisprudence dominante », et ne modifient pas le droit de façon radicale sur la base d'une idée émergente qui se trouverait encore à ses balbutiements sur le plan conceptuel.

Les juges majoritaires jugent un tel changement « nécessair[e] » (par. 118), mais ils n'avancent aucune raison qui permette de croire que celui-ci entraînera autre chose que des conséquences complexes et incertaines. Il faut laisser au législateur le soin de procéder à une réforme aussi fondamentale de la common law, même s'il pourrait sembler intuitivement souhaitable de le faire au moyen du droit jurisprudentiel (*Salituro*, p. 670).

[229] Si le Parlement souhaite créer une action pour violation du droit international coutumier, c'est à lui de prendre cette décision. Notre Cour ne peut le faire pour lui. Comme l'explique le professeur O'Keefe :

> [TRADUCTION] . . . la reconnaissance par les tribunaux d'une cause d'action délictuelle pour violation d'une règle de droit international coutumier ne constituerait pas moins que la création judiciaire d'un nouveau délit, ce qui n'est pas vraiment arrivé depuis l'institution du délit unifié de négligence en 1932 dans l'arrêt *Donoghue c. Stephenson*[10]. La raison en est essentiellement constitutionnelle : compte tenu de ses vastes répercussions — économiques et parfois politiques —, il est aujourd'hui généralement reconnu qu'il est préférable de laisser au Parlement le soin de créer

[10] Cette affirmation est antérieure à l'arrêt *Jones c. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241.

capacity to engage beforehand in the necessary research and consultation. [Footnote omitted.]

(R. O'Keefe, "The Doctrine of Incorporation Revisited", in J. Crawford and V. Lowe, eds., *The British Year Book of International Law 2008* (2009), 7, at p. 76)

[230] When the English courts determined to give horizontal effect to an international instrument (the European *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221), they did so pursuant to the direction of *a statute* that made it unlawful for a public authority — which by the terms of the statute included the courts — to act "in a way which is incompatible with a Convention right" (*Human Rights Act 1998* (U.K.), 1998, c. 42, s. 6(1) and (3)). Similarly, the horizontal effect of the Treaties of the European Union in the United Kingdom depends on a statutory instruction in the *European Communities Act 1972* (U.K.), 1972, c. 68 (*R. (Miller) v. Secretary of State*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61, at paras. 62-68). While we agree with the majority's reasoning (at para. 94) that legislative endorsement is not required for there to be *vertical* effect in the common law (that is, an effect against the executive) of a mandatory or prohibitive norm of customary international law, there is no such tradition of *horizontal* effect in the common law (that is, an effect on the relations between private parties) without legislative action. Further, and to the extent such an effect is even possible, it should be governed by the considerations we set out at paras. 174-75 concerning the effect of mandatory and prohibitive norms in private common law.

[231] It is thus for Parliament to decide whether to change the doctrine of adoption to provide courts the power to convert prohibitive rules of international law into free-standing torts. Parliament has not done so. While it has created a statutory cause of action

un nouveau type de délit, en raison de la légitimité démocratique de ce dernier et du fait qu'il est plus en mesure d'effectuer à l'avance les recherches et les consultations nécessaires. [Note en bas de page omise.]

(R. O'Keefe, « The Doctrine of Incorporation Revisited », dans J. Crawford et V. Lowe, dir., *The British Year Book of International Law 2008* (2009), 7, p. 76)

[230] Lorsque les tribunaux anglais ont décidé de donner un effet horizontal à un instrument international (la convention européenne intitulée *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221), ils l'ont fait conformément à la prescription d'une *loi* qui rendait illégal le fait pour une autorité publique — expression qui, aux termes de cette loi, englobait les tribunaux — d'agir [TRADUCTION] « d'une manière incompatible avec un droit garanti par la Convention » (*Human Rights Act 1998* (R.-U.), 1998, c. 42, par. 6(1) et 6(3)). De même, l'effet horizontal que les traités de l'Union européenne ont au Royaume-Uni tient à une directive législative figurant dans la *European Communities Act 1972* (R.-U.), 1972, c. 68 (*R. (Miller) c. Secretary of State*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61, par. 62-68). Bien que nous soyons d'accord avec le raisonnement des juges majoritaires (par. 94) lorsqu'ils affirment que l'adoption par le législateur n'est pas nécessaire pour qu'une norme impérative ou prohibitive de droit international coutumier ait un effet *vertical* en common law (c'est-à-dire un effet à l'égard de l'exécutif), il n'existe aucune tradition d'effet *horizontal* de la sorte en common law (c'est-à-dire un effet sur les relations entre parties privées) sans intervention législative. De plus, et dans la mesure où un tel effet est même possible, il devrait être régi par les considérations que nous avons énoncées aux par. 174-175 concernant l'effet des normes impératives et prohibitives en common law privée.

[231] Il appartient donc au Parlement de décider s'il convient de modifier la doctrine de l'adoption pour conférer aux tribunaux le pouvoir de convertir des règles prohibitives du droit international en délits autonomes. Or, il ne l'a pas fait. Bien qu'il ait créé

for victims of terrorism, it has not chosen to do so for every violation of customary international law (see s. 4 of the *Justice for Victims of Terrorism Act*, S.C. 2012, c. 1, s. 2).

IV. On the Second Theory, the Claims Are Also Bound to Fail

[232] We have thus far confined our comments to the theory of the case given by the majority. As part of reading the pleadings generously, however, we must also consider the theory given by the chambers judge and the Court of Appeal. Under this theory, the amended pleadings sought to have the court recognize four new nominate torts *inspired* by international law: use of forced labour; slavery; cruel, inhuman or degrading treatment; and crimes against humanity.

[233] On this theory of the case, international law plays a limited role. It will be of merely persuasive authority in recognizing the tort to begin with. It will also play less ongoing significance. Although proving the content of customary international law may be valuable for showing the urgency of recognizing a new tort, once a new tort is recognized, the new tort will have a comfortable home within the common law. If slavery is recognized as a tort, a future litigant will have no need to prove that an edge-case of slavery is a violation of customary international law; they can instead simply invoke the domestic tort. It is far easier for Canadian judges to know the contours of a domestic tort than it is for them to know the contours of customary international law. The transmutation of customary international law into individual domestic torts has another advantage, too. On an edge-case, where it is unclear whether states are obliged to prohibit the conduct under customary international law, Canadian judges will not be faced with a partly empirical question (as they would on the majority's theory of the case), but a normative question.

une cause d'action légale pour les victimes d'actes terroristes, il ne l'a pas fait pour chaque violation de droit international coutumier (voir l'art. 4 de la *Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme*, L.C. 2012, c. 1, art. 2).

IV. Selon la deuxième thèse, les réclamations sont également vouées à l'échec

[232] Nous avons jusqu'ici limité nos observations à la thèse exposée par les juges majoritaires. Toutefois, suivant une interprétation généreuse des actes de procédure en cause, nous devons aussi tenir compte de la thèse avancée par le juge en cabinet et la Cour d'appel. Suivant celle-ci, les actes de procédure modifiés visaient à obtenir du tribunal qu'il reconnaisse quatre nouveaux délits nommés *inspirés* du droit international : le recours au travail forcé, l'esclavage, les traitements cruels, inhumains ou dégradants, et les crimes contre l'humanité.

[233] Selon cette thèse, le droit international joue un rôle limité. Il n'aura qu'une valeur de persuasion dans la reconnaissance d'un délit. Il revêtira aussi une importance continue qui est moindre. Bien qu'il puisse s'avérer fort utile de prouver le contenu du droit international coutumier pour démontrer l'urgence de reconnaître un nouveau délit, une fois qu'il sera reconnu, le nouveau délit disposera d'une demeure confortable au sein de la common law. Si l'esclavage est reconnu comme un délit, un futur plaideur n'aura pas besoin de démontrer qu'un cas limite d'esclavage constitue une violation du droit international coutumier; il lui suffira d'invoquer le délit interne. Il est beaucoup plus facile pour les juges canadiens de connaître les contours d'un délit interne que de connaître ceux du droit international coutumier. La transmutation de règles de droit international coutumier en délits individuels en droit interne comporte aussi un autre avantage. Dans un cas limite, où l'on ne sait pas avec certitude si les États sont tenus d'interdire une conduite en droit international coutumier, les juges canadiens seront appelés à trancher non pas une question partiellement empirique (comme ils le seraient suivant la thèse des juges majoritaires), mais une question normative.

[234] The question that remains is: when should Canadian common law courts recognize these new nominate torts?

[235] We explain below, first, the test that Canadian courts have developed for recognizing — or more precisely, for refusing to recognize — a new nominate tort. We then apply that test to the four torts the workers allege.

A. *The Test for Recognizing a New Nominate Tort*

[236] In *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 120, Wilson J. (dissenting, but not on this point) described the history of disputed theories for recognizing new torts:

It has been described in Solomon, Feldthusen and Mills, *Cases and Materials on the Law of Torts* (2nd ed. 1986), as follows (at p. 6):

> Initially, the search for a theoretical basis for tort law centred on the issue of whether there was a general principle of tortious liability. Sir John Salmond argued that tort law was merely a patchwork of distinct causes of action, each protecting different interests and each based on separate principles of liability [see Salmond, *The Law of Torts* (6th ed., 1924) at pp. 9-10]. Essentially the law of torts was a finite set of independent rules, and the courts were not free to recognize new heads of liability. In contrast, writers such as Pollock contended that the law of torts was based upon the single unifying principle that all harms were tortious unless they could be justified [see Pollock, *The Law of Torts* (13th ed., 1929) at p. 21]. The courts were thus free to recognize new torts. Glanville Williams suggested a compromise between the two viewpoints. He argued that tort law historically exhibited no comprehensive theory, but that the existing categories of liability were sufficiently flexible to enable tort law to grow and adapt. [Emphasis added.]

[234] Une question demeure : dans quelles circonstances les tribunaux canadiens de common law devraient-ils reconnaître ces nouveaux délits nommés?

[235] Nous expliquons plus loin tout d'abord le critère que les tribunaux canadiens ont élaboré pour reconnaître — ou plus précisément pour refuser de reconnaître — un nouveau délit nommé. Nous appliquons ensuite ce critère aux quatre délits allégués par les travailleurs.

A. *Critère à respecter pour reconnaître un nouveau délit nommé*

[236] Dans l'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 120, la juge Wilson (dissidente, mais pas sur ce point) a décrit l'historique des thèses contestées appliquées pour reconnaître de nouveaux délits :

Il a été décrit dans Solomon, Feldthusen and Mills, *Cases and Materials on the Law of Torts* (2nd ed. 1986) de la manière suivante (à la p. 6) :

> [TRADUCTION] Au départ, la recherche d'un fondement théorique pour le droit des délits se concentrait sur la question de savoir s'il y avait un principe général en matière de responsabilité délictuelle. Sir John Salmond a soutenu que le droit des délits était simplement un ensemble disparate de cause[s] d'actions distinctes, chacune protégeant différents intérêts et chacune étant fondée sur des principes distincts de responsabilité [voir Salmond, *The Law of Torts* (6th ed., 1924) aux pp. 9 et 10]. Essentiellement, le droit des délits était un ensemble limité de règles indépendantes et les tribunaux n'étaient pas libres de reconnaître de nouveaux chefs de responsabilité. Par ailleurs, des auteurs tel Pollock ont soutenu que le droit des délits était fondé sur le seul principe unificateur selon lequel tous les préjudices étaient délictuels à moins qu'ils ne puissent être justifiés [voir Pollock, *The Law of Torts* (13th ed., 1929) à la p. 21]. Les tribunaux étaient ainsi libres de reconnaître de nouveaux délits. Glanville Williams a proposé un compromis entre ces deux opinions. Il a soutenu que le droit des délits n'est historiquement pas fondé sur une théorie générale, mais que les catégories existantes de responsabilité sont néanmoins suffisamment souples pour permettre au droit des délits de croître et de s'adapter. [Nous soulignons.]

Justice Wilson agreed with, and adopted, Glanville Williams's pragmatic approach (p. 120, citing G. L. Williams, "The Foundation of Tortious Liability" (1939), 7 *Cambridge L.J.* 111).

[237] Three clear rules for when the courts will not recognize a new nominate tort have emerged: (1) The courts will not recognize a new tort where there are adequate alternative remedies (see, for example, *Scalera*); (2) the courts will not recognize a new tort that does not reflect and address a wrong visited by one person upon another (*Saskatchewan Wheat Pool*, at pp. 224-25); and (3) the courts will not recognize a new tort where the change wrought upon the legal system would be indeterminate or substantial (*Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at paras. 76-77). Put another way, for a proposed nominate tort to be recognized by the courts, at a minimum it must reflect a wrong, be necessary to address that wrong, and be an appropriate subject of judicial consideration.

[238] The first rule, that of necessity, acknowledges at least three alternative remedies: another tort, an independent statutory scheme, and judicial review. If any of these alternatives address the wrong targeted by the proposed nominate tort, then the court will decline to recognize it.

[239] As we described above, a difference merely of damages or the extent of harm will not suffice to ground a new tort (*Scalera*). The proposed torts of "harassment" and "obstruction" also failed at the necessity stage. As the Saskatchewan Court of Appeal recently observed in *McLean v. McLean*, 2019 SKCA 15, at paras. 103-5 (CanLII), the proposed tort of harassment was entirely encompassed by the tort of intentional infliction of mental suffering and so need not be recognized as a distinct tort (see also *Merrifield*, at para. 42). Similarly, the proposed tort of obstruction — the plaintiffs had alleged the defendants had obstructed them from clearing trees — was encompassed by the existing torts of nuisance and trespass (*6165347 Manitoba*

La juge Wilson a souscrit à l'approche pragmatique de Glanville Williams (p. 120, citant G. L. Williams, « The Foundation of Tortious Liability » (1939), 7 *Cambridge L.J.* 111), et l'a adoptée.

[237] Trois règles claires ont été dégagées pour déterminer dans quelles circonstances les tribunaux ne reconnaîtront pas l'existence d'un nouveau délit nommé : (1) les tribunaux ne reconnaîtront pas un nouveau délit lorsqu'il existe d'autres voies de recours appropriées (voir, par exemple, *Scalera*); (2) les tribunaux ne reconnaîtront pas un nouveau délit qui ne reflète pas et ne permet pas de redresser le tort infligé par une personne à une autre (*Saskatchewan Wheat Pool*, p. 224-225); (3) les tribunaux ne reconnaîtront pas un nouveau délit lorsque le changement qui en résulterait pour le système juridique serait indéterminé ou substantiel (*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 76-77). En d'autres termes, pour pouvoir être reconnu par les tribunaux, le délit nommé proposé doit au moins refléter un tort qui a été causé, être nécessaire pour redresser ce tort et pouvoir faire l'objet d'un examen judiciaire approprié.

[238] La première règle, celle de la nécessité, reconnaît au moins trois autres voies de recours : un autre délit, un régime législatif indépendant et le contrôle judiciaire. Si l'une de ces voies de recours permet de redresser le tort visé par le délit nommé proposé, le tribunal refusera alors de reconnaître ce délit.

[239] Comme nous l'avons expliqué plus haut, une différence ayant trait simplement aux dommages-intérêts ou à l'importance du préjudice ne suffira pas à justifier la reconnaissance d'un nouveau délit (*Scalera*). Les délits proposés de « harcèlement » et d'« entrave » n'ont pas non plus franchi l'étape de la nécessité. Comme la Cour d'appel de la Saskatchewan l'a récemment fait observer dans l'arrêt *McLean c. McLean*, 2019 SKCA 15, par. 103-105 (CanLII), le délit proposé de harcèlement est déjà entièrement visé par le délit d'infliction intentionnelle d'une souffrance morale et n'a donc pas besoin d'être reconnu comme un délit distinct (voir également *Merrifield*, par. 42). De même, le délit proposé d'entrave — les demanderesses avaient allégué

Inc. v. Jenna Vandal, 2019 MBQB 69, at paras. 91 and 100 (CanLII)).

[240] A statutory remedy can also suffice to show that a new nominate tort is unnecessary. For example, in *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, at p. 195, this Court held that the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318 ("*Code*") foreclosed the development of a common law tort based on the same policies embodied in the *Code*. Similarly, in *Frame*, at p. 111, the Court declined to create a common law tort concerning alienation of affection in the family context because the legislature had occupied the field through the *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 68.

[241] The second rule, that the tort must reflect a wrong visited by one person upon another, is also well-established and is reflected in the courts' resistance to creating strict or absolute liability regimes (see, for example, *Saskatchewan Wheat Pool*, at p. 224). It is also the converse of the idea so memorably expressed by Sharpe J.A. in *Jones v. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241, at para. 69: there, the "facts . . . cr[ied] out for a remedy". When the facts do not make such a cry, the courts will not recognize a tort.

[242] Finally, the change wrought to the legal system must not be indeterminate or substantial. This rule reflects the courts' respect for legislative supremacy and the courts' mandate to ensure that the law remains stable, predictable and accessible (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), at p. 37). Hence, the Ontario Superior Court's rejection of a proposed tort of "derivative abuse of process" that would provide compensation for someone allegedly injured by another person's litigation. Such a tort, the court noted, would create indeterminate liability (*Harris v. GlaxoSmithKline Inc.*, 2010 ONSC 2326, 101 O.R.

que les défendeurs les avaient empêchées de déboiser — est visé par les délits existants de nuisance et d'intrusion (*6165347 Manitoba Inc. c. Jenna Vandal*, 2019 MBQB 69, par. 91 et 100 (CanLII)).

[240] L'existence d'un recours prévu par la loi peut également suffire à démontrer qu'il n'est pas nécessaire de créer un nouveau délit nommé. Par exemple, dans l'arrêt *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181, p. 195, notre Cour a jugé que l'*Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318 (« *Code* »), excluait la possibilité d'élaborer un délit de common law fondé sur les mêmes politiques que celles consacrées par le *Code*. De même, dans l'arrêt *Frame*, à la p. 111, la Cour a refusé de créer un délit de common law pour détournement d'affection dans un contexte familial parce que le législateur provincial avait déjà occupé ce champ en édictant la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1980, c. 68.

[241] La deuxième règle, selon laquelle le délit doit refléter un tort infligé par une personne à une autre, est également bien établie et trouve son expression dans le fait que les tribunaux résistent à créer des régimes de responsabilité stricte ou absolue (voir, par exemple, *Saskatchewan Wheat Pool*, p. 224). C'est également l'inverse de l'idée que le juge Sharpe a exprimée de façon si mémorable dans l'arrêt *Jones c. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241, au par. 69 (CanLII), en déclarant que, dans cette affaire, [TRADUCTION] « les faits [. . .] réclam[aient] un recours ». Lorsque les faits ne sont pas tels, les tribunaux ne reconnaîtront pas un délit.

[242] Enfin, le changement apporté au système juridique ne doit pas être indéterminé ou substantiel. Cette règle témoigne du respect des tribunaux pour la suprématie législative et de la mission des tribunaux de veiller à ce que le droit demeure stable, prévisible et accessible (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), p. 37). D'où le refus, par la Cour supérieure de l'Ontario, de reconnaître le délit proposé [TRADUCTION] d'« abus de procédure dérivé » qui permettrait d'indemniser une personne qui s'estime lésée par l'action en justice intentée par une autre. Le tribunal a fait observer qu'un tel délit créerait une responsabilité

(3d) 665, aff'd on other grounds, 2010 ONCA 872, 106 O.R. (3d) 661, leave to appeal refused, [2011] 2 S.C.R. vii). Similarly, in *Wallace*, this Court rejected the proposed tort of "bad faith discharge" (para. 78) because it would create a "radical shift in the law" (para. 77) and contradict "established principles of employment law" (para. 76). A shift will be less radical when it is presaged by some combination of *obiter*, academic commentary, and persuasive foreign judicial activity, none of which are present here.

[243] *Jones v. Tsige* provides a rare and instructive example of where a proposed new nominate tort was found by a court to have passed this test. The breach of privacy was indeed seen by the court as a wrong caused by one person to another, and as a wrong for which there existed no other remedy in tort law or in statute. The Court of Appeal for Ontario found support to recognize a cause of action for intrusion upon seclusion in the common law and *Charter* jurisprudence (para. 66), and looked to other jurisdictions which had recognized a similar cause of action arising from a right to privacy, either by statute or by the common law (paras. 55-64). The court defined the elements of the cause of action (paras. 70-72) and identified factors to guide an assessment of damages (paras. 87-90). Having undertaken this careful analysis, the court concluded that it had the competence as an institution to make this incremental change to the common law — it being "within the capacity of the common law to evolve to respond to the problem" (para. 68).

B. *Two of the Proposed Nominate Torts Fail This Test*

[244] In our view, the proposed torts of cruel, inhuman or degrading treatment, and "crimes against humanity" both fail this test.

indéterminée (*Harris c. GlaxoSmithKline Inc.*, 2010 ONSC 2326, 101 O.R. (3d) 665, conf. pour d'autres motifs par 2010 ONCA 872, 106 O.R. (3d) 661, autorisation de pourvoi refusée, [2011] 2 R.C.S. vii). De même, dans l'arrêt *Wallace*, notre Cour a refusé de reconnaître le délit proposé de « renvoi de mauvaise foi » (par. 78), estimant que cela constituerait « une modification radicale du droit » (par. 77) et serait incompatible avec « les principes reconnus du droit régissant la relation employeur-employé » (par. 76). Une modification sera moins radicale si elle est présagée par une combinaison de remarques incidentes, de doctrine et d'appréciations judiciaires étrangères convaincantes. Or, on ne trouve aucun de ces éléments en l'espèce.

[243] L'affaire *Jones c. Tsige* offre un exemple à la fois rare et instructif d'un cas où un tribunal a jugé qu'un nouveau délit nommé proposé satisfaisait à ce critère. Le tribunal a en effet estimé que l'atteinte à la vie privée constituait un tort causé par une personne à une autre et pour lequel il n'existait aucun autre recours en droit de la responsabilité délictuelle ou dans la loi. La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu une cause d'action pour intrusion dans l'intimité en se fondant sur la common law et la jurisprudence relative à la *Charte* (par. 66), et elle a examiné ce qui se faisait dans d'autres États qui avaient reconnu une cause d'action semblable découlant d'un droit à la vie privée en vertu d'une loi ou de la common law (par. 55-64). La cour a défini les éléments de la cause d'action (par. 70-72) et a dégagé certains facteurs devant guider l'évaluation des dommages-intérêts (par. 87-90). Après avoir procédé à cette analyse minutieuse, elle a conclu qu'elle avait compétence, en tant qu'institution, pour apporter ce changement graduel à la common law, puisque, selon elle, [TRADUCTION] « [l]a common law a la capacité d'évoluer pour faire face au problème » (par. 68).

B. *Deux des délits nommés proposés ne satisfont pas à ce critère*

[244] À notre avis, les délits proposés de traitements cruels, inhumains ou dégradants et de « crimes contre l'humanité » ne satisfont pas à ce critère.

[245] The proposed tort of cruel, inhuman or degrading treatment fails the necessity test, since any conduct captured by this tort would also be captured by the extant torts of battery or intentional infliction of emotional distress. To the extent that this tort describes a greater degree of harm than that typically litigated in the conventional torts, this goes only to damages. As this Court found in *Scalera*, no distinct tort is necessary.

[246] The proposed tort of "crimes against humanity" also fails, but for a different reason: it is too multifarious a category to be the proper subject of a nominate tort. Many crimes against humanity would be already addressed under extant torts. If there are individual crimes against humanity that would not already be recognized as tortious conduct in Canada, the workers should specify them, rather than rely on a catch-all phrase that includes wrongs already covered. Adopting such a tort wholesale would not be the kind of incremental change to the common law that a Canadian court ought to make.

C. *Two of the Proposed Nominate Torts May Pass This Test*

[247] In our view, it is possible the proposed torts of slavery and use of forced labour would pass the test for recognizing a new nominate tort. Recognizing each of these torts — subject to further development throughout the proceedings — may prove to be necessary, in that each may capture conduct not independently captured in torts such as battery, intentional infliction of emotional distress, negligence, or forcible confinement. For example, it is possible that the facts, if fully developed in the course of trial, might show that one person kept another person enslaved without need for any force or violence, simply by convincing that other person that they are rightfully property. Use of forced labour also, by its terms, may include liability that pierces the corporate veil or extends through agency relationships. And, to the extent there are non-tort alternative remedies

[245] Le délit proposé de traitements cruels, inhumains ou dégradants ne satisfait pas au critère de la nécessité, car toute conduite visée par ce délit serait également visée par les délits existants de batterie ou d'infliction intentionnelle d'un trouble émotif. Dans la mesure où ce délit décrit un plus grand préjudice que celui qui est habituellement plaidé dans le cas des délits traditionnels, cette différence n'a trait qu'aux dommages-intérêts. Comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Scalera*, aucun délit distinct n'est nécessaire.

[246] Le délit proposé de « crimes contre l'humanité » ne peut non plus être retenu, mais pour une raison différente : il s'agit d'une catégorie trop hétérogène pour faire l'objet d'un délit nommé. De nombreux crimes contre l'humanité sont déjà visés par des délits existants. S'il existe des crimes particuliers contre l'humanité qui ne sont pas déjà reconnus comme des conduites délictueuses au Canada, les travailleurs devraient les préciser au lieu de s'en remettre à une expression fourre-tout qui englobe des transgressions déjà visées. L'adoption globale d'un tel délit ne saurait correspondre au genre de changement graduel qu'un tribunal canadien devrait apporter à la common law.

C. *Deux des délits nommés proposés satisfont peut-être à ce critère*

[247] À notre avis, il est possible que les délits proposés d'esclavage et de recours au travail forcé satisfassent au critère à respecter pour reconnaître un nouveau délit nommé. La reconnaissance de chacun de ces délits — sous réserve d'autres développements dans l'instance — peut s'avérer nécessaire, en ce que chacun d'eux peut viser une conduite qui n'est pas visée de façon indépendante par un délit comme celui de batterie, d'infliction intentionnelle d'un trouble émotif, de négligence ou de séquestration. À titre d'exemple, il est possible que l'exposition de tous les faits au procès révèle qu'une personne a réduit une autre personne à l'esclavage sans avoir eu à recourir à la force ou à la violence, simplement en la convainquant qu'elle était sa propriété légitime. De par ses conditions, le recours au travail forcé peut également englober une responsabilité qui

under the criminal law, they would not restore the victim as tort law would.

[248] It is also uncontroversial that each of these torts — again, subject to further development — reflects wrongs being done by one person to another.

[249] Finally, the admission of these torts would not cause unforeseeable or unknowable harm to Canadian law. Both slavery and use of forced labour are widely understood in this country to be illegal and, indeed, morally reprehensible, and liability for such conduct would herald no great shift in expectations.

[250] Nonetheless, for the reasons that follow, we would hold that the attempt to create such nominate torts is doomed to fail.

D. *Slavery and Use of Forced Labour Should Not Be Recognized for the First Time in the Circumstances of This Case*

[251] In our view, proposed torts should not be recognized for the first time in a proceeding based on conduct that occurred in a foreign territory, where the workers in this case had no connection to British Columbia at the time of the alleged torts, and where the British Columbian defendant has only an attenuated connection to the tort.

[252] In general, tortious conduct abroad will not be governed by Canadian law, even where the wrong is litigated before Canadian courts. It is the law of the place of the tort that will, normally, govern (*Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1050). The only exception is when such law is so repugnant to the

perce le voile de la personnalité morale ou qui passe à travers la relation entre mandant et mandataire. De plus, dans la mesure où le droit pénal prévoit d'autres voies de recours non délictuelles, celles-ci ne permettraient pas de remettre la victime dans la situation où elle se trouvait antérieurement comme le droit de la responsabilité civile délictuelle permettrait de le faire.

[248] De plus, nul ne conteste que chacun des délits en question — encore une fois, sous réserve de développements ultérieurs — vise des torts causés par une personne à une autre.

[249] Enfin, le fait d'admettre ces délits ne causerait pas de préjudice imprévisible ou inconnaissable en droit canadien. L'esclavage et le recours au travail forcé sont généralement considérés dans notre pays comme des conduites illégales et, en fait, moralement répréhensibles, et la responsabilité à l'égard de telles conduites n'annoncerait aucun changement majeur dans les attentes.

[250] Néanmoins, pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que la tentative de créer de tels délits nommés est vouée à l'échec.

D. *L'esclavage et le recours au travail forcé ne devraient pas être reconnus pour la première fois dans les circonstances de l'espèce*

[251] À notre avis, les délits proposés ne devraient pas être reconnus pour la première fois dans une instance fondée sur une conduite ayant eu lieu en territoire étranger, alors que les travailleurs en l'espèce n'avaient aucun lien avec la Colombie-Britannique au moment des délits reprochés et où la défenderesse britanno-colombienne n'a qu'un lien ténu avec le délit.

[252] En règle générale, une conduite délictueuse qui a eu lieu à l'étranger ne sera pas régie par le droit canadien, même lorsque la transgression est jugée devant les tribunaux canadiens. C'est le droit du lieu où le délit a été commis qui s'appliquera habituellement (*Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022,

fundamental morality of the Canadian legal system as to lead the court not to apply it (p. 1054).

[253] One of two possibilities may arise when the proceedings in this case continue. It may be that the court finds Eritrean law not so offensive, and proceeds to apply it. In that case, judicial restraint would prevent the courts from recognizing a novel tort in Canadian law, because its application would be moot. Alternatively, if Eritrean law is found to be repugnant, the British Columbia courts would be in the unfortunate position of setting out a position for the first time on these proposed new torts based on conduct that occurred in a foreign state.

[254] There are problems, both practical and institutional, with developing Canadian law based on conduct that occurred in a foreign state.

[255] The practical problem is that the law that is appropriate for regulating a foreign state may not also be law that is appropriate for regulating Canada. It is trite to say that hard cases make bad law. When a case comes through the public policy exception to conflicts of law, it will, almost by definition, be a hard case.

[256] The institutional problem is well expressed by La Forest J. in *Tolofson*, at p. 1052:

> It seems to me self evident, for example, that State A has no business in defining the legal rights and liabilities of citizens of State B in respect of acts in their own country, or for that matter the actions in State B of citizens of State C, and it would lead to unfair and unjust results if it did.

If that is true of legislatures, it is ever the more true for courts. Courts simply must recognize the limits of their institutional competence and the distinct roles of the judiciary vis-à-vis Parliament and the

p. 1050). La seule exception à cette règle est le cas où le droit en question est contraire aux valeurs morales fondamentales du régime juridique canadien au point d'amener le tribunal à ne pas l'appliquer (p. 1054).

[253] Deux scénarios sont possibles lors de la poursuite de la procédure en l'espèce. Il se peut que le tribunal estime que le droit érythréen n'est pas si choquant et entreprenne de l'appliquer. En pareil cas, la retenue judiciaire empêcherait les tribunaux de reconnaître un nouveau délit en droit canadien, parce que son application serait théorique. En revanche, si le droit érythréen est jugé répugnant, les tribunaux de la Colombie-Britannique se trouveraient dans la situation malheureuse d'énoncer pour la première fois une position sur ces nouveaux délits proposés en fonction d'une conduite ayant eu lieu à l'étranger.

[254] L'élaboration de règles de droit canadiennes fondées sur une conduite qui a eu lieu dans un État étranger soulève des problèmes tant pratiques qu'institutionnels.

[255] Le problème pratique réside dans le fait que les règles de droit qui conviennent pour un État étranger ne sont peut-être pas également celles qui conviennent pour le Canada. Il va sans dire que les cas épineux créent de mauvais précédents. Lorsqu'une affaire tombe sous le coup de l'exception d'ordre public au droit international privé, il s'agira presque par définition d'un cas épineux.

[256] Quant au problème institutionnel, le juge La Forest l'explique bien dans l'arrêt *Tolofson*, à la p. 1052 :

> Il me semble aller de soi, par exemple, qu'il n'appartient pas à l'État A de définir les droits et obligations des citoyens de l'État B à l'égard d'actes accomplis dans leur propre pays, ni, quant à cela, les actions accomplies dans l'État B par des citoyens de l'État C, car il s'ensuivrait des résultats inéquitables et injustes si c'était le cas.

Ce qui est vrai dans le cas des législateurs l'est encore plus pour les tribunaux. Les tribunaux doivent simplement reconnaître les limites de leur compétence institutionnelle et le rôle distinct que joue le pouvoir

executive (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paras. 46-47). The judiciary is confined to making incremental changes to the common law, and can only respond to the evidence and argument before it. In contrast, the executive has the resources to study complex matters of state, conduct research, and consult with affected groups and the public. Parliament can do so, too, as well as hearing expert testimony through its committees. While the remedy that a court may order is limited to the question before the court, the executive can craft broad legal and institutional responses to these issues. The executive can create delegated regulatory authority, and implement policy and procedures. Further, whereas courts do not have the jurisdiction or resources to monitor the impact of its decisions, the executive can develop specialized units with a mandate to monitor, make recommendations, implement and, where necessary, adjust a course of action. The domain of foreign relations is, in our view, perhaps the most obvious example of where the executive is competent to act, but where courts lack the institutional competence to do so.

judiciaire par rapport au Parlement et à l'exécutif (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 46-47). Les tribunaux ne peuvent apporter que des changements graduels à la common law, et ils doivent s'en tenir à la preuve et aux arguments qui leur sont présentés. En revanche, l'exécutif dispose des ressources voulues pour étudier des affaires d'État complexes, pour effectuer des recherches et pour consulter les groupes touchés et le public. Le Parlement peut en faire autant, et il peut aussi entendre des témoignages d'experts au moyen de ses comités. Bien que la réparation qu'un tribunal peut ordonner ne puisse porter que sur la question qui lui a été soumise, l'exécutif peut élaborer des réponses juridiques et institutionnelles générales à apporter aux questions en jeu. L'exécutif peut créer des pouvoirs de réglementation délégués et mettre en œuvre des politiques et des procédures. De plus, alors que les tribunaux n'ont ni la compétence ni les ressources pour surveiller les incidences de leurs décisions, l'exécutif peut mettre sur pied des unités spécialisées chargées de surveiller, de faire des recommandations, de mettre en œuvre une ligne de conduite et, au besoin, de modifier celle-ci. Le domaine des relations étrangères est, à notre avis, peut-être l'exemple le plus flagrant d'une situation où l'exécutif est compétent pour agir, mais où les tribunaux n'ont pas la compétence institutionnelle pour le faire.

[257] Lester B. Pearson, in a speech before the Empire Club of Canada and the Canadian Club of Toronto in 1951, spoke about developing foreign policy in Canada ("Canadian Foreign Policy in a Two Power World", *The Empire Club of Canada: Addresses 1950-1951* (1951), 346). Mr. Pearson emphasized the delicacy of foreign relations, which calls for balancing political, economic and geographical considerations and consultation with other nations — a role that courts are not institutionally suited to undertake:

[257] Lester B. Pearson, dans une allocution prononcée en 1951 devant l'Empire Club of Canada et le Canadian Club of Toronto, a traité de l'élaboration de la politique étrangère canadienne (« Canadian Foreign Policy in a Two Power World », *The Empire Club of Canada : Addresses 1950-1951* (1951), 346). M. Pearson a insisté sur le fait que les relations étrangères étaient une question délicate qui commandait la mise en balance des considérations politiques, économiques et géographiques, d'une part, et la consultation d'autres nations, d'autre part — un rôle que les tribunaux ne sont pas institutionnellement faits pour assumer :

The formulation of foreign policy has special difficulties for a country like Canada, which has enough responsibility and power in the world to prevent its isolation

[TRADUCTION] La formulation de la politique étrangère présente des difficultés particulières pour un pays comme le Canada, qui a suffisamment de responsabilités et de

from the consequences of international decisions, but not enough to ensure that its voice will be effective in making those decisions.

Today, furthermore, foreign policy must be made in a world in arms, and in conflict. . . .

. . .

We all agree, however, that we must play our proper part, no less and no more, in the collective security action of the free world, without which we cannot hope to get through the dangerous days ahead. But how do we decide what that proper part is, having regard to our own political, economic and geographical situation? It is certainly not one which can be determined by fixing a mathematical proportion of what some other country is doing. As long as we live in a world of sovereign states, Canada's part has to be determined by ourselves, but this should be done only after consultation with and, if possible, in agreement with our friends and allies. We must be the judge of our international obligations and we must decide how they can best be carried out for Canada . . . . [pp. 349 and 352]

[258] Mr. Pearson's speech was given in the Cold War context, and considered Canada's foreign relations policy vis-à-vis two major world powers. Clearly, the landscape of international relations and Canada's role on the world stage have changed dramatically since 1951. Today, as the political and economic relationships between nations become increasingly complex, Mr. Pearson's message is even more compelling: foreign relations is a delicate matter, which the executive — and not the courts — is equipped to undertake.

[259] Setting out a novel tort in the exceptional circumstance of a foreign state's law being held by the court to be so repugnant to Canadian morality would be an intrusion into the executive's dominion over foreign relations. The courts' role within this

pouvoirs dans le monde pour prévenir son isolement par rapport aux conséquences des décisions internationales, mais qui n'en a pas assez pour s'assurer qu'il pourra vraiment se faire entendre lorsqu'il s'agira de prendre ces décisions.

En outre, de nos jours, la politique étrangère doit se faire dans un monde où règnent les hostilités armées et les conflits. . .

. . .

Nous sommes cependant tous d'accord pour dire que nous devons jouer notre juste rôle, ni plus ni moins, dans l'intervention collective de sécurité du monde libre, sans quoi nous n'avons aucun espoir de survivre aux temps dangereux qui nous attendent. Mais comment décider en quoi consiste ce rôle, compte tenu de notre propre situation politique, économique et géographique? Ce n'est certainement pas un rôle qu'il est possible de déterminer en fixant une proportion mathématique de ce que fait un autre pays. Tant que nous vivrons dans un monde composé d'États souverains, c'est à nous qu'il appartient de décider du rôle que joue le Canada, mais cela ne devrait se faire qu'après avoir consulté nos amis et nos alliés et, si possible, avec leur accord. C'est à nous qu'il incombe de juger de nos obligations internationales et de décider de la meilleure façon de les mettre en œuvre pour le Canada. . . [p. 349 et 352]

[258] Le discours de M. Pearson a été prononcé dans le contexte de la guerre froide et il portait sur la politique en matière de relations extérieures du Canada à l'égard de deux grandes puissances mondiales. De toute évidence, la situation des relations internationales et le rôle du Canada sur la scène internationale ont changé radicalement depuis 1951. De nos jours, alors que les relations politiques et économiques entre les nations deviennent de plus en plus complexes, le message de M. Pearson est encore plus percutant : la question des relations extérieures est un sujet délicat dont l'exécutif — et non les tribunaux — est en mesure de se charger.

[259] Établir un nouveau délit dans la situation exceptionnelle où le tribunal estime que le droit d'un État étranger est aussi contraire aux valeurs morales canadiennes constituerait un empiètement sur la compétence de l'exécutif en matière de relations

country is, primarily, to adjudicate on disputes within Canada, and between Canadian residents. This is the purpose for which the courts have been vested their powers by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Our courts' legitimacy depends on our place within the constitutional architecture of this country; Canadian courts have no legitimacy to write laws to govern matters in Eritrea, or to govern people in Eritrea. Developing Canadian law in order to respond to events in Eritrea is not the proper role of the court: that is a task that ought to be left to the executive, through the conduct of foreign relations, and to the legislatures and Parliament.

[260] In making these observations, we do not question the public policy exception to applying the law indicated by a choice of law exercise. The proper use of that exception, however, is to apply existing Canadian law, which is either the product of legislative enactment or the common law, to situations where applying the foreign law would be repugnant to the consciences of Canadians. That exception should not be used as a back door for the courts to create new law governing the behaviour of the citizens of other states in their home state.

V. Conclusion

[261] This appeal engages fundamental questions of procedure and substance. The majority's approach to the procedural question at the heart of a motion to strike will encourage parties to draft pleadings in a vague and underspecified manner. It offers this lesson: the more nebulous the pleadings and legal theory used to protect them, the more likely they are to survive a motion to strike. This approach will suck much of the utility from the motion to strike. Doomed actions will occupy the superior courtrooms of this country, persisting until the argument collapses at summary judgment or trial. In a moment where courts are struggling to handle the existing

extérieures. Le rôle des tribunaux canadiens consiste principalement à trancher les différends à l'intérieur du Canada et qui opposent des résidents canadiens. C'est à cette fin que les tribunaux se sont vu conférer leurs pouvoirs par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La légitimité de nos tribunaux dépend de la place qu'ils occupent dans l'architecture constitutionnelle du Canada; les tribunaux canadiens n'ont aucune légitimité pour établir des règles de droit régissant des affaires qui se produisent en Érythrée, ou régissant le peuple érythréen. Il n'appartient pas aux tribunaux de faire évoluer le droit canadien pour réagir à des événements qui se produisent en Érythrée; il convient de laisser cette tâche à l'exécutif, dans la conduite des relations extérieures, ainsi qu'aux législatures provinciales et au Parlement.

[260] En formulant ces observations, nous ne remettons pas en question l'exception d'ordre public à l'application du droit désigné par l'opération relative au choix du droit applicable. La bonne façon d'utiliser cette exception consiste toutefois à appliquer le droit canadien existant, qu'il découle d'une loi ou de la common law, à des situations dans lesquelles l'application du droit étranger serait incompatible avec la conscience des Canadiens. Cette exception ne devrait pas être utilisée comme un moyen détourné dont disposeraient les tribunaux pour créer du droit nouveau régissant, dans leur État d'origine, le comportement des citoyens d'autres États.

V. Conclusion

[261] Le présent pourvoi soulève des questions fondamentales de procédure et de fond. L'approche préconisée par les juges majoritaires en ce qui a trait à la question de procédure au cœur d'une requête en radiation aura pour effet d'encourager les parties à rédiger les actes de procédure de manière vague et insuffisamment précise. La leçon à en tirer est la suivante : plus les actes de procédure et la thèse juridique utilisée pour les protéger sont nébuleux, plus les actes de procédure sont susceptibles de résister à une requête en radiation. Cette approche aura pour effet de priver les requêtes en radiation d'une bonne partie de leur utilité. Les actions vouées à

caseload, increasing the load is likely not to facilitate access to justice, but to frustrate it.

[262] In substance, this appeal is about, as much as anything else, maintaining respect for the appropriate role of each order of the Canadian state. The creation of a cause of action for breach of customary international law would require the courts to encroach on the roles of both the legislature (by creating a drastic change in the law and ignoring the doctrine of incrementalism), and the executive (by wading into the realm of foreign affairs).

[263] It is not up to the Court to ignore the foundations of customary international law, which prohibits certain state conduct, in order to create a cause of action against private parties. Rather, it would be up to Parliament to create a statutory cause of action. And, where an issue has consequences for foreign relations, the executive, not courts, is institutionally competent to decide questions of policy. Fundamentally, it is this understanding and respect for the institutional competence of each order of the state that underlies the proper functioning of the domestic and international order.

[264] A final word. The implications of the majority's reasons should be comprehended. On the majority's approach to determining what norms of customary international law may exist, generalist judges will be called upon to determine the practices of foreign states and the bases for those practices without hearing evidence from either party. They are to make these determinations aided only by lawyers, who themselves will rarely be experts in this field. The judiciary is institutionally ill-suited to make such determinations.

l'échec occuperont les salles d'audience des cours supérieures de notre pays, et subsisteront jusqu'à ce que l'argument s'effondre à l'étape du jugement sommaire ou au procès. À une époque où les tribunaux déploient des efforts considérables pour venir à bout du volume de dossiers en cours, augmenter ce volume est susceptible non pas de faciliter l'accès à la justice, mais bien d'empêcher cet accès.

[262] En substance, le présent pourvoi vise, entre autres choses, à assurer le respect du rôle dévolu à chaque ordre de l'État canadien. La création d'une cause d'action pour violation du droit international coutumier obligerait les tribunaux à empiéter à la fois sur le rôle réservé au législateur (en modifiant radicalement le droit et en faisant fi de la théorie du gradualisme) et sur celui réservé à l'exécutif (en s'immisçant dans le domaine des affaires extérieures).

[263] Il n'appartient pas à la Cour de faire abstraction des fondements du droit international coutumier, qui interdit certaines conduites de l'État, dans le but de créer une cause d'action contre des parties privées. Il reviendrait plutôt au Parlement de créer une cause d'action légale. De plus, lorsqu'une question a des répercussions sur les relations extérieures, c'est l'exécutif, et non les tribunaux, qui a la compétence institutionnelle pour décider des questions de politique générale. Fondamentalement, c'est cette compréhension et ce respect de la compétence institutionnelle de chaque ordre de l'État qui sont à la base du bon fonctionnement tant de l'ordre national que de l'ordre international.

[264] Un dernier mot. Les motifs des juges majoritaires ont des implications qu'il convient de comprendre. Eu égard à l'approche que préconisent les juges majoritaires pour déterminer quelles normes de droit international coutumier peuvent exister, les juges généralistes seront appelés à déterminer les pratiques des États étrangers et les fondements de ces pratiques sans entendre les témoignages des parties. Ils devront prendre ces décisions en recourant seulement à l'aide des avocats qui, eux-mêmes, sont rarement des spécialistes dans ce domaine. Les tribunaux ne sont pas institutionnellement faits pour prendre de telles décisions.

[265] The result, we fear, will be instability. In international law, on the majority's approach, Canadian courts will, perhaps on the word of a single law professor, be empowered to declare what the states of the world have through their practices agreed upon. And this uncertainty will redound upon the law of this country. The line of reasoning set out in this judgment departs from foundational principles of judicial law-making in tort law, and there is no reason to believe that Canadian courts will in the future be any more restrained with their use of international law. So fundamental a remaking of the laws of this country is not for the courts. This, ultimately, is where we part ways with the majority.

[265] Nous craignons qu'il en résulte de l'instabilité. En droit international, selon l'approche préconisée par les juges majoritaires, les tribunaux canadiens pourront, peut-être sur la foi d'un seul professeur de droit, déclarer ce dont, par leurs pratiques, les États du monde ont convenu. Et cette incertitude rejaillira sur le droit de notre pays. Le raisonnement exposé dans le présent jugement s'écarte des principes fondamentaux de la fonction judiciaire d'élaboration du droit en matière de responsabilité délictuelle, et rien ne permet de croire que les tribunaux canadiens disposeront à l'avenir d'une marge de manœuvre plus restreinte dans leur utilisation du droit international. Il n'appartient pas aux tribunaux de refaire de façon aussi fondamentale les règles de droit de notre pays. C'est, en définitive, sur ce point que nous divergeons d'opinion avec les juges majoritaires.

[266] For these reasons, we would allow the appeal in part and strike the paragraphs of the workers' claim related to causes of action arising from customary international law norms, with costs to Nevsun in this Court and in the courts below.

[266] Pour ces motifs, nous accueillerions le pourvoi en partie et nous radierions les paragraphes de la demande des travailleurs qui se rapportent à des causes d'action découlant du droit international coutumier, le tout avec dépens en faveur de Nevsun devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

CÔTÉ J. (dissenting) —

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Introduction

I. Introduction

[267] My main point of departure from the analysis of my colleague, Abella J., concerns the existence and applicability of the act of state doctrine, or some other rule of non-justiciability barring the respondents' claims. As for the reasons of Brown and Rowe JJ. concerning the respondents' claims inspired by customary international law, while I agree with their analysis and conclusion, I wish to briefly stress a few points on that issue before addressing the act of state doctrine.

[267] Le point principal sur lequel je me dissocie de l'analyse de ma collègue, la juge Abella, concerne l'existence et l'applicabilité de la doctrine de l'acte de gouvernement, ou d'une quelconque autre règle de non-justiciabilité faisant obstacle aux réclamations des intimés. En ce qui a trait aux motifs des juges Brown et Rowe concernant les réclamations des intimés inspirées du droit international coutumier, bien que je souscrive à leur analyse et à leur conclusion, je souhaite faire quelques brèves remarques sur cette question avant de traiter de la doctrine de l'acte de gouvernement.

II. Claims Inspired by Customary International Law

[268] On this first issue, I must emphasize that the extension of customary international law to corporations represents a significant departure in this area of the law.

[269] The question posed to this Court is not whether corporations are "immune" from liability under customary international law (Abella J.'s reasons, at para. 104), but whether customary international law extends the scope of liability for violation of the norms at issue to corporations: *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2nd Cir. 2010), at p. 120, aff'd on other grounds, 569 U.S. 108 (2013). While my colleague recites the rigorous requirements for establishing a norm of customary international law (paras. 77-78), when it comes to actually analyzing whether international human rights law applies to corporations, she does not engage in the descriptive inquiry into whether there is a sufficiently widespread, representative and consistent state practice. Instead, she relies on normative arguments about why customary international law ought to apply to corporations: see paras. 104-13. A court cannot abandon the test for international custom in order to recast international law into a form more compatible with its own preferences:

> As Professor Dworkin demonstrated in *Law's Empire* (1986), the ordering of competing principles according to the importance of the values which they embody is a basic technique of adjudication. But the same approach cannot be adopted in international law, which is based upon the common consent of nations. It is not for a national court to "develop" international law by unilaterally adopting a version of that law which, however desirable, forward-looking and reflective of values it may be, is simply not accepted by other states.
>
> (*Jones v. Ministry of Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270, at p. 298, per Lord Hoffmann)

II. Réclamations inspirées du droit international coutumier

[268] Sur cette première question, je dois souligner que l'élargissement du droit international coutumier de manière à ce qu'il s'applique aux corporations constitue un écart majeur dans ce domaine du droit.

[269] La question soumise à la Cour n'est pas de savoir si les corporations sont « à l'abri » de toute responsabilité au regard du droit international coutumier (motifs de la juge Abella, par. 104), mais plutôt de savoir si le droit international coutumier élargit la portée de la responsabilité pour violation des normes dont il est question aux corporations : *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2nd Cir. 2010), p. 120, conf. pour d'autres motifs, 569 U.S. 108 (2013). Bien que ma collègue fasse état des exigences rigoureuses pour qu'une norme de droit international coutumier soit établie (par. 77-78), lorsque vient le temps d'analyser la question de l'application du droit international des droits de la personne aux corporations, elle ne procède pas à l'examen descriptif quant à savoir si la pratique de l'État est suffisamment répandue, représentative et uniforme. Elle se fonde plutôt sur des arguments normatifs concernant les raisons pour lesquelles le droit international coutumier devrait s'appliquer aux corporations : voir par. 104-113. Un tribunal ne peut abandonner le test relatif aux coutumes internationales afin de reformuler le droit international pour le rendre plus compatible avec ses propres préférences :

> [TRADUCTION] Comme l'a démontré le professeur Dworkin dans *Law's Empire* (1986), l'organisation de principes concurrents en fonction de l'importance des valeurs qu'ils incarnent est une technique de base du processus décisionnel. Cependant, on ne peut adopter la même approche en droit international, lequel repose sur le consentement universel des nations. Il n'appartient pas à un tribunal national de « faire évoluer » le droit international en adoptant de façon unilatérale une version de ces règles qui, aussi souhaitable, avant-gardiste et fidèle aux valeurs qu'elle puisse être, n'est tout simplement pas acceptée par les autres États.
>
> (*Jones c. Ministry of Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270, p. 298, lord Hoffmann)

My colleague is indeed correct that international law "does move" (para. 106), but it moves only so far as state practice will allow. The widespread, representative and consistent state practice and *opinio juris* required to establish a customary rule do not presently exist to support the proposition that international human rights norms have horizontal application between individuals and corporations: J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9th ed. 2019), at pp. 102 and 607.

Ma collègue a effectivement raison de dire que le droit international évolue (par. 106), mais il n'évolue que dans la mesure où le permet la pratique des États. La pratique étatique répandue, représentative et uniforme et l'*opinio juris*, qui sont les conditions à respecter pour établir une règle coutumière, n'existent pas en l'espèce pour étayer la proposition voulant que les normes internationales relatives aux droits de la personne s'appliquent horizontalement entre les individus et les corporations : J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9e éd. 2019), p. 102 et 607.

III. Act of State Doctrine

[270] Turning to the issue of the act of state doctrine, this is not a conflict of laws case. This Court is not being asked to determine whether the courts of British Columbia have jurisdiction over the parties, whether a court of another jurisdiction is a more appropriate forum to hear the dispute, whether the law of another jurisdiction should be applied or what the content of that foreign law happens to be.

[271] Rather, we must decide whether the respondents' claims are amenable to adjudication by courts within Canada's domestic legal order or whether they are allocated to the plane of international affairs for resolution in accordance with the principles of public international law and diplomacy. In my view, the respondents' claims, as pleaded, fall within this latter category. Accordingly, I would allow the appeal and dismiss the respondents' claims in their entirety, as they are not justiciable.

[272] In the reasons that follow, I begin by outlining two distinct branches within the act of state doctrine. I conclude that our choice of law jurisprudence does indeed play a similar role to that of certain aspects of the act of state doctrine. However, I also conclude that the act of state doctrine includes a second branch distinct from choice of law which renders some claims non-justiciable. This branch of the doctrine bars the adjudication of civil actions

III. Doctrine de l'acte de gouvernement

[270] Pour ce qui est de la question de la doctrine de l'acte de gouvernement, il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire de conflit de lois. La Cour n'est pas appelée à déterminer si les tribunaux de la Colombie-Britannique ont compétence sur les parties, si le tribunal d'une autre juridiction constitue un ressort plus approprié pour instruire le litige, si le droit d'une autre juridiction doit s'appliquer ou encore le contenu du droit étranger qui se trouverait ainsi à s'appliquer.

[271] Nous devons plutôt décider si les réclamations des intimés peuvent être tranchées par les tribunaux faisant partie de l'ordre juridique interne du Canada, ou si elles entrent dans la catégorie des affaires internationales devant être tranchées selon les principes du droit international public et de la diplomatie. J'estime que les réclamations des intimés, telles qu'elles ont été présentées, relèvent de cette dernière catégorie. Je serais donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter les réclamations des intimés dans leur intégralité puisqu'elles ne sont pas justiciables.

[272] Dans les motifs qui suivent, je commence par énoncer les deux volets distincts de la doctrine de l'acte de gouvernement. Je conclus que la jurisprudence relative au choix de la loi applicable joue effectivement un rôle semblable, à certains égards, à celui de la doctrine de l'acte de gouvernement. Toutefois, je conclus aussi que la doctrine de l'acte de gouvernement comprend un deuxième volet distinct du choix de la loi applicable qui rend certaines

which have their foundation in allegations that a foreign state has violated public international law.

[273] Next, I discuss how the doctrine of justiciability and the constitutional separation of powers explain why a Canadian court may not entertain a civil claim between private parties where the outcome depends on a finding that a foreign state violated international law. Finally, I apply the doctrine of justiciability to the respondents' claims, ultimately finding that they are not justiciable, because they require a determination that Eritrea has committed an internationally wrongful act.

A. *Substantive Foundations of the Act of State Doctrine*

[274] Whether a national court is competent to adjudicate upon the lawfulness of sovereign acts of a foreign state is a question that has many dimensions. As the United Kingdom Supreme Court explained in *Belhaj v. Straw*, [2017] UKSC 3, [2017] A.C. 964, the act of state doctrine can be disaggregated into an array of categories: para. 35, per Lord Mance; paras. 121-22, per Lord Neuberger; paras. 225-38, per Lord Sumption.

[275] My colleague holds that the act of state doctrine, and all of its animating principles, have been completely subsumed by the Canadian choice of law and judicial restraint jurisprudence. With respect, I am unable to agree with her approach. There is another distinct, though complementary, dimension of the act of state doctrine in addition to the choice of law dimension. Claims founded upon a foreign state's alleged breach of international law raise a unique issue of justiciability which is not addressed in my colleague's reasons.

[276] Whether this dimension is referred to as a branch of the act of state doctrine or as a specific application of the more general doctrine of justiciability, the Canadian jurisprudence leads to the

réclamations non justiciables. Ce volet de la doctrine empêche que soient jugées des actions civiles reposant sur des allégations voulant qu'un État étranger ait violé le droit international public.

[273] J'explique ensuite pourquoi la doctrine de la justiciabilité et la séparation constitutionnelle des pouvoirs font en sorte qu'un tribunal canadien ne puisse instruire une action civile entre des parties privées lorsque l'issue dépend d'une conclusion à l'effet qu'un État étranger a violé le droit international. Enfin, j'applique la doctrine de la justiciabilité aux réclamations des intimés, et je conclus ultimement qu'elles ne sont pas justiciables, parce qu'elles requièrent qu'il soit conclu que l'Érythrée a commis un acte illicite à l'échelle internationale.

A. *Fondements de la doctrine de l'acte de gouvernement*

[274] La question de savoir si un tribunal national est compétent pour juger de la légalité des actes souverains d'un État étranger comporte plusieurs aspects. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'arrêt *Belhaj c. Straw*, [2017] UKSC 3, [2017] A.C. 964, la doctrine de l'acte de gouvernement peut être disséquée en un éventail de catégories : par. 35, lord Mance; par. 121-122, lord Neuberger; par. 225-238, lord Sumption.

[275] Selon ma collègue, la doctrine de l'acte de gouvernement, et tous les principes qui la sous-tendent, ont été complètement subsumés dans la jurisprudence canadienne relative au choix de la loi applicable et à la retenue judiciaire. Avec égards, je ne puis souscrire à son approche. Il existe un autre aspect distinct, bien que complémentaire, de la doctrine de l'acte de gouvernement en plus de l'aspect relatif au choix de la loi applicable. Les réclamations fondées sur une violation du droit international qu'aurait commise un État étranger soulèvent une question unique de justiciabilité qui n'est pas abordée dans les motifs de ma collègue.

[276] Que cet aspect soit qualifié de volet de la doctrine de l'acte de gouvernement ou considéré comme une application précise de la doctrine plus générale de la justiciabilité, la jurisprudence canadienne mène

conclusion that some claims are not justiciable, because adjudicating them would impermissibly interfere with the conduct by the executive of Canada's international relations.

[277] I pause to note that the distinction between the non-justiciability and choice of law branches does not exhaust the "array of categories" within the act of state doctrine. Rather, I prefer to consider the doctrine along two axes: (1) unlawfulness under the foreign state's domestic law, as opposed to unlawfulness under international law; and (2) the choice of law branch, as opposed to the non-justiciability branch, of the doctrine. These two axes are interrelated. As I explain below, there are choice of law rules that apply to a court's review of alleged unlawfulness under the foreign state's domestic law and under international law. There are also rules of non-justiciability which address unlawfulness under the foreign state's domestic law and unlawfulness under international law. The discussion that follows is not intended to be comprehensive, as my aim is simply to demonstrate that the issue before this Court is whether a domestic court is competent to adjudicate claims based on a foreign state's violations of international law under the non-justiciability branch of the doctrine.

[278] I turn now to the underlying rationale for drawing a distinction between the respective branches of the act of state doctrine.

(1) Choice of Law Branch of the Act of State Doctrine

[279] The choice of law branch of the act of state doctrine establishes a general rule that a foreign state's domestic law — or "municipal law" — will be recognized and normally accepted as valid and effective: *Belhaj*, at paras. 35 and 121-22. In England, the effect of this principle is that English courts will not adjudicate on the lawfulness or validity of sovereign acts performed by a state under its own laws:

à conclure que certaines réclamations ne sont pas justiciables, parce que le fait de se prononcer sur celles-ci constituerait une ingérence inadmissible dans la conduite par l'exécutif des relations internationales du Canada.

[277] J'ouvre ici une parenthèse pour souligner que la distinction entre les volets relatifs à la non-justiciabilité et au choix de la loi applicable n'épuise pas l'« éventail de catégories » au sein de la doctrine de l'acte de gouvernement. Je préfère plutôt considérer la doctrine selon deux axes : (1) le caractère illégal au regard du droit interne de l'État étranger, par opposition au caractère illégal au regard du droit international; et (2) le volet relatif au choix de la loi applicable, par opposition au volet relatif à la non-justiciabilité de la doctrine. Ces deux axes sont étroitement liés. Comme je l'explique plus loin, il existe des règles relatives au choix de la loi applicable qui s'appliquent à l'examen par un tribunal d'une allégation d'illégalité en vertu du droit interne d'un État étranger et en vertu du droit international. Il existe aussi des règles de non-justiciabilité qui portent sur l'illégalité au regard du droit interne d'un État étranger et au regard du droit international. L'analyse qui suit ne se veut pas exhaustive, mon objectif étant simplement de démontrer que la Cour est appelée à décider si, au regard du volet relatif à la non-justiciabilité de la doctrine, un tribunal national est compétent pour statuer sur des actions fondées sur des violations du droit international commises par un État étranger.

[278] J'aborde maintenant la raison d'être de la distinction entre les différents volets de la doctrine de l'acte de gouvernement.

(1) Volet relatif au choix de la loi applicable de la doctrine de l'acte de gouvernement

[279] Le volet de la doctrine de l'acte de gouvernement relatif au choix de la loi applicable établit la règle générale voulant que le droit interne d'un État étranger — ou « droit municipal » — sera reconnu et habituellement accepté comme valide et exécutoire : *Belhaj*, par. 35 et 121-122. En Angleterre, ce principe fait en sorte que les tribunaux anglais ne se prononceront pas sur la légalité ou la validité

Johnstone v. Pedlar, [1921] 2 A.C. 262, at p. 290 (H.L.). This branch is focused on whether an English court should give effect to a foreign state's municipal law.

[280] There are exceptions to this general rule. The act of state doctrine gives way to the "well-established exception in private international law of public policy": C. McLachlan, *Foreign Relations Law* (2014), at para. 12.157. For example, in *Oppenheimer v. Cattermole*, [1976] A.C. 249, the House of Lords refused to apply a Nazi-era law depriving Jews of their citizenship and property: pp. 277-78. Lord Cross reasoned that "it is part of the public policy of this country that our courts should give effect to clearly established rules of international law", and that the Nazi decree was "so grave an infringement of human rights that the courts of this country ought to refuse to recognise it as a law at all": p. 278. The House of Lords reiterated this principle in *Kuwait Airways Corpn. v. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)*, [2002] UKHL 19, [2002] 2 A.C. 883, holding that the domestic law of a foreign state could be disregarded if it constitutes a serious violation of international law. Iraq had issued a decree expropriating aircrafts of the Kuwait Airways Corporation which were then in Iraq. The House of Lords held that the Iraqi decree was a clear violation of international law and that the English courts were therefore at liberty to refuse to recognize it on grounds of public policy. This shows how international law informs the public policy exception of the choice of law branch.

[281] In Canada, similar principles are reflected in this Court's choice of law jurisprudence. In *Laane and Baltser v. Estonian State Cargo & Passenger s.s. Line*, [1949] S.C.R. 530, this Court declined to give effect to a 1940 decree of the Estonian Soviet Socialist Republic that purported to nationalize all Estonian merchant vessels and also purported to have extraterritorial effect. The appeal was decided on the principle that a domestic court will not give

des actes souverains d'un État qui a agi en vertu de ses propres lois : *Johnstone c. Pedlar*, [1921] 2 A.C. 262, p. 290 (H.L.). Ce volet est axé sur la question de savoir si un tribunal anglais devrait donner effet au droit municipal d'un État étranger.

[280] Il existe des exceptions à cette règle générale. La doctrine de l'acte de gouvernement cède le pas devant [TRADUCTION] l'« exception relative à l'ordre public, bien établie en droit international privé » : C. McLachlan, *Foreign Relations Law* (2014), par. 12.157. Par exemple, dans l'arrêt *Oppenheimer c. Cattermole*, [1976] A.C. 249, la Chambre des lords a refusé d'appliquer une loi datant de l'époque nazie qui privait les Juifs de leur citoyenneté et les dépossédait de leurs biens : p. 277-278. Lord Cross fut d'avis que [TRADUCTION] « cela fait partie de l'ordre public de ce pays que nos tribunaux donnent effet aux règles de droit international clairement établies » et que le décret nazi constituait « une violation si grave des droits de la personne que les tribunaux de notre pays devaient tout simplement refuser de le reconnaître en tant que loi » : p. 278. La Chambre des lords a réitéré ce principe dans l'arrêt *Kuwait Airways Corpn. c. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)*, [2002] UKHL 19, [2002] 2 A.C. 883, concluant que le droit national d'un État étranger peut être ignoré s'il constitue une violation grave du droit international. L'Iraq avait prononcé un décret d'expropriation des avions de la Kuwait Airways Corporation qui se trouvaient alors sur son territoire. La Chambre des lords a conclu que le décret iraquien constituait de toute évidence une violation du droit international et que les tribunaux anglais pouvaient donc refuser de le reconnaître pour des raisons d'ordre public. Cela démontre comment le droit international vient préciser l'exception relative à l'ordre public du volet relatif au choix de la loi applicable.

[281] Au Canada, des principes semblables ressortent de la jurisprudence de notre Cour sur le choix de la loi applicable. Dans l'arrêt *Laane and Baltser c. Estonian State Cargo & Passenger s.s. Line*, [1949] R.C.S. 530, la Cour a refusé de donner effet à un décret adopté en 1940 par la République socialiste soviétique d'Estonie visant la nationalisation de tous les navires marchands estoniens, et devant avoir une portée extraterritoriale. L'appel fut décidé sur

effect to foreign public laws that purport to have extraterritorial effect: see p. 538, per Rinfret C.J.; p. 542, per Kerwin J.; p. 547, per Rand J.; pp. 547-51, per Kellock J. However, Rand J. would also have held that, irrespective of the decree's extraterritorial scope, there is a "general principle that no state will apply a law of another which offends against some fundamental morality or public policy": p. 545. I note that no act of state issue actually arose on the facts of that case, as the domestic law branch of the act of state doctrine applies only to acts carried out in the foreign state's territory: see, e.g., *Belhaj*, at paras. 229 and 234, per Lord Sumption. Therefore, it is unsurprising that "[n]o act of state concerns about Estonia's sovereignty or non-interference in its affairs were even raised by the Court": Abella J.'s reasons, at para. 46.

le principe qu'un tribunal national ne peut donner effet à des lois publiques étrangères visant à avoir un effet extraterritorial : voir p. 538, le juge en chef Rinfret; p. 542, le juge Kerwin; p. 547, le juge Rand; et p. 547-551, le juge Kellock. Toutefois, indépendamment de la portée extraterritoriale du décret, le juge Rand aurait également conclu qu'il est un [TRADUCTION] « principe général qu'aucun État ne peut appliquer une loi d'un autre État qui va à l'encontre de certaines valeurs morales fondamentales ou de l'ordre public » : p. 545. Je remarque que la question de l'acte de gouvernement ne s'est pas posée au regard des faits dans cette affaire, car le volet de droit interne de la doctrine de l'acte de gouvernement ne s'applique qu'aux actes accomplis sur le territoire de l'État étranger : voir, p. ex., *Belhaj*, par. 229 et 234, lord Sumption. Il n'est donc pas surprenant que la Cour n'ait soulevé « aucune préoccupation relative à l'acte de gouvernement concernant la souveraineté de l'Estonie ou la non-ingérence dans les affaires de celle-ci » : motifs de la juge Abella, par. 46.

[282] In another English case, *Buck v. Attorney General*, [1965] 1 All E.R. 882 (C.A.), the plaintiffs sought a declaration that the constitution of Sierra Leone was invalid. Lord Harman held that an English court could not make a declaration that impugned the validity of the constitution of a foreign state: p. 885. Lord Diplock reasoned that the claim had to be dismissed because the issue of the validity of the foreign law did not arise incidentally:

[282] Dans une autre décision anglaise, *Buck c. Attorney General*, [1965] 1 All E.R. 882 (C.A.), les demandeurs sollicitaient un jugement déclarant que la constitution de la Sierra Leone était invalide. Lord Harman a conclu qu'un tribunal anglais ne pouvait rendre un jugement déclaratoire attaquant la validité de la constitution d'un État étranger : p. 885. Quant à lord Diplock, il a conclu que l'action devait être rejetée parce que la question de la validité de la loi étrangère ne se posait pas seulement de façon accessoire :

> The only subject-matter of this appeal is an issue as to the validity of a law of a foreign independent sovereign state, in fact, the basic law prescribing its constitution. The validity of this law does not come in question incidentally in proceedings in which the High Court has undoubted jurisdiction as, for instance, the validity of a foreign law might come in question incidentally in an action on a contract to be performed abroad. The validity of the foreign law is what this appeal is about; it is nothing else. That is a subject-matter over which the English courts, in my view, have no jurisdiction. [pp. 886-87]

> [TRADUCTION] Le seul objet du présent pourvoi est une question relative à la validité d'une loi d'un État étranger souverain et indépendant, en fait, de la loi fondamentale qui en prescrit la constitution. La validité de cette loi n'est pas mise en doute accessoirement dans des procédures à l'égard desquelles la Haute Cour est indubitablement compétente étant donné, par exemple, que la validité d'une loi étrangère pourrait être mise en doute accessoirement dans une action relative à un contrat devant être exécuté à l'étranger. La validité de la loi étrangère est ce dont il est exclusivement question dans le présent pourvoi. À mon avis, il s'agit là d'un sujet sur lequel les tribunaux anglais n'ont pas compétence. [p. 886-887]

[283] While the facts of *Buck* fall within the non-justiciability branch, the effect of Lord Diplock's reasoning is that the act of state doctrine does not prevent a court from examining the validity of a foreign law if the court is obliged to determine the content of the foreign law as a choice of law issue. As Professor McLachlan points out, any other approach could lead to perverse results, because a court applying foreign law must apply the law as it would have been applied in the foreign jurisdiction: McLachlan, at para. 12.139.

[284] In this regard, too, this Court reached a similar result in *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289. The issue in it was whether British Columbia's superior court could rule on the constitutionality of a Quebec statute which prohibited the removal from Quebec of business documents required for judicial processes outside Quebec. This Court approached the question as one of conflict of laws, observing that there was no reason why a court should never be able to rule on the constitutionality of another province's legislation. Ultimately, this Court held that a provincial superior court has jurisdiction to make findings respecting the constitutionality of a statute enacted by the legislature of another province if this issue arises incidentally in litigation before it. The constitutionality of the Quebec statute was not foundational to the claim advanced in the British Columbia courts. Rather, it arose in the discovery process in the context of the parties' obligation to disclose relevant documents, some of which were in Quebec. Therefore, the constitutionality of the statute could properly be considered in the choice of law analysis. Of course, because the facts of that case gave rise to an issue involving the British Columbia courts and Quebec legislation, it is, again, unsurprising that this Court "made no reference to act of state": Abella J.'s reasons, at para. 48.

[283] Bien que les faits de l'affaire *Buck* relèvent du volet relatif à la non-justiciabilité, le raisonnement de lord Diplock a pour effet que la doctrine de l'acte de gouvernement n'empêche pas les tribunaux d'examiner la validité d'une loi étrangère s'ils doivent déterminer le contenu de celle-ci dans le contexte du choix de la loi applicable. Comme le souligne le professeur McLachlan, toute autre approche pourrait donner lieu à des résultats pervers, parce que le tribunal qui applique les lois étrangères doit les appliquer de la même façon qu'elles l'auraient été dans l'État étranger : McLachlan, par. 12.139.

[284] À cet égard, la Cour est encore une fois arrivée à une conclusion semblable dans l'arrêt *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289. La question était celle de savoir si la cour supérieure de la Colombie-Britannique pouvait statuer sur la constitutionnalité d'une loi québécoise, qui interdisait de sortir du Québec des documents d'entreprise exigés dans le cadre d'une instance se déroulant à l'extérieur de la province. La Cour a traité la question comme une question de conflit de lois, faisant remarquer qu'il n'existait aucune raison justifiant qu'un tribunal ne puisse jamais statuer sur la constitutionnalité d'une loi d'une autre province. La Cour a finalement conclu que les cours supérieures provinciales sont compétentes pour statuer sur la constitutionnalité d'une loi adoptée par la législature d'une autre province si la question est accessoire au litige dont elles sont saisies. La constitutionnalité de la loi québécoise ne constituait pas le fondement de l'action introduite devant les tribunaux de la Colombie-Britannique. La question s'est plutôt posée à l'occasion du processus de communication préalable de la preuve dans le cadre de l'obligation des parties de communiquer les documents pertinents, dont certains se trouvaient au Québec. Par conséquent, la constitutionnalité de la loi pouvait être considérée à juste titre dans le cadre de l'analyse du choix de la loi applicable. Évidemment, comme les faits de cette affaire soulevaient une question mettant en cause les tribunaux de la Colombie-Britannique et une loi du Québec, il n'est pas surprenant que la Cour n'ait « fait aucune mention d'un acte de gouvernement » : motifs de la juge Abella, par. 48.

[285] Nonetheless, based on this comparative review of the case law, it appears that this Court's choice of law jurisprudence leads to the same result as the choice of law branch of the English act of state doctrine: see McLachlan, at paras. 12.24 and 12.126-12.167. To this extent, I agree with Abella J. that that jurisprudence plays a similar role to that of the choice of law branch of the act of state doctrine in the context of alleged unlawfulness under foreign domestic and international law: paras. 44-57. However, this is not true as regards the non-justiciability branch as applied to alleged violations of international law.

[285] Cela étant dit, il ressort de cet examen comparatif de la jurisprudence que les décisions en matière de choix de la loi applicable rendues par notre Cour mènent au même résultat que le volet relatif au choix de la loi applicable de la doctrine anglaise de l'acte de gouvernement : voir McLachlan, par. 12.24 et 12.126-12.167. Dans cette mesure, je suis d'accord avec la juge Abella pour dire que cette jurisprudence joue un rôle semblable à celui du volet relatif au choix de la loi applicable de la doctrine de l'acte de gouvernement dans le contexte des allégations d'actes illégaux au regard du droit national étranger et du droit international : par. 44-57. Or, on ne peut dire la même chose concernant le volet relatif à la non-justiciabilité, lorsqu'on l'applique à des violations alléguées du droit international.

(2) Non-justiciability Branch of the Act of State Doctrine

(2) Volet relatif à la non-justiciabilité de la doctrine de l'acte de gouvernement

[286] The non-justiciability branch of the doctrine is concerned with judicial abstention from adjudicating upon the lawfulness of actions of foreign states: see *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer (No. 3)*, [1982] A.C. 888 (H.L.), at p. 931; McLachlan, at paras. 12.168 and 12.177-12.178. As I explain below, a court should not entertain a claim, even one between private parties, if a central issue is whether a foreign state has violated its obligations under international law.

[286] Le volet relatif à la non-justiciabilité de la doctrine a trait à l'abstention des tribunaux de se prononcer sur la légalité des actions d'un État étranger : voir *Buttes Gas and Oil Co. c. Hammer (No. 3)*, [1982] A.C. 888 (H.L.), p. 931; McLachlan, par. 12.168 et 12.177-12.178. Comme je l'explique plus loin, un tribunal ne devrait pas instruire une demande, même si elle oppose des parties privées, si la question centrale est de déterminer si l'État étranger a violé ses obligations en vertu du droit international.

[287] *Blad v. Bamfield* (1674), 3 Swans. 604, 36 E.R. 992, may be the earliest case regarding this branch of the act of state doctrine. A Danish man, Blad, had seized property of English subjects (including Bamfield) in Iceland on the authority of letters patent granted by the King of Denmark. Blad was sued in England for this allegedly unlawful act. He sought an injunction to restrain the proceeding. In the High Court of Chancery, Lord Nottingham entered a stay of the proceeding against Blad because the English subjects' defence against the injunction was premised on a finding that the Danish letters patent were inconsistent with articles of peace between England and Denmark. Lord Nottingham reasoned that a misinterpretation of the articles of peace "may be the unhappy occasion of a war" (p. 606), and that

[287] L'arrêt *Blad c. Bamfield* (1674), 3 Swans. 604, 36 E.R. 992, est peut-être la première décision qui aborde ce volet de la doctrine de l'acte de gouvernement. M. Blad, un Danois, avait saisi les biens que des sujets anglais (dont M. Bamfield) possédaient en Islande, invoquant des lettres patentes accordées par le roi du Danemark. M. Blad a été poursuivi en Angleterre pour cet acte prétendument illégal. Il a sollicité une injonction afin d'empêcher la poursuite. En Haute Cour de chancellerie, Lord Nottingham a ordonné l'arrêt de la poursuite intentée contre M. Blad au motif que la défense opposée par les sujets anglais à la demande d'injonction reposait sur la conclusion que les lettres patentes danoises allaient à l'encontre du traité de paix intervenu entre l'Angleterre et le Danemark. Lord Nottingham a

it would be "monstrous and absurd" (p. 607) to have a domestic court decide the question of the legality of the Danish letters patent, the meaning of the articles of peace or the question of whether the English had a right to trade in Iceland.

jugé qu'une mauvaise interprétation du traité [TRADUCTION] « pouvait devenir un motif malheureux de guerre » (p. 606), et qu'il serait « odieux et absurde » (p. 607) qu'un tribunal national décide de la légalité des lettres patentes danoises, du sens du traité de paix ou encore de la question de savoir si les Anglais avaient le droit de faire du commerce en Islande.

[288] Another early case on the act of state doctrine is *Duke of Brunswick v. King of Hanover* (1848), 2 H.L.C. 1, 9 E.R. 993. Revolutionaries in the German duchy of Brunswick overthrew the reigning Duke, Charles, in 1830. The King of Hanover deposed Charles in favour of Charles' brother, William, and placed Charles' assets under the guardianship of the Duke of Cambridge. Charles brought an action in which he sought an accounting for the property of which he had been deprived. In the House of Lords, Lord Chancellor Cottenham reasoned that the action was not concerned with determining private rights as between individuals but, rather, concerned an allegation that the King of Hanover had acted contrary to the "laws and duties and rights and powers of a Sovereign exercising sovereign authority": p. 1000. This led the Lord Chancellor to conclude that the English courts cannot "entertain questions to bring Sovereigns to account for their acts done in their sovereign capacities abroad": p. 1000.

[288] Une autre décision ancienne sur la doctrine de l'acte de gouvernement est l'arrêt *Duke of Brunswick c. King of Hanover* (1848), 2 H.L.C. 1, 9 E.R. 993. L'affaire concerne des révolutionnaires du duché allemand de Brunswick qui, en 1830, ont renversé le duc régnant, Charles. Le roi de Hanovre a destitué Charles de son trône, l'a remplacé par le frère de Charles, William, et a confié la gestion des biens de Charles au duc de Cambridge. Charles a demandé une reddition de comptes relativement aux biens dont il avait été dépossédé. À la Chambre des lords, le lord chancelier Cottenham a conclu que l'action ne visait pas à statuer sur les droits privés des parties, mais portait plutôt sur une allégation selon laquelle le roi de Hanovre aurait agi en contravention des [TRADUCTION] « lois, obligations, droits et pouvoirs d'un Souverain exerçant son autorité souveraine » : p. 1000. Cela a mené le lord chancelier à conclure que les tribunaux anglais ne peuvent « instruire une affaire dans laquelle un Souverain devrait répondre des actes qu'il a commis à l'étranger dans l'exercice de ses pouvoirs souverains » : p. 1000.

[289] The leading case on the non-justiciability branch is *Buttes Gas*. The Occidental Petroleum Corporation and Buttes Gas and Oil Co. held competing concessions to exploit disputed oil reserves near an island in the Arabian Gulf. Occidental claimed its right to exploit the reserves under a concession granted by the emirate of Umm al Qaiwain. Buttes Gas claimed its right pursuant to one granted by the emirate of Sharjah. Both emirates, as well as Iran, claimed to be entitled to the island and to its oil reserves. After the United Kingdom intervened, the dispute was settled by agreement. Occidental's concession was subsequently terminated. Occidental alleged that Buttes Gas and Sharjah had fraudulently conspired to cheat and defraud Occidental, or to cause the United Kingdom and Iran to act unlawfully

[289] L'arrêt de principe sur le volet relatif à la non-justiciabilité est l'arrêt *Buttes Gas*. La Occidental Petroleum Corporation et Buttes Gas and Oil Co. possédaient des concessions concurrentes qui leur permettaient d'exploiter les réserves de pétrole en litige, lesquelles étaient situées près d'une île du golfe Persique. Occidental prétendait avoir le droit d'exploiter les réserves en vertu d'une concession accordée par l'émirat d'Umm al Qaiwain, alors que Buttes Gas affirmait tenir son droit d'exploitation d'une concession accordée par l'émirat de Sharjah. Les deux émirats de même que l'Iran disaient avoir la propriété de l'île et de ses réserves de pétrole. À la suite de l'intervention du Royaume-Uni, le conflit fut réglé au moyen d'un accord. La concession d'Occidental a par la suite été résiliée. Occidental a allégué

to the injury of Occidental: p. 920. Buttes Gas argued that an English court should not entertain such claims, as they concerned acts of foreign states.

[290] In the House of Lords, Lord Wilberforce held that Occidental's claim was not justiciable. He identified a branch of the act of state doctrine which he said was concerned with the applicability of foreign domestic legislation: p. 931. He suggested that this branch was essentially a choice of law rule concerned with the choice of the proper law to apply to a dispute: p. 931. However, he drew one important distinction:

> It is one thing to assert that effect will not be given to a foreign municipal law or executive act if it is contrary to public policy, or to international law (cf. *In re Helbert Wagg & Co. Ltd's Claim* [1956] Ch. 323) and quite another to claim that the courts may examine the validity, under international law, or some doctrine of public policy, of an act or acts operating in the area of transactions between states. [p. 931]

[291] Lord Wilberforce went on to hold, following *Blad*, *Duke of Brunswick* and other authorities, that private law claims which turn on a finding that a foreign state has acted in a manner contrary to public international law are not justiciable by an English court:

> It would not be difficult to elaborate on these considerations, or to perceive other important inter-state issues and/or or issues of international law which would face the court. They have only to be stated to compel the conclusion that these are not issues upon which a municipal court can pass. Leaving aside all possibility of embarrassment in our foreign relations (which it can be said not to have been drawn to the attention of the court by the executive) there are . . . no judicial or manageable standards by which to judge these issues, or to adopt another phrase (from a passage not quoted), the court would be in a judicial no-man's land: the court would be asked to review transactions in which four sovereign states were involved, which they had brought to a precarious settlement, after diplomacy and

que Buttes Gas et l'émirat Sharjah avaient comploté frauduleusement en vue de la tromper et de la frauder, ou en vue d'inciter le Royaume-Uni et l'Iran à agir illégalement au détriment d'Occidental : p. 920. Buttes Gas soutenait que les tribunaux anglais ne devraient pas instruire de telles demandes, puisqu'elles concernaient les actes d'États étrangers.

[290] À la Chambre des lords, lord Wilberforce a conclu que la demande d'Occidental n'était pas justiciable. Il a reconnu un volet de la doctrine de l'acte de gouvernement, qui selon lui portait sur l'applicabilité des lois nationales étrangères : p. 931. Il a affirmé que ce volet constituait pour l'essentiel une règle de choix de la loi applicable, à propos de la loi qu'il convient d'appliquer à un litige : p. 931. Il a toutefois établi une importante distinction :

> [TRADUCTION] C'est une chose d'affirmer qu'il ne sera pas donné effet à une loi municipale étrangère ou à un acte de l'exécutif si cela est contraire à l'ordre public ou au droit international (voir *In re Helbert Wagg & Co. Ltd's Claim* [1956] Ch. 323), mais c'est une tout autre chose de prétendre que les tribunaux peuvent examiner, en vertu du droit international ou d'une quelconque doctrine d'ordre public, la validité d'un acte ou d'actes relevant du domaine des transactions entre États. [p. 931]

[291] Lord Wilberforce a ensuite conclu, suivant les arrêts *Blad*, *Duke of Brunswick* ainsi que d'autres décisions, que les recours de droit privé qui reposent sur la conclusion qu'un État étranger a agi de façon contraire au droit international public ne sont pas justiciables par les tribunaux anglais :

> [TRADUCTION] Il ne serait pas difficile d'élaborer sur ces considérations, ou d'imaginer d'autres questions interétatiques importantes, et/ou d'autres questions de droit international dont la cour serait saisie. Il suffit de les énoncer pour arriver impérativement à la conclusion que ce ne sont pas des questions sur lesquelles un tribunal municipal peut se prononcer. Outre qu'elles peuvent nous plonger dans l'embarras sur le plan des relations étrangères (ce qui, pourrait-on dire, n'a pas été porté à l'attention de la cour par l'exécutif), il n'existe [. . .] aucune norme judiciaire ou fonctionnelle permettant de statuer sur ces questions ou, pour reprendre une autre expression (tirée d'un passage non cité), la cour se retrouverait dans un « *no man's land* » judiciaire : elle serait appelée à examiner des transactions

the use of force, and to say that at least part of these were "unlawful" under international law. [p. 938]

[292] In the two passages reproduced above, Lord Wilberforce touched on an important point: a distinction must be drawn between the types of problems addressed in justiciability cases and the types of problems addressed in choice of law cases. Private international law is a response to the problem of how to distribute legal authority among competing municipal jurisdictions: R. Banu, "Assuming Regulatory Authority for Transnational Torts: An Interstate Affair? A Historical Perspective on the Canadian Private International Law Tort Rules" (2013), 31 *Windsor Y.B. Access Just.* 197, at p. 199. However, the problem posed by claims based on violations of public international law is that the international plane constitutes an additional legal system with its own claim to jurisdiction over certain legal questions: McLachlan, at para. 12.22. Thus, conflict of laws rules alone are not capable of addressing the concerns raised by Lord Wilberforce in *Buttes Gas*, because they do not mediate between domestic legal systems and the international legal system. In order to address the problems raised by Lord Wilberforce regarding the legitimacy of a domestic court's consideration of questions of international law, this Court must inquire into whether such questions are justiciable under Canada's domestic constitutional arrangements.

[293] Before doing so, I want to express my agreement with Newbury J.A. that the early English cases which underpin the act of state doctrine were received into the law of British Columbia in 1858 by what is now s. 2 of the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253: 2017 BCCA 401, 4 B.C.L.R. (6th) 91, at para. 123. However, for conceptual clarity, the principles animating early cases such as *Blad* and *Duke of Brunswick* should be reflected through the lens of the modern doctrine of justiciability recognized by this Court in *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*,

concernant quatre États souverains — à l'égard desquelles un règlement précaire est intervenu, après avoir usé de diplomatie et de force — et à dire qu'au moins une partie de ces transactions étaient « illégales » au regard du droit international. [p. 938]

[292] Dans les deux extraits reproduits plus tôt, lord Wilberforce aborde un point important : une distinction doit être établie entre les types de problèmes examinés dans des affaires de justiciabilité et ceux examinés dans des affaires de choix de la loi applicable. Le droit international privé offre une réponse au problème que pose la répartition de la juridiction ou compétence entre des ressorts municipaux concurrents : R. Banu, « Assuming Regulatory Authority for Transnational Torts : An Interstate Affair? A Historical Perspective on the Canadian Private International Law Tort Rules » (2013), 31 *Windsor Y.B. Access Just.* 197, p. 199. Or, le problème que soulèvent les réclamations fondées sur des violations du droit international public est que leur dimension internationale fait qu'elles participent d'un système juridique additionnel qui se réclame de la juridiction à l'égard de certaines questions de droit : McLachlan, par. 12.22. Par conséquent, les règles de conflit de lois ne peuvent à elles seules répondre aux préoccupations soulevées par lord Wilberforce dans l'arrêt *Buttes Gas*, car elles ne concilient pas les systèmes juridiques nationaux et le système juridique international. Pour répondre aux problèmes soulevés par lord Wilberforce quant à la légitimité de l'examen par un tribunal national de questions de droit international, notre Cour doit se demander si ces questions sont justiciables au regard de l'ordre constitutionnel interne du Canada.

[293] Avant de le faire, je tiens à mentionner que je suis d'accord avec les propos de la juge Newbury pour dire que les premières décisions anglaises qui sous-tendent la doctrine de l'acte de gouvernement ont été reçues dans le droit de la Colombie-Britannique en 1858 en vertu de ce qui est maintenant l'art. 2 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253 : 2017 BCCA 401, 4 B.C.L.R. (6th) 91, par. 123. Toutefois, par souci de clarté conceptuelle, les principes qui sous-tendent ces premières décisions, comme *Blad* et *Duke of Brunswick*, doivent être reflétés à travers le prisme de la doctrine moderne de la justiciabilité

2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750. It is to that doctrine which I now turn.

B. *Justiciability of International Law Questions in Canada*

[294] Justiciability is rooted in a commitment to the constitutional separation of powers: L. M. Sossin, *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada* (2nd ed. 2012), at p. 289. The separation of powers under the Constitution prescribes different roles for the executive, legislative and judicial orders: *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70. In exercising its jurisdiction, a court must conform to the separation of powers by showing deference for the roles of the executive and the legislature in their respective spheres so as to refrain from unduly interfering with the legitimate institutional roles of those orders: *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at paras. 29-30. It is "fundamental" that each order not "overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other": *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 389, per McLachlin J. The doctrine of justiciability reflects these institutional limitations.

[295] This Court recognized the existence of a general doctrine of non-justiciability in *Highwood Congregation*, stating that the main question to be asked in applying the doctrine of justiciability is whether the issue is one that is appropriate for a court to decide: para. 32. The answer to that question depends on whether the court asking the question has the institutional capacity to adjudicate the matter and whether its doing so is legitimate: para. 34.

[296] A court has the institutional capacity to consider international law questions, and its doing so is legitimate, if they also implicate questions with respect to constitutional rights (*Canada (Justice)*

reconnue par notre Cour dans l'arrêt *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750. C'est cette doctrine que j'examine maintenant.

B. *Justiciabilité des questions de droit international au Canada*

[294] La justiciabilité s'inscrit dans une volonté de respecter la séparation constitutionnelle des pouvoirs : L. M. Sossin, *Boundaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada* (2e éd. 2012), p. 289. La séparation des pouvoirs prévue dans la Constitution impose différents rôles aux ordres exécutif, législatif et judiciaire : *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470. En exerçant sa juridiction, le tribunal doit se conformer à la séparation des pouvoirs en faisant preuve de déférence envers les rôles de l'exécutif et du législatif dans leurs domaines respectifs, de manière à éviter tout empiétement indu sur le rôle institutionnel légitime de chaque organe : *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 29-30. Il est « essentiel » qu'aucun des ordres « n'outrepasse ses limites et que chacu[n] respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre » : *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389, la juge McLachlin. La doctrine de la justiciabilité tient compte de ces limites institutionnelles.

[295] Dans l'arrêt *Highwood Congregation*, notre Cour a reconnu l'existence d'une doctrine générale de non-justiciabilité, et a déclaré que la question principale devant être posée lors de l'application de cette doctrine est de savoir si la question en litige en est une qu'il convient de faire trancher par un tribunal : par. 32. Pour répondre à cette question, il faut se demander si le tribunal qui pose la question dispose de la capacité institutionnelle requise pour trancher l'affaire et s'il est légitime qu'il le fasse : par. 34.

[296] Un tribunal possède la capacité institutionnelle requise pour instruire des questions de droit international, et il est légitime qu'il le fasse, si celles-ci impliquent aussi des questions relatives aux droits

v. Khadr, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125), the legality of an administrative decision (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3) or the interface between international law and Canadian public institutions (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 23). If, however, a court allows a private claim which impugns the lawfulness of a foreign state's conduct under international law, it will be overstepping the limits of its proper institutional role. In my view, although the court has the institutional capacity to consider such a claim, its doing so would not be legitimate.

[297] The executive is responsible for conducting international relations: *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 39. In *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, this Court observed that creating a universal civil jurisdiction allowing torture claims against foreign officials to be pursued in Canada "would have a potentially considerable impact on Canada's international relations", and that such decisions are not to be made by the courts: para. 107. Similar concerns arise in the case of litigation between private parties founded upon allegations that a foreign state has violated public international law. Such disputes "are not the proper subject matter of judicial resolution" (Sossin, at p. 251), because questions of international law relating to internationally wrongful acts of foreign states are not juridical claims amenable to adjudication on "judicial or manageable standards" (*Buttes Gas*, at p. 938, per Lord Wilberforce). Such questions are allocated to the plane of international affairs for resolution in accordance with the principles of public international law and diplomacy.

[298] In *Khadr* (2010), this Court justified its interference with the exercise by the executive of an aspect of its power over international relations on the basis that the judiciary possesses "a narrow power to review and intervene on matters of foreign affairs

constitutionnels (*Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125), à la légalité d'une décision administrative (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3) ou au rapport entre le droit international et les institutions publiques canadiennes (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 23). Si, toutefois, un tribunal permet un recours de droit privé qui attaque la légalité de la conduite d'un État étranger au regard du droit international, il se trouverait à outrepasser les limites de son propre rôle institutionnel. À mon avis, bien que le tribunal ait la capacité institutionnelle pour instruire un tel recours, il ne serait pas légitime qu'il le fasse.

[297] L'exécutif est chargé de la conduite des relations internationales : *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 39. Dans l'arrêt *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, la Cour a fait observer que la création d'une compétence universelle en matière civile qui permettrait que des poursuites soient intentées au Canada contre des agents d'un État étranger pour des actes de torture « aurait des conséquences potentiellement graves sur les relations internationales du Canada » et que de telles décisions n'incombaient pas aux tribunaux : par. 107. Des préoccupations semblables se posent dans le cas des litiges entre des parties privées fondés sur des allégations qu'un État étranger a violé le droit international public. De telles disputes [TRADUCTION] « ne se prêtent pas à une intervention judiciaire » (Sossin, p. 251), parce que les questions de droit international liées aux actes illicites à l'échelle internationale commis par des États étrangers ne sont pas des demandes juridiques susceptibles d'être tranchées selon des [TRADUCTION] « normes judiciaires ou fonctionnelles » (*Buttes Gas*, p. 938, lord Wilberforce). De telles questions entrent dans la catégorie des affaires internationales devant être tranchées selon les principes du droit international public et de la diplomatie.

[298] Dans l'arrêt *Khadr* (2010), notre Cour a justifié son intervention quant à l'exercice par l'exécutif d'un aspect de son pouvoir sur les relations internationales sur le fondement que les tribunaux jouissent d'un « pouvoir circonscrit pour examiner

to ensure the constitutionality of executive action": para. 38. However, the same cannot be said of a private claim for compensation which is dependent upon a determination that a foreign state has breached its international obligations. This is not a case in which a court would be abdicating its constitutional judicial review function if it were to decline to adjudicate the claim.

[299] *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 2005 WL 2082846 (S.D. New York), is an example of how private litigation can interfere with the responsibility of the executive for the conduct of international relations. In *Presbyterian*, a foreign state had sent a diplomatic note to the United States Department of State in response to litigation initiated in the U.S. by Sudanese residents against a company incorporated and domiciled in the foreign state that had operations in Sudan. The allegations were based on violations of international law by Sudan. Although the company's motion to dismiss the claim was not successful, the incident was significant enough to spur the foreign state to send the diplomatic note in which it insisted that its foreign policy was being undermined by the litigation. I would point out in particular that the motion failed because the action as pleaded did "not require a judgment that [the foreign state's foreign policy] was or caused a violation of the law of nations", which suggests that if the reverse were true, the claim would have been barred: para. 5. Thus, even in the case of disputes between private parties, when courts "engage in piecemeal adjudication of the legality of the sovereign acts of states, they risk disruption of our country's international diplomacy": *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Organization of Petroleum Exporting Countries*, 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981), at pp. 1358-60.

[300] As a practical matter, Canadian courts have good reason to refrain from passing judgment on alleged internationally wrongful acts of foreign states. If Canadian courts claimed the power to pass judgment on violations of public international law by

les questions relatives aux affaires étrangères et intervenir à leur égard » : par. 38. On ne saurait toutefois en dire autant d'un recours privé en compensation qui est tributaire de la conclusion qu'un État étranger ait manqué à ses obligations internationales. Il ne s'agit pas d'un cas où le tribunal renoncerait à l'exercice de son pouvoir constitutionnel de contrôle s'il refusait de statuer sur la demande.

[299] L'arrêt *Presbyterian Church of Sudan c. Talisman Energy, Inc.*, 2005 WL 2082846 (S.D. New York), illustre comment un litige privé peut empiéter sur la responsabilité de l'exécutif en matière de conduite des relations internationales. Dans cette affaire, un État étranger avait transmis une note diplomatique au Département d'État des États-Unis, réagissant ainsi à une action intentée aux États-Unis par des résidents soudanais à l'encontre d'une corporation constituée et domiciliée dans l'État étranger qui exerçait des activités au Soudan. L'action reposait sur des allégations de violations du droit international commises par le Soudan. Bien que la requête en rejet de l'action présentée par la corporation ait été rejetée, l'incident fut assez important pour inciter l'État étranger à envoyer la note diplomatique dans laquelle il affirmait que le litige compromettait sa politique étrangère. Je signale en particulier que la requête a été rejetée parce que l'action, telle qu'elle a été intentée, ne [TRADUCTION] « visait pas à obtenir un jugement portant que la [politique étrangère de l'État étranger] contrevenait au droit des nations ou qu'elle était à l'origine d'une violation de ce droit », ce qui tend à indiquer que, dans le cas contraire, elle aurait été irrecevable : par. 5. Par conséquent, même dans le cas de litiges entre parties privées, lorsque les tribunaux [TRADUCTION] « se prononcent de façon fragmentée sur la légalité des actes souverains d'États, ils risquent de perturber la diplomatie internationale de notre pays » : *International Association of Machinists and Aerospace Workers c. Organization of Petroleum Exporting Countries*, 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981), p. 1358-1360.

[300] D'un point de vue pratique, les tribunaux canadiens ont de bonnes raisons de s'abstenir de se prononcer sur des allégations d'actes illicites à l'échelle internationale qu'auraient commis des États étrangers. Si les tribunaux canadiens s'arrogeaient le

states, that could well have unforeseeable and grave impacts on the conduct of Canada's international relations, expose Canadian companies to litigation abroad, endanger Canadian nationals abroad and undermine Canada's reputation as an attractive place for international trade and investment. Sensitive diplomatic matters which do not raise domestic public law questions should be kept out of the hands of the courts.

pouvoir de juger des violations du droit international public commises par des États, cela pourrait fort bien entraîner des conséquences imprévisibles et graves sur la conduite des relations internationales du Canada, exposer les corporations canadiennes à des poursuites à l'étranger, compromettre la sécurité des ressortissants canadiens à l'étranger et nuire à la réputation du Canada en tant que pays prisé pour le commerce et les investissements internationaux. Les affaires diplomatiques de nature délicate qui ne soulèvent aucune question de droit public interne devraient être gardées hors des mains des tribunaux.

[301] Further, as this doctrine consists in a rule of non-justiciability, it is not amenable to the application of a public policy exception. It arises from the constitutional separation of powers and the limits of the legitimacy of acts of the judiciary. The public importance and fundamental nature of the values at stake cannot render justiciable that which is otherwise not within the judiciary's bailiwick.

[301] Par ailleurs, étant donné que cette doctrine constitue une règle de non-justiciabilité, elle ne se prête pas à l'application d'une exception d'ordre public. Elle découle de la séparation constitutionnelle des pouvoirs et des limites de la légitimité des actes des tribunaux. L'importance pour le public des valeurs en jeu et leur nature fondamentale ne sauraient rendre justiciable ce qui autrement ne relève pas du domaine de l'ordre judiciaire.

[302] Abella J. relies on the *Secession Reference* as authority for the proposition that the adjudication of questions of international law is permitted for the purpose of determining the private law rights or obligations of individuals within our legal system: para. 49. With respect, this is an overstatement of the scope of the reasoning in the *Secession Reference*, in which this Court held that it could consider the question whether international law gives the National Assembly, the legislature or the Government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally: paras. 21-23. In the Court's view, the question was not a "pure" question of international law, because its purpose was to determine the legal rights of a public institution which exists as part of the domestic Canadian legal order: para. 23. This Court's holding was confined to delineating the scope of Canada's obligation to respect the right to self-determination of the people of Quebec. No issue regarding private law claims or internationally wrongful acts of a foreign state arose in the *Secession Reference*.

[302] La juge Abella se fonde sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* à l'appui de la proposition voulant qu'il soit permis de statuer sur des questions de droit international pour déterminer les droits ou obligations de droit privé de toute personne au sein de notre système juridique : par. 49. En toute déférence, c'est donner une portée excessive au raisonnement de la Cour dans cette affaire, où celle-ci a conclu qu'elle pouvait examiner la question de savoir si l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec possédait, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada : par. 21-23. De l'avis de la Cour, la question n'en était pas une de droit international « pur », parce qu'elle visait à déterminer les droits juridiques d'une institution publique qui fait partie de l'ordre juridique interne canadien : par. 23. Cette conclusion de la Cour se limitait à la définition de la portée de l'obligation qu'avait le Canada de respecter le droit à l'autodétermination du peuple québécois. Aucune question touchant à des recours de droit privé ou à des actes illicites à l'échelle internationale commis par des États étrangers n'a été soulevée dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*.

[303] In its public law decisions, this Court has had recourse to international law to determine issues relating to other public authorities, such as whether municipalities can levy rates on foreign legations (*Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208) and whether the federal or provincial governments possess proprietary rights in Canada's territorial sea and continental shelf (*Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86). It has never held that a Canadian court is free, in adjudicating a private law claim, to decide whether a foreign state — which does not exist as a part of the domestic Canadian legal order — has violated public international law.

[303] Dans ses décisions en matière de droit public, notre Cour a fait appel au droit international pour trancher les questions liées à d'autres autorités publiques, par exemple la question de savoir si les gouvernements municipaux peuvent taxer les légations étrangères (*Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208) et pour établir si le gouvernement fédéral ou les gouvernements provinciaux possèdent des droits de propriété à l'égard de la mer territoriale et du plateau continental du Canada (*Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86). Elle n'a jamais conclu qu'un tribunal canadien est libre, lorsqu'il se prononce sur un recours de droit privé, de décider si un État étranger — qui ne relève pas de l'ordre juridique interne canadien — a violé le droit international public.

[304] Abella J. also relies on decisions in the extradition and deportation contexts, in which courts consider the human rights records of foreign states as part of their decision-making process: paras. 50-55. However, when Canadian courts examine the human rights records of foreign states in extradition and deportation cases, they do so to ensure that Canada complies with its own international, statutory and constitutional obligations: see *Suresh*. The same cannot be said of a civil claim for compensation. To equate the respondents' civil claim for a private law remedy to claims in the public law extradition and deportation contexts is to disregard the judiciary's statutory and constitutional mandates to consider human rights issues in foreign states in extradition and deportation cases. No such mandate exists in the context of private law claims.

[304] La juge Abella s'appuie aussi sur des décisions rendues dans des contextes d'extradition et d'expulsion, où les tribunaux tiennent compte des antécédents de l'État étranger en matière de respect des droits de la personne dans le cadre de leur processus décisionnel : par. 50-55. Toutefois, lorsqu'un tribunal canadien s'intéresse aux antécédents d'un État étranger en matière de droits de la personne dans une affaire d'extradition et d'expulsion, il le fait pour s'assurer que le Canada respecte ses propres obligations internationales, statutaires et constitutionnelles : voir *Suresh*. On ne peut en dire autant d'un recours civil en compensation. Assimiler le recours civil des intimés visant une réparation de droit privé à des réclamations dans des contextes de droit public dans lesquels s'inscrivent l'extradition et l'expulsion revient à faire abstraction du mandat statutaire et constitutionnel des tribunaux, qui consiste à tenir compte des questions liées aux droits de la personne dans les États étrangers dans les affaires d'extradition et d'expulsion. Un tel mandat n'existe pas dans le contexte des recours de droit privé.

[305] In conclusion, although a court has the institutional capacity to consider international law questions, it is not legitimate for it to adjudicate claims between private parties which are founded upon an allegation that a foreign state violated international

[305] En conclusion, bien qu'une cour dispose de la capacité institutionnelle nécessaire pour instruire des questions de droit international, il n'est pas légitime qu'elle statue sur les demandes entre parties privées reposant sur une allégation voulant qu'un

law. The adjudication of such claims impermissibly interferes with the conduct by the executive of Canada's international relations. That interference is not justified without a mandate from the legislature or a constitutional imperative to review the legality of executive or legislative action in Canada. In the absence of such a mandate or imperative, claims based on a foreign state's internationally wrongful acts are allocated to the plane of international affairs for resolution in accordance with the principles of public international law and diplomacy.

IV. The Respondents' Claims Require a Determination That Eritrea Violated Public International Law

[306] In this context, justiciability turns on whether the outcome of the claims is dependent upon the allegation that the foreign state acted unlawfully. If this issue is central to the litigation, the claims are not justiciable: e.g., *Buck*, at pp. 886-87; *Buttes Gas*, at pp. 935-38. By contrast, a court may consider the legality of acts of a foreign state under municipal or international law if the issue arises incidentally: e.g., *Hunt*; *W. S. Kirkpatrick & Co., Inc. v. Environmental Tectonics Corp., International*, 493 U.S. 400 (1990), at p. 406.

[307] In *Buck*, the issue of the validity of the foreign state's constitution was central to the plaintiffs' claim, because the plaintiffs were seeking a declaration that the constitution of Sierra Leone was invalid: p. 886. Lord Diplock stated:

> I do not think that this rule [that a state does not purport to exercise jurisdiction over the internal affairs of another state], which deprives the court of jurisdiction over the subject-matter of this appeal because it involves assertion of jurisdiction over the internal affairs of a foreign sovereign state, can be eluded by the device of making the Attorney-General for England a party instead of the government of Sierra Leone. [p. 887]

État étranger ait violé le droit international. Juger de telles demandes constitue une ingérence non permise à l'égard de la conduite par l'exécutif des relations internationales du Canada. Une telle ingérence ne peut se justifier sans un mandat de la législature ou un impératif constitutionnel forçant l'examen de la légalité d'une action exécutive ou législative au Canada. En l'absence d'un tel mandat ou impératif, les demandes fondées sur des actes illicites à l'échelle internationale commis par un État étranger relèvent de la catégorie des affaires internationales devant être tranchées selon les principes du droit international public et de la diplomatie.

IV. Les réclamations des intimés exigent qu'il soit conclu que l'Érythrée a violé le droit international public

[306] Dans ce contexte, la justiciabilité est axée sur la question de savoir si l'issue des demandes est tributaire de l'allégation que l'État étranger a agi illégalement. Si cette question est au cœur du litige, les demandes ne sont pas justiciables : voir, p. ex., *Buck*, p. 886-887; *Buttes Gas*, p. 935-938. En revanche, le tribunal peut statuer sur la légalité des actes d'un État étranger au regard du droit municipal ou du droit international si la question n'est soulevée qu'accessoirement : voir, p. ex., *Hunt*; *W. S. Kirkpatrick & Co., Inc. c. Environmental Tectonics Corp., International*, 493 U.S. 400 (1990), p. 406.

[307] Dans l'arrêt *Buck*, la question de la validité de la constitution de l'État étranger était au cœur de la réclamation des demandeurs, parce que ceux-ci sollicitaient un jugement déclarant que la constitution de la Sierra Leone était invalide : p. 886. Lord Diplock a énoncé ce qui suit :

> [TRADUCTION] Je ne crois pas que cette règle [celle selon laquelle un État ne peut exercer sa juridiction sur les affaires internes d'un autre État], qui prive le tribunal de sa juridiction sur l'objet du présent pourvoi parce qu'il lui faudrait se déclarer compétent sur les affaires internes d'un État souverain étranger, puisse être écartée en constituant comme partie le procureur général de l'Angleterre plutôt que le gouvernement de la Sierra Leone. [p. 887]

[308] A case to the opposite effect is *Kirkpatrick*, in which the respondent alleged that the petitioner had obtained a construction contract from the Nigerian Government by bribing Nigerian officials, which was prohibited under Nigerian law. Scalia J. found that the factual predicate for application of the act of state doctrine did not exist in that case, as nothing in the claim required the court to declare an official act of a foreign state to be invalid: p. 405. Scalia J. reasoned that

> [a]ct of state issues only arise when a court *must decide* — that is, when the outcome of the case turns upon — the effect of official action by a foreign sovereign. When that question is not in the case, neither is the act of state doctrine. That is the situation here. Regardless of what the court's factual findings may suggest as to the legality of the Nigerian contract, its legality is simply not a question to be decided in the present suit, and there is thus no occasion to apply the rule of decision that the act of state doctrine requires. [Emphasis in original; p. 406.]

[309] Similarly, in *Hunt*, La Forest J. concluded that the issue of the constitutionality of the "foreign" statute arose incidentally, because it arose in a proceeding in which the plaintiff sought the disclosure of relevant documents, which was barred by the impugned Quebec statute. In *Buttes Gas*, on the other hand, Occidental pleaded the tort of conspiracy against Buttes Gas, but to succeed, the claim required a determination that Sharjah, Umm al Qaiwain, Iran and the United Kingdom had violated international law. This was not incidental to the claim, and the House of Lords held that it was not justiciable: p. 938.

[310] In the case at bar, the issue of the legality of Eritrea's acts under international law is central to the respondents' claims. To paraphrase Lord Diplock in *Buck*, at p. 887, the respondents are simply using the appellant, Nevsun Resources Ltd., as a device to avoid the application of Eritrea's sovereign immunity from civil proceedings in Canada. The respondents'

[308] À l'opposé, dans l'arrêt *Kirkpatrick*, la défenderesse alléguait que le demandeur avait obtenu un contrat de construction du gouvernement nigérien après avoir versé des pots-de-vin à des fonctionnaires nigériens, ce qui était interdit en droit nigérien. Le juge Scalia a conclu que l'assise factuelle justifiant l'application de la doctrine de l'acte de gouvernement n'existait pas dans ce cas, car rien dans la demande n'exigeait que la cour déclare invalide un acte officiel d'un État étranger : p. 405. Le juge Scalia s'est exprimé comme suit :

> [TRADUCTION] Les questions relatives à l'acte de gouvernement ne se posent que lorsque le tribunal *doit statuer* — c'est-à-dire, lorsque l'issue de l'affaire dépend de — l'effet d'un acte officiel posé par un souverain étranger. Lorsque l'affaire ne porte pas sur cette question, elle ne porte pas non plus sur la doctrine de l'acte de gouvernement. C'est le cas en l'espèce. Peu importe ce que les conclusions de fait de la cour peuvent suggérer quant à la légalité du contrat nigérien, la question de sa légalité ne peut tout simplement pas être tranchée dans le cadre de la présente instance, et il n'y a donc pas lieu de recourir à la règle de décision qu'exige la doctrine de l'acte de gouvernement. [En italique dans l'original; p. 406.]

[309] De même, dans l'arrêt *Hunt*, le juge La Forest a conclu que la question de la constitutionnalité d'une loi « étrangère » avait été soulevée accessoirement, parce qu'elle s'était posée dans le cadre d'une instance où le demandeur avait cherché à obtenir la communication de documents pertinents, ce qui était interdit par la loi québécoise contestée. En revanche, dans l'affaire *Buttes Gas*, Occidental poursuivait Buttes Gas pour délit civil de complot, mais pour lui donner gain de cause, la cour devait conclure que l'émirat de Sharjah, l'émirat d'Umm al Qaiwain, l'Iran et le Royaume-Uni avaient violé le droit international. La question n'était pas accessoire au litige, et la Chambre des lords a conclu qu'elle ne relevait pas de sa compétence : p. 938.

[310] Dans le cas qui nous occupe, la question de la légalité des actes posés par l'Érythrée au regard du droit international est au cœur même des réclamations des intimés. Pour paraphraser les propos de lord Diplock dans l'arrêt *Buck* (p. 887), les intimés se servent tout simplement de l'appelante, Nevsun Resources Ltd., comme un outil pour

central allegation is that Eritrea's National Service Program is an illegal system of forced labour (A.R., vol. III, at pp. 162-64) that constitutes a crime against humanity (p. 175). The respondents allege that "Nevsun expressly or implicitly condoned the use of forced labour and the system of enforcement through threats and abuse, by the Eritrean military", and that it is directly liable for injuries suffered by the respondents as a result of its "failure to stop the use of forced labour and the enforcement practices at its mine site when it was obvious . . . that the plaintiffs were forced to work there against their will": A.R., vol. III, at p. 178.

[311] In other words, the respondents allege that Nevsun is liable because it was complicit in the Eritrean authorities' alleged internationally wrongful acts. As was the case in *Buttes Gas*, Nevsun can be liable only if the acts of the actual alleged perpetrators — Eritrea and its agents — were unlawful as a matter of public international law. The case at bar is therefore materially different from *Hunt* and *Kirkpatrick*, in which the legality of the acts of a foreign sovereign state, or of an authority in another jurisdiction, had arisen incidentally to the claim.

[312] To obtain relief, the respondents would have to establish that the National Service Program is a system of forced labour that constitutes a crime against humanity. This means that determinations that the Eritrean state acted unlawfully would not be incidental to the allegations of liability on Nevsun's part. In my view and with respect, Newbury J.A. erred in finding that the respondents were not asking the court to "inquire into the legality, validity or 'effectiveness' of the acts of laws or conduct of a foreign state": C.A. reasons, at para. 172. As she had noted earlier in her reasons — and I agree with her on this point — given how the complaint was being pleaded, Nevsun could only be found liable if "Eritrea, its officials or agents were found

empêcher l'application de l'immunité de juridiction de l'Érythrée à l'égard d'une instance civile au Canada. L'allégation centrale mise de l'avant par les intimés est que le programme de service national de l'Érythrée est un régime illégal de travail forcé (d.a., vol. III, p. 162-164) constituant un crime contre l'humanité (p. 175). Ils allèguent que [TRADUCTION] « Nevsun tolère expressément ou implicitement le recours au travail forcé et le régime de coercition par l'entremise de menaces et d'abus par l'armée érythréenne » et que Nevsun est directement responsable des préjudices subis par les intimés parce qu'elle « a été incapable de mettre fin au recours au travail forcé et aux mesures coercitives dans sa mine alors qu'il était évident [. . .] que les demandeurs étaient forcés de travailler contre leur gré » : d.a., vol. III, p. 178.

[311] En d'autres mots, les intimés allèguent que Nevsun est responsable parce qu'elle se serait rendue complice d'actes illicites à l'échelle internationale qu'auraient commis les autorités érythréennes. Tout comme dans l'affaire *Buttes Gas*, Nevsun ne peut être tenue responsable que si les actes commis par ceux qui en sont réellement les auteurs — l'Érythrée et ses mandataires — étaient illégaux au regard du droit international public. L'affaire qui nous occupe est donc sensiblement différente des affaires *Hunt* et *Kirkpatrick*, dans lesquelles la question de la légalité des actes d'un État étranger souverain, ou d'une autorité dans un autre ressort, s'était posée de façon accessoire à la demande.

[312] Pour obtenir réparation, les intimés devront démontrer que le programme de service national est un système de travail forcé qui constitue un crime contre l'humanité. Cela signifie que les conclusions voulant que l'État érythréen a agi illégalement ne seraient pas accessoires aux allégations relatives à la responsabilité de Nevsun. À mon avis, et avec respect, la juge Newbury a conclu à tort que les intimés n'invitaient pas la Cour à [TRADUCTION] « examiner la légalité, la validité ou l'"efficacité" des actes, des lois ou de la conduite d'un État étranger » : motifs de la C.A., par. 172. Comme elle l'a mentionné plus tôt dans ses motifs — et je suis d'accord avec elle sur ce point — compte tenu de la façon dont l'action a été intentée, Nevsun ne pouvait être tenue responsable

to have violated fundamental international norms and Nevsun were shown to have been complicit in such conduct": para. 92. The respondents' claims, as pleaded, require a determination that Eritrea has violated international law and must therefore fail.

V. Conclusion

[313] It is plain and obvious that the respondents' claims are bound to fail, because private law claims which are founded upon a foreign state's internationally wrongful acts are not justiciable, and the respondents' claims are dependent upon a determination that Eritrea has violated its international obligations. Additionally, for the reasons given by Brown and Rowe JJ., I find that it is plain and obvious that the respondents' causes of action which are inspired by customary international law are bound to fail. Accordingly, I would allow the appeal and dismiss the respondents' claims.

Appeal dismissed with costs, Brown *and* Rowe JJ. *dissenting in part and* Moldaver *and* Côté JJ. *dissenting*.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver.

Solicitors for the intervener the International Human Rights Program, University of Toronto Faculty of Law: Waddell Phillips, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the interveners EarthRights International and the Global Justice Clinic at New York University School of Law: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitors for the interveners Amnesty International Canada and the International Commission of Jurists: Champ & Associates, Ottawa; Power Law, Vancouver; University of Ottawa, Ottawa.

que si « l'Érythrée, ses représentants ou mandataires étaient reconnus coupables de violations de normes internationales fondamentales et que s'il était démontré que Nevsun s'était rendue complice de cette conduite » : par. 92. Les réclamations des intimés, telles qu'intentées, exigent qu'il soit conclu que l'Érythrée a violé le droit international et doivent donc être rejetées.

V. Conclusion

[313] Il est évident et manifeste que les réclamations des intimés sont vouées à l'échec, parce que les recours de droit privé qui reposent sur les actes illicites à l'échelle internationale d'un État étranger ne sont pas justiciables, et que les réclamations des intimés sont tributaires de la conclusion que l'Érythrée a violé ses obligations internationales. J'estime en outre, pour les motifs exposés par les juges Brown et Rowe, qu'il est évident et manifeste que les causes d'action des intimés, qui s'inspirent du droit international coutumier, sont vouées à l'échec. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter les demandes des intimés.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges Brown *et* Rowe *sont dissidents en partie et les juges* Moldaver *et* Côté *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs des intimés : Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant International Human Rights Program, University of Toronto Faculty of Law : Waddell Phillips, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Procureurs des intervenants EarthRights International et Global Justice Clinic at New York University School of Law : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs des intervenants Amnesty International Canada et la Commission Internationale de Juristes : Champ & Associates, Ottawa; Power Law, Vancouver; Université d'Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Mining Association of Canada: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the intervener MiningWatch Canada: Trudel Johnston & Lespérance, Montréal; Andrew E. Cleland, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association minière du Canada : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Mines Alerte Canada : Trudel Johnston & Lespérance, Montréal; Andrew E. Cleland, Montréal.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca