

Le Principe du Non-refoulement à l'épreuve de l'Entente sur les tiers pays sûrs entre le Canada et les États-Unis : Quel rôle pour la Charte canadienne des droits et libertés dans la protection des réfugiés?

Par

RICHARD MBOKANI BISIKA*

Résumé

Cet article analyse la mise en œuvre du principe du non-refoulement consacré en droit international des réfugiés dans le contexte canadien où l'Entente sur les tiers pays sûrs désignant les États-Unis comme pays tiers sûr fait l'objet d'une contestation à la Cour fédérale quant à la protection des droits de demandeurs d'asile provenant des États-Unis. Les organisations pour les droits des réfugiés affirment que cette Entente sur les tiers pays sûrs porte atteinte aux dispositions de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés qui protègent la liberté et la sécurité de la personne. Ces organisations affirment que les demandeurs d'asile provenant des États-Unis qui sont déboutés en vertu de l'Entente sur les tiers pays sûrs à la frontière canadienne sont emprisonnés à leur retour aux États-Unis. Le gouvernement du Canada affirme qu'il n'y a pas d'atteintes aux droits garantis par la Charte du fait de la conformité à la loi de la procédure d'admissibilité et

Abstract

This article analyzes the implementation of the principle of non-refoulement enshrined in international refugee law in the Canadian context where the safe third countries agreement pointing out the United States as a safe third country is the subject of a dispute at the Federal Court regarding the protection of the rights of asylum seekers from the United States. Refugee rights organizations claim that this safe third countries agreement violates the provisions of section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, which protects liberty and security of the person. These organizations claim that asylum seekers from the United States who are rejected by virtue of the safe third countries agreement at the Canadian border are imprisoned on their return to the United States. The Government of Canada affirms that there are no infringements of the rights guaranteed by the Charter because of the conformity with the law of the admissibility procedure and of the

* L'auteur est avocat de la couronne (Procureur) du Gouvernement de l'Ontario (Canada) et est titulaire d'un *Juris Doctor* de l'Université d'Ottawa. Les points de vue exprimés dans cet article sont ceux de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement ceux du Gouvernement de l'Ontario.

du droit reconnu aux demandeurs du statut de réfugié de solliciter un contrôle judiciaire contre une potentielle décision négative. En juillet 2020, la Cour fédérale canadienne a rendu un arrêt où il est établi que l'Entente sur les tiers pays sûrs porte atteinte aux droits garantie par la Charte. Ces différents arguments ont une conséquence directe sur le respect par le Canada du principe de non-refoulement qui protège tout demandeur du statut de réfugié contre un renvoi pouvant occasionner sa persécution. Cet article propose une démarche mutuellement complémentaire entre l'institution de l'Entente sur les tiers pays sûrs et la garantie du respect du principe de non-refoulement pour garantir au même moment la protection des droits consacrés à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés.

recognized right of refugee claimants to seek screening judicial against a potential negative decision. In July 2020, the Canadian Federal Court made a judgment which established that the safe third countries agreement infringed the Charter rights. These various arguments have a direct consequence on Canada's respect for the principle of non-refoulement which protects any applicant for refugee status against being returned, which could result in persecution. This article proposes a mutually complementary approach between the institution of the safe third countries agreement and the guarantee of respect for the principle of non-refoulement in order to guarantee at the same time the protection of the rights enshrined in section 7 of the Canadian Charter of rights and freedoms

Mots-clés : principe du non-refoulement, tiers pays sûrs, demandeur du statut de réfugié, droit à la vie, à la liberté et la sécurité, Gouverneur en Conseil.

INTRODUCTION

En juillet 2020, la Cour fédérale canadienne (ci-après la Cour) a rendu une décision¹ déclarant invalide et inconstitutionnelle les dispositions législatives et réglementaires² qui encadrent l'Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes du statut de réfugié présentées par des ressortissants des pays tiers (ci-après L'Entente sur les tiers

¹ *Conseil Canadien pour les réfugiés c Canada (Citoyenneté et Immigration)* 2020 CF 770 [Conseil Canadien pour les réfugiés, juillet 2020]

² Il est fait allusion notamment à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* L.C. 2001, ch. 21, art 102 [LIPR] et au *Règlement sur l'immigration et la Protection des réfugiés* DORS/2002-227, art.159.1 à 159.7 [Règlement]

pays sûrs).³ Il est établi dans cette décision de la Cour une violation de la constitution canadienne⁴ par le gouvernement du Canada, notamment de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵ (*ci-après la Charte*) relatifs au droit à la vie, à la liberté et la sécurité de la personne pour les demandeurs du statut de réfugié provenant des États-Unis par voie terrestre et déboutés à la frontière canadienne en vertu de l'*Entente sur les tiers pays sûrs* qui se voient mis en détention une fois retournés aux États-Unis.⁶ Bien plus, dans sa décision, la Juge MacDonald a établi, au nom de la Cour, que la violation de la Charte ne se justifiait pas en vertu de l'article premier de la *Charte*⁷ qui exige qu'une violation ne soit envisageable que dans les « limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».⁸

La Juge McDonald n'a non seulement pas conclu au caractère inopérant et invalide⁹ des dispositions législatives et réglementaires qui encadrent l'*Entente sur les tiers pays sûrs*, mais aussi à la suspension pour six mois de l'« inopérabilité » de ces dispositions législatives et réglementaires pour permettre au législateur de prendre les mesures qui s'imposent¹⁰. Cependant sur initiative du gouvernement du Canada, la décision de la Juge McDonald a été attaquée en appel, et en date du 26 octobre 2020, la Cour d'appel fédérale, par l'entremise du Juge Stratas a rendu un arrêt qui mettra une surséance à l'exécution du

³ Voir l'*Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers*, 5 décembre 2002, RT Can n° 2 (entré en vigueur : 29 décembre 2004) [Entente sur les tiers pays sûrs]

⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c.11 [*Loi constitutionnelle de 1982*]

⁵ *Charte Canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c. 11 [La Charte]

⁶ Voir la décision : Conseil Canadien pour les réfugiés, juillet 2020, *supra* note 1.

⁷ *Ibidem.*, para 162

⁸ *La Charte*, *supra* note 5, art. 1

⁹ *Loi Constitutionnelle de 1982*, *supra* note 4, art. 52 « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit »

¹⁰ Conseil Canadien pour les réfugiés, juillet 2020, *supra* note 1, para 162

jugement rendu jusque-là par la cour fédérale en attendant une décision finale à prendre en appel¹¹.

Une lecture du contenu du préambule de *l'Entente sur les tiers sûrs*, fait transmettre de manière claire que son objet est axé sur la nécessité des partages de responsabilité en vue de permettre un « traitement ordonné des demandes d'asiles »¹² entre le Canada et les États-Unis. Bien plus, *l'Entente sur les tiers pays sûrs* précise la catégorie des demandeurs du statut de réfugié concernés par ses dispositions à savoir ceux qui proviennent de manière « directe du territoire de la partie cocontractante où ils auraient pu trouver une protection effective ».¹³ Certaines exceptions notamment celles liées aux liens de familles d'un demandeur du statut de réfugié avec une personne résident régulièrement au Canada peuvent être d'application¹⁴.

Au Canada la mise en œuvre de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* repose sur l'alinéa 101 (1) de la *LIPR*¹⁵ et à l'article 159.3 du *Règlement*.¹⁶ C'est en 1989, que la loi sur l'immigration et la protection des réfugiés a été modifiée pour donner à *l'Entente sur les tiers pays sûrs* une valeur de loi dans l'arsenal juridique canadien¹⁷.

Il se révèle que dans cette bataille judiciaire sur la problématique de la protection des droits des demandeurs du statut de réfugié au Canada, il y a d'un côté une partie, représentée par le Conseil Canadien des réfugiés, qui affirme que le fait pour un demandeur d'asile de se présenter à une frontière terrestre canadienne donne d'office le droit à la protection minimum consacrée par la *Charte*; tandis qu'une autre partie, le gouvernement du Canada, affirme qu'aussi longtemps qu'un demandeur d'asile n'a pas passé les critères

¹¹ *Canada (Citoyenneté et immigration) c Conseil canadien pour les réfugiés*, 2020 FCA 181 [Conseil Canadien pour les réfugiés, octobre 2020]

¹² Entente sur les tiers pays sûrs, *supra* note 3.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Règlement*, *supra* note 2, art 159.5

¹⁵ *LIPR*, *supra* note 2, C 2001, c 27

¹⁶ *Règlement*, *supra* note 2.

¹⁷ Comités de la Chambre des communes, 33e Législature, 2e Session : Comité législatif sur le projet de loi C-55, *Loi modifiant la Loi sur l'immigration de 1976 et d'autres lois en conséquence*, vol. 1 no. 1-10

d'éligibilité à la frontière selon les termes de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*, il n'y a pas lieu à l'application de la *Charte*. Les décisions de la Cour fédérale sur cette question depuis novembre 2007 n'ont pas toujours été unanimes; tantôt, il a été décidé que la *Charte* s'appliquait à tout demandeur d'asile par le simple fait de se retrouver à une frontière terrestre canadienne¹⁸, tantôt il a été clairement affirmé que la *Charte* ne s'appliquait pas aux demandeurs d'asile non éligibles en vertu de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*¹⁹.

Bien plus, au-delà de cette problématique sur le droit interne relatif à protection des demandeurs d'asile au Canada, une autre question se pose sur le plan international qui est celle du respect par le Canada, partie à la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés²⁰, du principe consacré en droit international du non-refoulement face aux exigences de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* quant à l'admissibilité au Canada des demandeurs du statut de réfugiés. Le principe de non-refoulement protège contre les risques de retourner dans un pays où la vie ou la liberté des demandeurs d'asile seront menacées. Le fait que les demandeurs d'asile non admissibles au Canada en vertu de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* sont privés de liberté à leur retour aux États-Unis soulève donc aussi une problématique du respect des engagements internationaux relatifs à la protection des réfugiés par le Canada et le risque pour un demandeur d'asile aux États-Unis de se voir refoulé dans son pays de persécution en application de la politique de « tolérance zéro ».²¹ Cette politique exige un standard plus élevé que celui habituellement exigé du demandeur d'asile lorsque ce dernier n'a pas déposé sa demande dans un délai d'une année. La politique de la tolérance zéro exige au demandeur d'asile de démontrer au-delà de la crainte de persécution fondée, la probabilité « plus que possible » d'être persécuté si jamais les États-Unis le refoulaient dans son pays d'origine.²² Avec la tolérance zéro, le risque de refoulement vers un pays de persécution est élevé aux États-Unis; lorsque le

¹⁸ *Conseil Canadien des réfugiés c Canada (Citoyenneté et immigration)* 2007 CF 1262 [*Conseil canadien pour les réfugiés, 2007*] et *Conseil canadien pour les réfugiés de juillet 2020, supra* note 1.

¹⁹ *Conseil Canadien pour les réfugiés c Canada (Citoyenneté et immigration)* 2008 CFA 229 [*Conseil canadien pour les réfugiés, 2008*]

²⁰ *Convention relative au statut des réfugiés* (28 juillet 1951), 189 R.T.N.U. 137 (entrée en vigueur le 22 avril 1954, ratifier au Canada le 4 juin 1969) [*Convention sur les réfugiés*]

²¹ *Conseil Canadien pour les réfugiés, juillet 2020, supra* note 1, para 62-63

²² *Ibid.*

Canada déboute un demandeur d'asile sur base de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*, le Canada valide indirectement le refoulement des États-Unis d'un demandeur d'asile qui n'aura pas déposé sa demande dans un délai d'une année aux États-Unis.

Cette situation qui s'apparente à une « crise juridique » sur les droits et la protection des réfugiés au Canada ne devrait pourtant pas l'être aux regards des objectifs assignés à *l'Entente sur les tiers pays sûrs* dont notamment celui d'identifier un tiers pays sûr pour garantir l'intégrité du système de protection des réfugiés. Ceci explique d'ailleurs l'intérêt de cette analyse. Est-ce l'institution de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* qui pose problème ou c'est la désignation et le maintien des États-Unis comme tiers pays sûrs qui pose problème. Le concept de tiers pays sûr est-il un concept statique ou dynamique, et donc sujet à des ajustements? Qu'advient-il lorsque les ajustements sur la désignation des tiers pays sûrs ne sont pas faits? Il faudrait-il invalider ou suspendre les dispositions instituant et désignant les États-Unis tiers pays sûrs ou alors mettre fin à *l'Entente sur les tiers pays sûrs*? La décision de la Juge McDonald de suspendre les dispositions législatives et réglementaires invalides répond-elle à ce besoin d'ajustement ou c'est une autre façon de dire non à l'existence de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*? Voilà autant de questions et d'autres subséquentes sur lesquelles cette analyse va se focaliser. La décision rendue par la Juge McDonald en juillet 2020 constitue une décision centrale pour notre analyse car elle rassemble les points de vue donnés par la Cour fédérale sur la même question.

Ainsi par soucis de clarté, il est important de retracer les étapes qui ont donné naissance à la décision qui fait l'objet de notre analyse (I) avant d'aborder la problématique de la question actuelle à savoir celle qui porte sur le fondement juridique de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* (II) et l'applicabilité du principe du non-refoulement dans le contexte de cette *Entente sur les tiers pays sûrs* pour finaliser avec l'applicabilité de la *Charte* aux demandeurs d'asile à la frontière du Canada (III).

I. Brève description chronologique de l'*Entente sur les tiers pays sûrs*

L'idée de mettre en place une *Entente sur les tiers pays sûrs* avec les États-Unis a été accélérée au lendemain des événements terroristes du 11 septembre 2001 survenus aux États-Unis et qui ont poussé ces derniers à vouloir assurer un contrôle plus solide de leurs frontières pour des raisons sécuritaires contre les menaces terroristes en Amérique du Nord.²³ L'*Entente sur les tiers pays sûrs* s'inscrit donc dans une perspective multisectorielle visant à garantir la sécurité en termes de contrôle des mouvements des vas-et-vient des personnes entre le Canada et les États-Unis.²⁴ La Professeur Sharry Aiken, de Queen's University estime d'ailleurs qu'avant le 11 Septembre 2001, le Canada faisait déjà une proposition d'une *Entente sur les tiers pays sûrs* avec les États-Unis mais que cette proposition n'avait pas trouvé l'assentiment des États-Unis parce que ces derniers n'y trouvaient aucun avantage. En effet, une *Entente sur les tiers pays sûrs* signifiait pour les États-Unis, l'obligation de prendre soin d'un certain nombre des réfugiés se trouvant sur son territoire qui pouvaient pourtant chercher refuge au Canada²⁵. Avec les menaces terroristes, les États-Unis avaient besoin de la coopération du Canada pour surveiller leurs frontières communes²⁶. Ceci s'apparente à une volonté tacite de renoncement par les États-Unis à ses obligations en vertu du droit international sur la protection des réfugiés. Il se dégage de cette analyse que le Canada et les États-Unis avaient dès le départ des objectifs différents comme motivation pour signer l'accord qui a institué l'*Entente sur les tiers pays sûrs*. Les États Unis avaient des objectifs sécuritaires et le Canada des objectifs pratiques pour garantir l'intégrité du système de protection des réfugiés. Pour le Canada il s'agit de traiter les demandes d'asile des personnes qui n'ont pas la possibilité de se retrouver dans un pays tiers sûr.

²³ SHARRY AIKEN, Is this the end of the Safe Third Country Agreement? (30 juillet 2020); Online (Podcast): *The Big Story* < <https://thebigstorypodcast.ca/2020/07/30/is-this-the-end-of-the-safe-third-country-agreement/>>

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ US and Canada Smart Boarder Declaration (2001), *legislationonline* < <https://www.legislationonline.org/documents/id/7543>>

Une année après l'entrée en vigueur de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*²⁷, et avec le constat de ses conséquences sur les droits des demandeurs d'asile non admissible au Canada et renvoyés aux États-Unis pour y être emprisonnés, les actions judiciaires sont déclenchées pour obtenir son annulation pour excès de pouvoir, pour violation de la charte et autres griefs.

C'est ainsi qu'en 2007, Le Conseil canadien pour les réfugiés conjointement avec le Conseil canadien des Églises, Amnesty International et M. Untel déposent une demande de contrôle judiciaire destinée à obtenir l'invalidation des articles 159.1 à 159.7 du Règlement instituant *l'Entente sur les tiers pays sûrs* pour violation de la Constitution canadienne et excès de pouvoir.²⁸ En première instance, le Juge Phelan ayant entendu la cause avait estimé sur la base de la preuve en sa possession que, la désignation des États-Unis comme tiers pays sûrs et les dispositions légales et réglementaires qui encadraient cette désignation devraient au préalable être conformes aux prescrits des principaux instruments juridiques internationaux relatifs à la protection des réfugiés, tel qu'indiqué à l'article 102(1)(a) de la LIPR²⁹, et que sur la base de la preuve en sa possession, les États-Unis ne se conforment pas aux prescrits de ces dispositions internationales et par conséquent, il a décidé que *l'Entente sur les tiers sûrs* était invalide.³⁰

En juin 2008, la Cour Fédérale statuant en appel³¹ de la décision de première instance de novembre 2007 rendue par le Juge Phelan, sans pour autant contester la désignation des États-Unis comme tiers pays sûrs, s'est appesantie sur la nature des pouvoirs que le Gouverneur en Conseil, une structure qui est un Conseil privé de la Reine d'Angleterre pour le Canada, détenait pour désigner les États-Unis comme un pays tiers sûr. Dans sa décision, le Juge Noël, parlant au nom de la Cour fédérale d'appel, affirme que les pouvoirs que le Gouverneur en Conseil détient pour désigner les États-Unis comme pays tiers

²⁷ *L'Entente sur les tiers pays sûrs* est entrée en vigueur le 29 décembre 2004

²⁸ *Conseil canadien pour les réfugiés, 2007, supra* note 13.

²⁹ *Convention sur les réfugiés, supra* note 20, art. 33 et la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (10 décembre 1984), 1465 R.T.N.U 85 art 3 (entrée en vigueur le 26 juin 1987) [Convention contre la torture]

³⁰ *Conseil canadien pour les réfugiés, 2007, supra* note 17 para 338

³¹ *Conseil canadien pour les réfugiés, 2008, supra* note 18

sûr n'est pas un pouvoir discrétionnaire mais plutôt assujéti au respect des quatre facteurs essentiels prévus dans la LIPR à l'article 102(2) quant à la désignation des pays tiers sûrs. Ces facteurs sont énumérés de la manière suivante :

- a) le fait que ces pays sont parties à la Convention sur les réfugiés et à la Convention contre la torture;
- b) leurs politiques et usages en ce qui touche la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention sur les réfugiés et les obligations découlant de la Convention contre la torture;
- c) leurs antécédents en matière de respect des droits de la personne;
- d) le fait qu'ils sont ou non parties à un accord avec le Canada concernant le partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile.³²

Selon le Juge Noël aussi longtemps que ces facteurs sont pris en compte dans la désignation d'un pays tiers sûr, il n'y a pas lieu de parler de l'excès des pouvoirs d'autant plus que ces facteurs sont conformes aux droits des réfugiés.³³

Il se dégage de ces arguments que, contrairement au Juge de première instance, le Juge Noël penche son raisonnement plus sur les conditions de la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr que sur la validité des textes légaux et réglementaires qui encadrent la création et la mise en œuvre de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*. Pour le Juge Noël, il est évident que la violation d'une condition essentielle de mise en œuvre de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* ne devrait pas être confondue aux pouvoirs légaux et réglementaires de création de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* en question. C'est une démarche tout à fait différente, mais soutenable sur le plan logique. Il n'y a donc pas lieu, selon le Juge Noël, de parler d'une hypothèse d'excès des pouvoirs par le Gouverneur en Conseil qui n'a fait que mettre en œuvre les pouvoirs lui attribués³⁴ et moins encore de

³² *Conseil canadien pour les réfugiés, 2008, supra note 19 aux para 75-76*

³³ *Ibid.*

³⁴ *LIPR, supra note 2, art 102(3)*

penser que le « *Règlement* pouvait contrevenir à la Charte, même si les États-Unis étaient un pays sûr ». ³⁵

Quant à la problématique sur la violation de l'article 7 de la *Charte* par le Gouvernement du Canada, le Juge Noël semble sceptique dans son argumentation et fonde sa motivation essentiellement sur la qualité d'agir des parties en cause, à savoir les intervenants volontaires et la personne ayant initié l'action en justice. Selon le Juge Noël, le fait que Monsieur « Untel » ne s'est jamais présenté à la frontière pour avoir sa demande examinée en vertu de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* le prive de toute qualité de se prévaloir de la protection de la *Charte* des hypothèses. ³⁶

S'inscrivant en faux eu égard à la position prise par le Juge de première instance et s'appuyant sur une décision de la Cour Suprême du Canada dans l'affaire du *Conseil Canadien des Églises* ³⁷, le Juge Noël, statuant en appel affirme ainsi sa position en ces termes :

À mon avis, cette approche hypothétique que le juge de première instance a employée va à l'encontre du principe bien établi selon lequel une contestation fondée sur la Charte ne peut être examinée dans l'abstrait, sauf s'il est démontré que les dispositions législatives en cause ne pourraient pas être contestées d'une autre façon. ³⁸

Le Juge Noël estime qu'on peut parler de refoulement seulement lorsqu'un demandeur de statut de réfugié se présente à la frontière et voit sa demande rejeter pour inéligibilité en vertu de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*. Ceci peut alors donner droit au demandeur d'asile de se prévaloir de la protection accordée par la *Charte* à l'article 7 d'où son refus d'aborder cette question. ³⁹

La critique qu'on peut attacher au raisonnement du Juge Noël est que pour lui, les termes de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* qui fixent les conditions

³⁵ *Conseil canadien pour les réfugiés*, 2008, *supra* note 14 para 42

³⁶ *Ibidem.*, para 102

³⁷ *Conseil Canadien des Églises c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'immigration)* [1992] 1RCS 236 para 42

³⁸ *Ibid.* para 100

³⁹ *Ibidem.*, para 103-104

d'admissibilité et de non-admissibilité ne comptent pas, mais plutôt la présence ou pas d'un individu demandeur du statut à la frontière terrestre du Canada. Une conception qui paraît être statique et contraire au raisonnement développé par le Juge de la première instance qui a tenu compte des termes de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* pour apprécier les droits des demandeurs des statuts notamment de ceux qui ne sont pas éligibles en vertu de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*. En effet, comment juger la situation d'un demandeur du statut de réfugié qui craint d'être refoulé dans son pays d'origine pour y être persécuté et craint au même moment de traverser la frontière canadienne parce qu'inéligible en vertu de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*? La possibilité d'accès à la frontière ne devrait-elle pas être prise en compte dans l'appréciation de l'applicabilité de la *Charte* aux demandeurs d'asile dans le contexte de l'Entente des tiers pays sûrs?

C'est dans cette perspective qu'Efrat Arbel, dans son analyse sur les décisions de la Cour fédérale du Canada et la Cour d'appel fédérale du Canada portant sur *l'Entente sur les tiers pays sûrs* parle des concepts d'une frontière mouvante pour qualifier l'approche de la Cour fédérale et du concept d'une frontière statique pour qualifier l'approche de la Cour d'appel fédérale comme facteur déterminant de l'application ou pas de la *Charte* aux demandeurs du statut de réfugié.⁴⁰ Efrat Arbel estime d'ailleurs que cette approche est une approche erronée et problématique qui pousse à questionner le fondement réel de la protection du droit des réfugiés au Canada⁴¹. En effet, le juge de première instance a une vision plus extensive, pour ne pas parler d'une vision « virtuelle » de la notion de frontière terrestre lorsque celle-ci peut indirectement soustraire certains individus, demandeurs du statut soient-ils, de la protection minimum accordée par la charte, soit une appréhension « mouvante » de la frontière. Et le Juge de la Cour fédérale d'appel a une vision plus ou moins mécanique ou géographique de la frontière qui détermine l'éligibilité ou pas à la protection accordée par la *Charte* soit une *appréhension « statique » de la frontière*.⁴²

⁴⁰ EFRAT ARBEL, " Shifting Borders and the Boundaries of Rights: Examining the Safe Third Country Agreement between Canada and the United States" (2013) 25:1 Int'l J Refugee L p65 [*Efrat Arbel*]

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, p 66

Bien plus récemment en juillet 2020, la Juge McDonald statuant sur un renvoi s'est déclarée liée par l'arrêt rendu en 2008 qui a confirmé qu'il n'y a pas lieu de parler de l'excès des pouvoirs dans le chef du Gouverneur en Conseil lors de la désignation des États-Unis comme pays tiers sûr⁴³. La Juge McDonald a par ailleurs procédé à une analyse approfondie des conditions d'applicabilité de la Charte avant de conclure, contrairement au Juge Noël, que la *Charte* était d'application pour les cas des demandeurs d'asile qui se retrouvent inéligible d'être accueillis à présenter une demande d'asile au Canada en vertu des termes de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* et se voient obligés de retourner aux États-Unis pour y être emprisonnés et subir des traitement inhumains.⁴⁴ Par ailleurs, la Juge McDonald a non seulement déclaré invalides les dispositions réglementaires en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais aussi prononcé une mesure de suspension pour six mois visant à permettre au gouvernement de légiférer. Ce raisonnement peut aussi porter à confusion d'autant plus que, comme cela a été dit précédemment, si la mise en œuvre de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* a été faite de manière régulière, quel serait l'intérêt d'invalider les dispositions législatives et réglementaires qui l'encadrent? Le problème est-il au niveau du contenu des dispositions qui créent *l'Entente sur les tiers pays sûrs* ou au niveau du suivi des conditions de mise à jour requises pour qu'un État, à l'instar des États-Unis, continue à être considéré comme un État désigné?

Ce survol sur les étapes du développement judiciaire de la question sur *l'Entente sur les tiers pays sûrs* au Canada il est ainsi bien facile de saisir l'objet de cette recherche, ainsi que de toute la problématique que cette question soulève pour la protection des droits des réfugiés au Canada.

L'objet principal dans toute cette bataille judiciaire est d'assurer que le Canada ne viole pas ses obligations en vertu de la Charte ou d'autres conventions internationales qui protègent les réfugiés lorsqu'il s'agit de refouler les demandeurs du statut de réfugié qui tentent de traverser la frontière terrestre du

⁴³ *Conseil canadien pour les réfugiés, 2008, supra note 14 para 80*

⁴⁴ *Conseil Canadien pour les réfugiés, juillet 2020, supra note 1, para 85-95*

Canada en provenance des États-Unis et qui se heurtent à l'inéligibilité en vertu de *l'Entente sur les pays tiers sûrs*.

L'intérêt de cette recherche s'inscrit donc dans l'appréciation de la responsabilité du Canada dans la protection des droits des demandeurs d'asile qui ont un premier point d'entrée aux États-Unis mais qui veulent se rendre au Canada pour demander l'asile; et ensuite de questionner le respect des droits garantis par l'article 7 de la *Charte*.

Avec cet aperçu sur la problématique de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* entre le Canada et les États-Unis, il se dégage une nécessité, à la lumière de la décision de juillet 2020, de faire une analyse de ce qui reste du principe de non-refoulement dans le contexte de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* avant de pouvoir aborder la question de l'applicabilité de la *Charte* aux demandeurs des statuts de réfugié dans le contexte de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*. Mais avant que ces points soient abordés, il est nécessaire d'aborder le fondement juridique de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*.

II. L'Entente sur les tiers pays sûrs

Dans sa décision, la Cour fédérale s'est penchée d'abord sur la question litigieuse de la validité juridique de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* en analysant les dispositions légales et réglementaires qui encadrent cette *Entente sur les tiers pays sûrs* notamment les articles 102 (3) de la *LIPR* et le paragraphe 159.3 du *Règlement*. Ceci pour déterminer s'il y avait « excès de pouvoir » ou pas dans le Chef du Gouverneur en Conseil, structure légale selon la disposition de cet article, pour mettre en œuvre cette *Entente sur les tiers pays sûrs*. A cet effet, il est important de questionner la base légale et d'apprécier la notion de l'excès des pouvoirs pour, au final, mieux comprendre la position de la Cour par rapport à la pratique des États sur la question des Pays tiers sûrs ailleurs.

A) Le fondement juridique de l'Entente des tiers pays sûrs

L'application de la *LIPR* dans le contexte d'une *Entente sur les tiers Pays sûrs* trouve son fondement à l'article 102(1) de la *LIPR* qui donne le pouvoir au *Règlement* de définir les termes utiles pour son application et d'aborder la question du « partage avec d'autres pays de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile » pour toute personne qui demande le statut de réfugié et qui arrive directement ou indirectement d'un pays désigné autre que celui de sa nationalité ou de leur résidence habituelle. Il est notamment fait allusion à l'article 102(1) au fait que les pays désignés doivent être ceux qui se conforment aux prescrits de l'article 33 de la *Convention sur les réfugiés* relatif au principe du non-refoulement et à l'article 3 de la *Convention contre la torture*. C'est dans ce contexte que sur pied du paragraphe 159.3 du *Règlement* qui se libelle de la manière suivante : « Les États-Unis sont un pays désigné au titre de l'alinéa 102(1)a) de la Loi à titre de pays qui se conforme à l'article 33 de la *Convention sur les réfugiés* et à l'article 3 de la *Convention contre la torture* et sont un pays désigné pour l'application de l'alinéa 101(1)2) de la Loi » que l'*Entente sur le tiers pays sûr* est juridiquement fondée et que les États-Unis y sont désignés « tiers pays sûrs ». L'article 102(3) de la *LIPR* donne le pouvoir de désignation d'un tiers pays sûr au Gouverneur en Conseil qui prend sa décision en conformité avec les prescrits de l'article 102 (1) a).

B) La portée du pouvoir du Gouverneur en Conseil dans la désignation des tiers pays sûrs

La Cour d'appel fédérale a estimé que le Gouverneur en Conseil n'avait pas de pouvoir discrétionnaire⁴⁵ qui allait au-delà des prescrits de l'article 102 dans la désignation des tiers pays sûrs. Ceci contrairement à l'allégation qui a été faite par le demandeur, qui a estimé que la désignation d'un tiers Pays sûr est allée au-delà des pouvoirs que la *LIPR* a conféré au Gouverneur en Conseil. Bien plus, la Cour a aussi décidé que la désignation des États-Unis comme tiers pays

⁴⁵ *Conseil canadien pour les réfugiés, 2008, supra note 14 para 67, décision de 2008, Le Juge Noël statue que la disposition de l'article 102 « ne confère pas au Gouverneur en Conseil le pouvoir de conclure une Entente lorsque le pays en cause ne se conforme pas aux conditions préalables en question ».*

sûr n'était pas allé au-delà de la compétence conférée par loi, et donc il n'y a pas eu excès de pouvoir comme cela a été affirmé par la partie demanderesse. La position de la Cour d'appel fédérale vient de l'application de la norme de la décision correcte⁴⁶ dans la recherche d'une réponse à la question de l'excès des pouvoirs dans la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr. A ce propos, la Cour d'appel fédérale a donc commencé par « déterminer les conditions préalables à l'exercice par le Gouverneur en Conseil du pouvoir qui lui est délégué et décider si ces conditions étaient remplies lorsque le *Règlement* a été pris »⁴⁷

Il s'est avéré selon la preuve dans le dossier, que les conditions requises dans l'article 102(2) de la *LIPR* étaient remplies; notamment celle en rapport avec la Conformité à l'article 33 de la *Convention sur les réfugiés* et celle de l'article 3 de la *Convention Contre la torture et autres peines dégradantes et inhumaines* ainsi que de ses pratiques, usages et antécédents en matière de respect des droits de la personne⁴⁸. En accord avec la Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale, le litige sur l'excès des pouvoirs n'est donc pas juridiquement soutenu car le Gouverneur en Conseil a agi sur base de la preuve objective soumise et appuyée par les déclarations d'un représentant du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés qui a estimé que le Canada et les États-Unis remplissaient les conditions requises par la loi.⁴⁹ Si l'institution de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* est régulière, comment évaluer la portée du principe de non-refoulement dans le contexte de cette Entente?

⁴⁶ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9 au paragraphe 59 dans laquelle il est affirmé que les questions qui touchent à la constitutionnalité sont évaluées suivant la norme de la décision correcte. Une analyse pragmatique et fonctionnelle n'est pas obligatoire pour une telle question.

⁴⁷ *Conseil canadien pour les réfugiés*, 2008, *supra* note 14 para 64

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, para 79

III. Le principe de non-refoulement dans le Contexte de l'Entente sur les tiers pays sûrs

Un principe central de la protection des droits des réfugiés, le non-refoulement est consacré à l'article 33(1) de *la Convention sur les réfugiés* en ces termes :

Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

Au Canada, hormis quelques exceptions prévues au paragraphe 159.5 du *Règlement*, l'article 101 (1) (f) dispose clairement qu'un demandeur de statut sera irrecevable lorsqu'il arrive « directement ou indirectement, d'un pays désigné par le *Règlement* autre que celui dont il a la nationalité ou dans lequel il avait sa résidence habituelle ». Dans le contexte de notre analyse, ce pays désigné est les États-Unis dont *l'Entente sur les tiers pays sûrs* garantit un système de renvoi pour tout demandeur de statut qui tombe dans les conditions d'inéligibilité. Dans l'arrêt sous examen, il est fait mention des arrestations et traitements inhumains des personnes non éligibles à la frontière canadienne dès qu'elles sont renvoyées aux États-Unis en dépit de la désignation de ces derniers comme tiers pays sûr. Il suffit donc de faire partie du « groupe social » des demandeurs d'asile déboutés à la frontière terrestre canadienne pour être emprisonné aux États-Unis.

Ceci nous pousse à aborder la nature du principe de non-refoulement dans un contexte d'une *Entente sur les tiers pays sûrs* avec un pays désigné où des questions des violations des droits humains restent préoccupantes; et ensuite de questionner la responsabilité du Canada si jamais la violation de certains de ses engagements internationaux en matière des droits des réfugiés sont établis.

A) Le non-refoulement un principe d'effectivité

L'Entente des tiers pays sûrs garantit un système de renvoi au sein de l'espace des pays désignés. Dans le cas d'espèce, cela peut être les États-Unis comme le Canada. La preuve disponible démontre que pour les États-Unis, les individus

qui ne sont pas admissibles sont renvoyés aux États-Unis pour y être emprisonnés. La problématique qui se pose dans un contexte comme celui des États-Unis est de savoir comment concilier la désignation des États-Unis comme pays désigné pendant que la preuve démontre que les traitements inhumains y sont administrés à des personnes non éligibles en vertu de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*?⁵⁰ Que restera du contenu du principe du non-refoulement consacré à la fois à l'article 33(1) de la Convention sur les réfugiés et l'article 115(1) de la *LPIR* dans le contexte canadien? Bien plus, l'article 115(3) de la *LPIR* précise d'ailleurs de manière explicite qu'« une personne ne peut, après prononcé d'irrecevabilité au titre de l'alinéa 101(1)(e) être renvoyée que vers le pays d'où elle est arrivée au Canada sauf si le pays vers lequel elle sera renvoyée a été désigné au titre du paragraphe 102(1) ou que sa demande d'asile a été rejetée dans le pays d'où elle est arrivée au Canada ». Le seul fait de désigner les États-Unis de tiers pays sûr suffit-il pour estimer que le Canada respecte le principe de non-refoulement?

Dans sa réponse à cette problématique, la Cour d'appel fédérale s'est appuyée sur une décision de la Chambre des Lords dans *Reg. C. Secretary of State for the Home Department, ex. p. Yogathas*, [2002] UKHL 36 pour affirmer que la qualification d'un pays désigné devrait être appréciée de manière pratique face au risque de refoulement à son pays d'origine s'il est renvoyé dans son premier pays d'arrivée.⁵¹ Dans le cas d'espèce, il est démontré que le niveau de preuve requis pour ne pas être expulsé des États-Unis répond à un standard élevé qui est parfois difficile à rencontrer pour un demandeur d'asile qui a fait plus d'une année sans déposer une demande d'asile (la charge de la preuve du risque de persécution plus que probable en cas de renvoi incombe au demandeur d'asile), et que dans le passé les États-Unis ont expulsé des individus vers des États tiers où les préoccupations sur le respect des droits humains sont assez élevées⁵². La responsabilité du Canada peut donc être engagée si un individu demandeur du statut de réfugié est qualifié d'inadmissible sur le territoire canadien en vertu de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*, et se trouve ensuite expulsé par les États-Unis

⁵⁰ *Conseil Canadien pour les réfugiés, juillet 2020, supra note 1, para 110*

⁵¹ *Conseil Canadien pour les réfugiés, 2008, supra note 14, par 126 à 128*

⁵² *Ibid.*, para 63

vers un tiers pays à la suite de la politique de « tolérance zéro » assez discutable des États-Unis en matière de l'immigration.

Bien plus, au Canada dans *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, il est bien mentionné que la *LIPR* « n'écarte pas la possibilité d'expulser une personne vers un pays où elle risque la torture, la ministre doit généralement refuser d'expulser le réfugié lorsque la preuve révèle l'existence d'un risque sérieux de torture ». ⁵³ Il est exigé une mise en balance préalable des facteurs pertinents avant tout renvoi pour apprécier la conformité de la décision à prendre par rapport aux exigences des principes de justice fondamentale garantie à l'article 7 de la *Charte* ⁵⁴. L'accent est en quelque sorte mis sur une évaluation personnalisée de la situation du risque de la personne à expulser qui doit être assez sérieux, et de nature à choquer la conscience des canadiens. ⁵⁵

B) La responsabilité du Canada

Comme membre signataire de la *Convention relative à la protection des réfugiés* et d'autres traités internationaux relatifs aux droits humains qui protègent les droits des réfugiés, le Canada a l'obligation de veiller à l'application et au respect des termes de ces instruments juridiques internationaux. C'est d'ailleurs avec raison qu'il est affirmé dans le préambule de la *LIPR* que son objet est de « remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d'affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller ». ⁵⁶

Pour donner effet à ses engagements internationaux dans le contexte du droit des réfugiés, le Canada a mis en place une loi sur l'immigration et la protection des réfugiés. Cette loi règlemente tout litige lié à la protection des réfugiés conformément aux prescrits de la *Convention sur les droits des réfugiés*. C'est

⁵³ *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)* 2002 CSC 1, [2002] 1RCS3 para 77

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Marvin Adolfo Galvez Padila c Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* 2013 CF 247 para 69

⁵⁶ *LIPR*, *supra* note 2, para 3.2 Préambule

toujours en vertu de cette loi que le gouvernement du Canada a initié la démarche pour la désignation d'un tiers pays sûr. Il en va sans dire que cette désignation doit se conformer aux instruments juridiques internationaux relatifs à la protection des réfugiés. C'est d'ailleurs avec raison qu'abordant la question de l'interprétation de la *LIPR*, il a été clairement mentionné que l'interprétation devrait se faire conformément « aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire ».⁵⁷

Bien plus, la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Singh c Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*⁵⁸ a déterminé que le terme « Chacun » du paragraphe 7 de la *Charte*⁵⁹ qui fait allusion au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne incluait aussi les demandeurs d'asile se trouvant au Canada, et que l'atteinte à ce droit ne peut être envisager qu'en « conformité avec les principes de justice fondamentale ». Il en va sans dire qu'un demandeur du statut de réfugiés qui se retrouve à un poste frontalier du Canada est déjà dans le territoire canadien et que les prévisions de l'article 7 de la *Charte* doivent s'appliquer. Ceci suppose en outre que le renvoi d'un demandeur d'asile aux États-Unis où la preuve démontre qu'il sera exposé à un traitement inhumain et dégradant parce qu'inéligible en vertu de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*, revient ni plus ni moins à soustraire ces demandeurs de la protection accordée par la *Charte*. Les demandeurs ont droit d'avoir leurs causes régulièrement entendues par les institutions compétentes du Canada aussi longtemps qu'ils ne font pas parties des clauses d'exclusions telles qu'énumérées à la fois par la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* et les lois internes canadiennes. La responsabilité du Canada peut donc être engagée lorsque le refoulement se pratique sur de bases qui ne sont pas en phase avec le contenu des dispositions de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*⁶⁰ et même de la pratique canadienne constante en la matière.

⁵⁷ *Ibidem.*, 3(3)f

⁵⁸ *Singh c Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration 1985]* 1 SCR. 177 [Singh].

⁵⁹ « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

⁶⁰ *Projet d'articles sur la Responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites*, Rés AG 56/83, Doc Off AG NU, 56^e sess supp n° 10, Doc NU A/56/10 (2001) article 1.

IV. L'applicabilité de la *Charte* aux demandeurs du statut de réfugié dans le contexte de l'*Entente sur les tiers pays sûrs*

La mise en œuvre de la disposition de l'article 102(1) de la *LIPR* qui traite du partage de responsabilité avec d'autres pays dans l'examen des demandes d'asile exige à ce qu'au niveau des postes frontaliers ceux-ci examinent avant tout l'éligibilité en vertu de l'*Entente sur les tiers pays sûrs*. Dans l'hypothèse où une demande est admissible, elle sera déferée devant la Commission de l'Immigration et du statut de réfugié canadienne pour examen des motifs de persécution; dans l'hypothèse contraire, le demandeur sera renvoyé aux États-Unis. Selon la preuve obtenue, ceux qui retournent aux États-Unis sont souvent mis en prison et y subissent un traitement inhumain. C'est dans ce contexte que dans le présent arrêt, les demandeurs allèguent avec preuves⁶¹ à l'appui que les personnes qui ne sont pas admissibles pour poursuivre la procédure d'asile au Canada à partir d'un poste frontalier avec les États-Unis sont pour la plupart emprisonnées une fois qu'elles retournent aux États-Unis et qu'à ce titre, la protection accordée notamment à l'article 7 de la *Charte* ne leur est pas appliquée à cause de l'*Entente sur les tiers pays sûrs*. La liberté et la sécurité de leur personne ne sont pas garanties avec le renvoi aux États-Unis à cause de l'*Entente sur les tiers pays sûrs*⁶². A ce sujet le gouvernement du Canada rejette les arguments avancés et soutient que l'article 7 de la *Charte* ne devrait pas être mis en cause d'autant plus que la disposition de l'article 102 (2) de la *LPIR* prévoit un mécanisme de surveillance de conformité à certaines exigences relatives aux droits humains dans l'analyse de l'éligibilité d'une demande d'asile à la frontière mais aussi la possibilité de demander un contrôle judiciaire d'une décision des agents des services frontaliers en cas d'inadmissibilité de la demande d'asile. Selon le gouvernement du Canada, ces procédures de conformité et de contrôle judiciaire consacraient le droit garanti à l'article 7 de la *Charte* au bénéfice des demandeurs de statut de réfugié à la frontière canadienne.

Bien plus, le défendeur a estimé que la *Charte* ne pouvait pas s'appliquer aux États-Unis ni aux faits qui se déroulent aux États-Unis comme notamment

⁶¹ Les demandeurs se basent notamment sur l'Affidavit de Mme Anker du 6 octobre 2017 au paragraphe 19, qui a fait allusion à un Rapport du Conseil des droits de l'Homme de juillet 2017 dans lequel les États-Unis sont considérés comme le pays ayant le plus grand système carcéral pour les immigrants dans le monde.

⁶² *Conseil Canadien pour les réfugiés, 2020, supra note 1, para 83*

l'emprisonnement des personnes jugées inadmissibles à la frontière canadienne.⁶³

Il se dégage de ces différents arguments que la question en litige porte sur l'applicabilité de la disposition de l'article 7 de la *Charte* relative à la liberté et sécurité de la personne lorsqu'une personne demandeur de statut de réfugié est jugée inadmissible au Canada en vertu de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*. Ainsi, est-ce le fait pour une personne de se présenter à un poste frontalier canadien pour demander asile fait jouer directement en sa faveur la protection accordée par la *Charte* si jamais elle risque la prison en retournant aux États-Unis en cas d'irrecevabilité? Une personne étrangère et sans résidence au Canada mais emprisonnée à la suite de l'irrecevabilité de sa demande fondée sur les termes de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*, peut-elle toujours se prévaloir de la protection de l'article 7 de la *Charte*? Qu'en est-il de la situation d'un demandeur de statut se trouvant aux États-Unis mais qui craint de se présenter à la frontière canadienne parce que se sachant inéligible et craint de se faire emprisonner aux États-Unis lors de son renvoi par le Canada; la *Charte* pourrait-elle s'appliquer à une personne qui est aux États-Unis et qui a juste peur de se voir inadmissible à la frontière canadienne ?

A) La position de la Cour fédérale

Dans sa décision, la Cour s'appuie sur le cadre de l'analyse développée dans l'arrêt *Carter c Canada (Procureur général)*⁶⁴ et détermine ainsi dans une première approche si la détention aux États-Unis et les risques qui en découlent dans le contexte d'inadmissibilité fondée sur *l'Entente des tiers pays sûrs* peuvent être rangés dans la catégorie d'atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne prévue à l'article 7 de la *Charte*. Et dans une deuxième approche, la Cour détermine, en cas d'établissement de la violation des droits garantis à l'article 7 de la *Charte*, si les violations ont été faites en conformité avec les principes de justice fondamentale⁶⁵.

⁶³ *Ibide*, para 84

⁶⁴ *Carter c Canada (Procureur général)* 2015 CSC 5 au para 5 [*Carter*]

⁶⁵ Les principes de justice fondamentale font allusion au caractère arbitraire, à la portée excessive et au caractère totalement disproportionné d'une violation (*Carter* au para.72)

B) Détermination d'une atteinte au droit, à la liberté et à la sécurité de sa personne

La démarche envisagée par la Cour dans le cadre de l'analyse de l'article 7 de la Charte sur l'atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne consiste à se poser la question de savoir si « une disposition législative intrinsèquement mauvaise prive qui que ce soit du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; un effet totalement disproportionné excessif ou arbitraire sur une seule personne suffit pour établir l'atteinte au droit garanti à l'article 7 ». ⁶⁶ La Cour poursuit en affirmant que « Chacun des demandeurs doit démontrer que les dispositions contestées ont un effet préjudiciable, ou pourraient avoir pareil effet, sur son droit à la liberté et à la sécurité ou limitent ce droit et qu'il existe un lien de causalité suffisant entre la conclusion d'irrecevabilité au titre de l'ETPS, *Entente sur les tiers pays sûrs*, et le préjudice subi ». ⁶⁷ A la question de savoir si les droits à la liberté et à la sécurité des personnes non admissibles au titre de l'Entente sur les tiers pays ont été violés, la Cour répond par l'affirmative au regard de la preuve déposée qui fait état de l'emprisonnement des personnes qui retournent aux États-Unis après le refus de leur admissibilité au Canada. ⁶⁸ Ensuite, à la question de savoir s'il y avait un lien de causalité suffisant entre les actes posés par les fonctionnaires canadiens chargés d'évaluer l'admissibilité à la frontière et le renvoi aux États-Unis des demandeurs non admissibles pour y être emprisonnés, la Cour répond par l'affirmative. ⁶⁹ Avec ces faits, la Cour a conclu qu'il y a eu atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité, d'où l'importance d'analyser si ces atteintes ont été faites en conformité avec les principes de justice fondamentale.

C) L'exigence de la conformité aux principes de justice fondamentale

Comme dans *Bedford*, la Cour a estimé que pour déterminer la conformité aux principes de justice fondamentale illustrée notamment par l'analyse du

⁶⁶ *Conseil canadien pour les réfugiés, juillet 2020, surpa* note 1 para 86 faisant référence à la décision (*Canada (Procureur générale) c Bedford, 2013 CSC 72 [Bedford], au par. 123*)

⁶⁷ *Ibid.*, para 93 faisant référence aux para 58 et 75 de la décision *Bedford*

⁶⁸ *Ibid.*, para 95-103

⁶⁹ *Ibid.*, para 99-10

caractère arbitraire, de la portée excessive et la disproportion totale, « il faut se demander d'abord si, de prime abord, l'objet de la disposition présente un lien avec ses effets et si l'effet préjudiciable est proportionné à cet objet ». ⁷⁰ Pour le besoin de la cause, la Cour a identifié l'objet de la loi ⁷¹ qui n'est autre que le partage des responsabilités entre les États signataires de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* pour un examen harmonieux des demandes d'asile des pays qui respectent la *Convention de 1951 relative au statut de réfugié*.

Ainsi examinant si les mesures prises avaient une portée excessive, la juge McDonald conclut par l'affirmative car la privation de la liberté n'avait aucun lien avec les objectifs de loi qui visent le partage des responsabilités. ⁷² En mettant en balance l'effet de l'emprisonnement et les objectifs de la loi, la Juge McDonald conclut au caractère totalement disproportionné de l'effet de cette loi sur les personnes emprisonnés et conclu à la violation de l'article 7 de la Charte au regard de l'incapacité pour les défendeurs de s'acquitter du fardeau de la preuve pour justifier que ces violations se justifient dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le refus par les agents de la frontière canadienne terrestre d'admettre des réfugiés au Canada en provenance des États-Unis porte atteinte non seulement à la Charte mais aussi au principe de non refoulement consacré en droit international au regards du risque de traitement inhumain et dégradants auxquels les demandeurs d'asiles sont exposés mais aussi au risque de la mise en œuvre de la politique de tolérance zéro par les États-Unis pouvant occasionnés le renvoi dans les pays d'origine avec risque de persécution.

CONCLUSION

En guise de conclusion, comme la Juge McDonald, nous sommes d'avis que la *Charte* s'applique aux demandeurs du statut des réfugiés non éligibles en vertu de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*, même si ces derniers se retrouvent aux États-Unis. Par contre, nous ne pensons pas que les dispositions législatives et réglementaires qui encadrent *l'Entente sur les tiers pays sûrs* devraient être déclarées invalides ou inconstitutionnelles parce que le nœud du problème n'est

⁷⁰ Ibid., para 117 de la décision faisant référence à [Bedford] au para 125

⁷¹ Reference est faite à la *LIPR* et au *Règlement*

⁷² *Conseil canadien pour les réfugiés, juillet 2020, surpa* note 1 para 131

pas l'institution de *l'Entente sur les tiers pays sûrs* en soi, mais plutôt le suivi effectif et régulier de la conformité du comportement des États-Unis aux conditions imposées dans l'article 102 de la *LIPR* et le *Règlement* pour être désigné « tiers pays sûr ». Il serait beaucoup plus logique à notre avis, que la Juge McDonald suspende la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr désigné plutôt que de faire référence à la validité ou pas de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*. Le fait que La Juge McDonald n'a pas statué clairement qu'il y a eu excès des pouvoirs dans le chef du Gouverneur en Conseil renforce d'ailleurs notre argumentation sur la régularité de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*. Le fondement de notre argumentation provient de la philosophie même des droits des réfugiés qui veut que seules les personnes qui ont une crainte réelle de persécution soient protégées une fois arrivées dans leur premier pays sûr, et le système d'entente sur les tiers pays sûrs vise à garantir l'efficacité de cette protection. Il est important de questionner plus les critères de désignation d'un pays tiers sûr que de porter un débat sur la structure qui organise la désignation du pays tiers sûr. Cette démarche devrait, à notre avis, être suivie par la Cour fédérale d'appel pour la suite de l'appel contre la décision de la Juge McDonald par le gouvernement du Canada.

BIBLIOGRAPHIE

Textes de loi Règlements et autres documents officiels

- *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* L.C. 2001, ch. 21
- *Charte Canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c. 11
- *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c.11
- *Règlement sur l'immigration et la Protection des réfugiés* DORS/2002-227
- US and Canada Smart Boarder Declaration (2001), *legislationonline* <<https://www.legislationline.org/documents/id/7543>>

Conventions internationales

- *Convention relative au statut des réfugiés* (28 juillet 1951), 189 R.T.N.U. 137 (entrée en vigueur le 22 avril 1954)

- *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (10 décembre 1984), 1465 R.T.N.U 85 (entrée en vigueur le 26 juin 1987)
- *Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers*, 5 décembre 2002, RT Can n° 2 (entré en vigueur : 29 décembre 2004)

Jurisprudence

- *Conseil Canadien pour les réfugiés c Canada (Citoyenneté et Immigration)* 2020 CF 770
- *Conseil Canadien des Églises c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'immigration)* [1992] 1RCS 236
- *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9
- *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)* 2002 CSC 1, [2002] 1RCS3
- *Marvin Adolfo Galvez Padila c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)* 2013 CF 247
- *Singh c Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration 1985)* 1 SCR. 177
- *Carter c Canada (Procureur général)* 2015 CSC 5
- *(Canada (Procureur générale) c Bedford*, 2013 CSC 72

Article et Podcast

- SHARRY AIKEN, *Is this the end of the Safe Third Country Agreement?* (30 juillet 2020); Online (Podcast): *The Big Story* < <https://thebigstorypodcast.ca/2020/07/30/is-this-the-end-of-the-safe-third-country-agreement/>>
- EFRAT ARBEL, ‘’ Shifting Borders and the Boundaries of Rights: Examining the Safe Third Country Agreement between Canada and the United States’’ (2013) 25:1 Int'l J Refugee L p65 [*Efrat Arbel*]

