



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Conseil canadien
pour les réfugiés *c.* Canada
(Citoyenneté et Immigration),
2023 CSC 17

APPEL ENTENDU : 6 octobre 2022
JUGEMENT RENDU : 16 juin 2023
DOSSIER : 39749

ENTRE :

Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie internationale, Conseil canadien des églises, ABC, DE représentée par sa tutrice à l'instance ABC, FG représentée par sa tutrice à l'instance ABC, Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs, Reda Yassin Al Nahass et Nedira Jemal Mustefa
Appelants

et

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile
Intimés

- et -

Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration, Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Conseil national des musulmans canadiens, Association canadienne des avocats musulmans, Juristes canadiens pour le droit international de la personne, Centre canadien pour les victimes de la torture, Queen's Prison Law Clinic, Rainbow Refugee Society, British Columbia Civil Liberties Association, Advocates for the Rule of Law, David Asper Centre for Constitutional Rights, West Coast Legal Education and Action Fund Association, Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et Rainbow Railroad

Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : Le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis, Côté, Brown*, Rowe, Martin, Kasirer, Jamal et O'Bonsawin

**MOTIFS DE
JUGEMENT :** Le juge Kasirer (avec l'accord du juge en chef Wagner et des
(par. 1 à 184) juges Karakatsanis, Côté, Rowe, Martin, Jamal et
O'Bonsawin)

NOTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

* Le juge Brown n'a pas participé au dispositif final du jugement.

**Conseil canadien pour les réfugiés,
Amnistie internationale,
Conseil canadien des églises,
ABC,
DE représentée par sa tutrice à l'instance ABC,
FG représentée par sa tutrice à l'instance ABC,
Mohammad Majd Maher Homsy,
Hala Maher Homsy,
Karam Maher Homsy,
Reda Yassin Al Nahass et
Nedira Jemal Mustefa**

Appelants

c.

**Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et
Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile**

Intimés

et

**Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration,
Association canadienne des libertés civiles,
Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés,
Conseil national des musulmans canadiens,
Association canadienne des avocats musulmans,
Juristes canadiens pour le droit international de la personne,
Centre canadien pour les victimes de la torture,
Queen's Prison Law Clinic,
Rainbow Refugee Society,
British Columbia Civil Liberties Association,
Advocates for the Rule of Law,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
West Coast Legal Education and Action Fund Association,
Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes,
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et
Rainbow Railroad**

Intervenants

**Répertorié : Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et
Immigration)**

2023 CSC 17

N° du greffe : 39749.

2022 : 6 octobre; 2023 : 16 juin.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis, Côté, Brown*, Rowe, Martin, Kasirer, Jamal et O'Bonsawin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Irrecevabilité au Canada conformément à l'Entente sur les tiers pays sûrs de demandes de statut de réfugié présentées par des étrangers arrivant des États-Unis à des points d'entrée terrestres canadiens — La disposition prévue dans les règlements fédéraux en matière d'immigration et de protection des réfugiés désignant les États-Unis comme un tiers pays sûr contrevient-elle au droit des demandeurs d'asile à la liberté et à la sécurité de la personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 101(1)e — Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 159.3 — Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour

* Le juge Brown n'a pas participé au dispositif final du jugement.

la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers, R.T. Can. 2004 n° 2.

Immigration — Protection des réfugiés — Irrecevabilité — Irrecevabilité au Canada conformément à l'Entente sur les tiers pays sûrs de demandes de statut de réfugié présentées par des étrangers arrivant des États-Unis à des points d'entrée terrestres canadiens — La disposition prévue dans les règlements fédéraux en matière d'immigration et de protection des réfugiés désignant les États-Unis comme un tiers pays sûr est-elle ultra vires de la loi habilitante? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 101(1)e — Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 159.3.

Le Canada et les États-Unis sont parties à un traité bilatéral communément appelé « *Entente sur les tiers pays sûrs* » qui vise à améliorer le partage entre eux de la responsabilité de l'examen des demandes de statut de réfugié. Essentiellement, le traité prévoit que les demandeurs d'asile doivent, en règle générale, demander protection dans celui des deux pays où ils sont entrés en premier après avoir quitté leur pays d'origine. L'*Entente sur les tiers pays sûrs* est mise en œuvre en droit interne canadien au moyen de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (« *LIPR* ») et son règlement (« *RIPR* »). Aux termes de l'al. 101(1)e) de la *LIPR*, une demande d'asile est irrecevable au Canada si le demandeur provient d'un pays désigné par le *RIPR*. L'alinéa 102(1)a) de la *LIPR* prévoit qu'un pays peut être désigné uniquement s'il est considéré qu'il se conforme à ses obligations de non-refoulement en droit international,

qui interdisent le renvoi direct ou indirect d'une personne vers un endroit où elle subirait certains types de préjudice irréparable, notamment des menaces à sa vie ou à sa liberté, des actes de torture et des traitements cruels ou dégradants. Le paragraphe 102(2) énumère les facteurs dont le gouverneur en conseil doit tenir compte en vue de la désignation des pays, et le par. 102(3) crée l'obligation pour celui-ci d'assurer le suivi de l'examen de ces facteurs à l'égard de chacun des pays désignés. Les États-Unis sont désignés à l'art. 159.3 du *RIPR*.

Plusieurs personnes sont arrivées des États-Unis pour demander l'asile au Canada. Leurs demandes étaient irrecevables par application de l'al. 101(1)e) de la *LIPR* et de l'art. 159.3 du *RIPR*. Toutefois, la plupart de ces personnes n'ont pas été renvoyées aux États-Unis, puisqu'elles avaient obtenu un sursis à l'exécution du renvoi ou un permis de séjour temporaire. L'une d'entre elles a été renvoyée aux États-Unis. Cette dernière affirme que les autorités américaines l'ont placée en isolement cellulaire pendant une semaine en attendant les résultats d'un test de tuberculose, puis détenue pendant trois autres semaines dans un établissement où il faisait anormalement froid, où des individus reconnus coupables d'infractions criminelles étaient présents et où ses restrictions alimentaires religieuses n'ont pas été respectées.

Les personnes dont les demandes étaient irrecevables, ainsi que des plaideurs agissant dans l'intérêt public (collectivement, les « demandeurs »), ont contesté la validité de l'art. 159.3 du *RIPR* au motif que la désignation des États-Unis débordait le cadre des pouvoirs conférés par la *LIPR* en raison des contraintes

postérieures à la prise de ce règlement qui restreignent le pouvoir que la loi confère au gouverneur en conseil de maintenir une désignation. Elles soutenaient également que l'art. 159.3 du *RIPR* et l'al. 101(1)e) de la *LIPR* violaient les droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte*, affirmant que le régime législatif fait en sorte que les agents d'immigration canadiens renvoient sommairement des demandeurs d'asile aux États-Unis sans examiner si les droits qui sont reconnus à ces demandeurs en droit international y seront respectés, notamment ceux liés à la détention et au non-refoulement.

La juge de la Cour fédérale a rejeté l'argument relatif au caractère *ultra vires* du règlement puisqu'il faut déterminer si un règlement relève du pouvoir délégué par la loi sur la foi des faits à l'époque où celui-ci est pris. En ce qui a trait à l'art. 7 de la *Charte*, elle a conclu que les violations alléguées avaient été en grande partie démontrées et qu'elles étaient très graves, et que les atteintes à la liberté et à la sécurité de la personne des demandeurs d'asile découlaient du fait que ceux renvoyés aux États-Unis faisaient face à un risque de refoulement ainsi qu'à d'autres préjudices liés à la détention d'immigrants. Elle a conclu que l'art. 7 avait été violé et que cette violation n'était pas justifiée au regard de l'article premier, et a donc refusé de se prononcer sur l'argument relatif à l'art. 15. Elle a déclaré l'al. 101(1)e) de la *LIPR* et l'art. 159.3 du *RIPR* inopérants en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par les ministres, rejeté l'appel incident du recours fondé sur l'art. 15 et l'argument relatif au caractère *ultra vires*, et infirmé le jugement de la Cour fédérale. Ces conclusions étaient fondées sur le fait que

les exigences de causalité relatives à une demande fondée sur la *Charte* n'étaient pas respectées parce que les demandeurs visaient à tort le régime législatif plutôt que la conduite administrative.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

L'article 159.3 du *RIPR* n'est pas *ultra vires*, et il ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, la contestation fondée sur l'art. 15 de la *Charte*, sur laquelle n'a statué aucune des juridictions inférieures, devrait être renvoyée à la Cour fédérale.

L'argument des demandeurs selon lequel l'art. 159.3 du *RIPR* est *ultra vires* de la *LIPR* doit être rejeté. Les règlements tirent leur validité de la loi qui confère le pouvoir de prendre des règlements, et non de l'organe exécutif qui les prend. Les limites imposées par la loi habilitante sont donc fondamentales pour déterminer si un règlement est *intra vires*. En l'espèce, l'al. 102(1)a) et le par. 102(2) de la *LIPR* mettent en place les conditions préalables à la désignation pour l'application de l'al. 101(1)e); ces conditions doivent être remplies avant, et non après, la désignation du pays. Bien que le par. 102(3) crée l'obligation pour le gouverneur en conseil d'assurer le suivi de l'examen des facteurs énumérés au par. 102(2), ces examens ne visent pas à établir si le règlement excède les limites imposées par la loi. Les examens prévus au par. 102(3) débordent donc le cadre d'une contestation alléguant que l'art. 159.3 du *RIPR* excède les pouvoirs conférés par la *LIPR*, même s'ils peuvent bel et bien faire l'objet d'autres types de contestations sur la base des principes de droit administratif. La question de

savoir si la disposition réglementaire contestée est *intra vires* de sa loi habilitante doit être examinée en fonction du moment où le règlement a été pris. Les règlements jouissent d'une présomption de validité. Les demandeurs n'ont pas démontré qu'à la date de prise du règlement, la désignation des États-Unis n'était pas autorisée par l'al. 102(1)a) ou le par. 102(2) de la *LIPR*.

La contestation des demandeurs fondée sur l'art. 7 de la *Charte* a été régulièrement formée. La désignation de l'art. 159.3 constitue le fondement législatif des décisions d'irrecevabilité en cause et est donc susceptible d'être soumise à un contrôle constitutionnel. Pour obtenir gain de cause, l'auteur d'un recours fondé sur la *Charte* doit démontrer l'existence d'un lien de causalité entre un acte de l'État et une violation du droit ou de la liberté en cause; il faut démontrer l'existence d'un lien de causalité suffisant, ce qui n'exige pas que l'acte reproché à l'État soit l'unique ou la principale cause du préjudice subi par le demandeur. Par conséquent, le simple fait que d'autres types d'actes de l'État puissent aussi avoir un lien de causalité avec les préjudices allégués ne signifie pas qu'une contestation visant une disposition législative a été irrégulièrement formée. De plus, les contestations fondées sur la *Charte* ne doivent pas nécessairement viser des dispositions qui auraient pu servir à prévenir les préjudices allégués ou à y remédier lorsque la disposition d'application générale à laquelle ces autres dispositions se rapportent est une cause du préjudice. Cependant, lorsqu'une contestation fondée sur la *Charte* vise une disposition d'un régime législatif aux composantes interreliées, il faut tenir compte des éventuelles répercussions des dispositions connexes, y compris les mesures préventives ou curatives. Les tribunaux

doivent examiner les dispositions législatives en fonction de leur contexte législatif global, indépendamment de la façon dont les parties formulent leur contestation d'un régime législatif. En l'espèce, les dispositions préventives et les dispositions curatives sont toutes deux pertinentes de façons différentes en ce qui concerne le recours des demandeurs fondé sur la *Charte*; toutefois, ces derniers n'avaient pas à viser ces dispositions en plus de l'art. 159.3 du *RIPR* pour former leur contestation.

Les demandeurs pouvaient également contester l'art. 159.3 du *RIPR* plutôt que la conduite administrative, comme les examens prévus au par. 102(3), et solliciter un jugement déclarant cette disposition inopérante pour cause d'incompatibilité avec la *Charte*. Les examens prévus au par. 102(3) n'ont pas de fonction curative, car ils ne donnent pas accès à une réparation individuelle après le fait. Ils se distinguent également des mesures préventives ciblées, qui empêchent l'application d'une règle générale, souvent au moyen d'exceptions législatives. Bien que la conduite administrative ayant mené au maintien de la désignation puisse également faire l'objet d'une contestation constitutionnelle en soi, l'existence de cet autre recours ne saurait mettre l'art. 159.3 du *RIPR* à l'abri d'un examen fondé sur la *Charte*. Par ailleurs, même si les demandeurs auraient pu contester les décisions administratives portant sur l'applicabilité des exceptions ou sur la possibilité d'invoquer des exemptions, cela ne les empêche pas de contester l'art. 159.3.

Il ressort clairement de la première étape de l'analyse relative à l'art. 7 que l'art. 159.3 met en cause la liberté et la sécurité de la personne. L'examen des

incidences constitutionnelles des effets qui se concrétisent dans d'autres pays ne revient pas à appliquer la *Charte* à des gouvernements étrangers. En l'espèce, la contestation porte sur le régime législatif, lequel constitue indubitablement un acte de l'État qui peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. L'existence d'un effet allégué du régime est une question de fait, pour laquelle la norme de contrôle est celle de l'erreur manifeste et déterminante, tandis que la portée d'un droit garanti par l'art. 7 est une question de droit, pour laquelle la norme de contrôle est celle de la décision correcte. Bien que la preuve n'appuie pas la conclusion de la juge de la Cour fédérale selon laquelle les personnes qui rentrent aux États-Unis y sont automatiquement détenues, le risque de détention lors du retour aux États-Unis, ainsi que trois aspects des conditions de détention constatés par la juge de la Cour fédérale — le recours à l'isolement médical, les températures anormalement froides et les lacunes dans les soins médicaux —, relèvent du champ d'application du droit à la liberté et à la sécurité de la personne. De plus, considérant la thèse des demandeurs sur la mise en jeu de l'art. 7 sous son jour le plus favorable, il y a lieu de tenir pour acquis que les effets suivants se produisent et entrent dans le champ d'application des droits garantis par l'art. 7 : le non-respect d'un régime alimentaire religieux, la détention dans un établissement hébergeant des personnes condamnées pour des infractions criminelles et les risques de refoulement découlant de l'interdiction d'un an et de l'approche des États-Unis quant aux demandes fondées sur le genre.

Pour démontrer que les droits garantis à l'art. 7 sont en jeu, l'auteur de la contestation doit non seulement démontrer l'existence d'effets relevant du champ

d'application des droits garantis par l'art. 7, mais il doit aussi démontrer que ces effets sont causés par un acte de l'État canadien. Comme le Canada n'a pas le pouvoir de dicter aux autorités étrangères comment agir, pour qu'un lien de causalité avec un acte de l'État canadien puisse être établi, il doit être établi que les autorités canadiennes ont joué un rôle dans la façon dont l'atteinte a été causée. Par conséquent, l'auteur de la contestation réussira à établir un lien de causalité avec l'acte de l'État canadien à tout le moins dans les cas où la participation du Canada est un préalable nécessaire à l'atteinte. En outre, puisque le Canada ne peut prévoir toutes les mesures que prendront les autorités étrangères, il faut établir que les autorités canadiennes savaient, ou auraient dû savoir, que des préjudices pouvaient découler des actes du Canada. Ce critère préliminaire de la prévisibilité peut être établi par déduction raisonnable, suivant la prépondérance des probabilités. Il doit y avoir un lien suffisant eu égard au contexte considéré. En l'espèce, il est clair que l'acte de l'État canadien en cause — l'art. 159.3 du *RIPR* ainsi que le régime législatif général — constitue une condition préalable nécessaire à chacun des effets prouvés ou présumés liés à la détention et au refoulement. Sans le régime prévu par l'*Entente sur les tiers pays sûrs*, les individus pourraient présenter leur demande d'asile au Canada; au lieu de cela, ils sont renvoyés aux États-Unis par des fonctionnaires canadiens agissant en vertu des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi, où ils font face (ou sont présumés faire face) à de tels effets. Toutefois, la juge de la Cour fédérale a commis une erreur lors de son application de la norme de la prévisibilité établie par la Cour dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, et expliquée dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.

En ce qui concerne les températures froides dans les établissements de détention, les lacunes dans les soins médicaux, la détention en compagnie d'individus reconnus coupables d'infractions criminelles et le non-respect de restrictions alimentaires religieuses, le dossier ne permet pas de conclure que ces effets étaient une conséquence prévisible des actes du Canada. En revanche, le dossier confirme que les autres effets négatifs étaient parfaitement prévisibles, tels que le risque de détention, l'« interdiction d'un an », le traitement des demandes d'asile fondées sur le genre et la pratique répandue du recours à l'isolement médical. Ces violations du droit à la liberté et à la sécurité de la personne ont un lien de causalité avec un acte de l'État canadien, et doivent être évaluées en fonction des principes de justice fondamentale.

Les principes de justice fondamentale applicables en l'espèce sont ceux se rapportant à la portée excessive et au caractère totalement disproportionné, tels qu'ils ont été décrits par la Cour dans l'arrêt *Bedford*. Le critère du « choc de la conscience » peut fort bien être utile pour l'examen de décisions individualisées, mais il n'est pas utile pour les contestations de dispositions législatives fondées sur la *Charte*; il ne convient donc pas en l'espèce. Pour déterminer si une disposition législative viole les principes de justice fondamentale énoncés dans l'arrêt *Bedford*, les tribunaux doivent établir l'objet de la disposition et ensuite se demander si, à la lumière de cet objet, la disposition législative enfreint un des principes pertinents. Lorsqu'un objectif législatif est en cause dans le cadre d'une analyse fondée sur l'art. 7, l'accent est mis sur l'objet des dispositions contestées, bien que le régime législatif général puisse donner des indices au sujet de l'objet des dispositions particulières en question. En l'espèce,

considérés dans leur ensemble, l'énoncé des objectifs de la *LIPR*, le texte, le contexte et l'économie de la loi, de même que les éléments de preuve extrinsèques, tendent à indiquer que l'art. 159.3 du *RIPR* a pour objet le partage avec les États-Unis de la responsabilité d'examiner équitablement les demandes d'asile, conformément au principe du non-refoulement. C'est à la lumière de cet objectif que les atteintes aux droits garantis par l'art. 7 dont il est question — le risque de détention discrétionnaire et d'isolement médical, ainsi que les risques présumés de refoulement — doivent être examinées en vue de déterminer s'il y a portée excessive et disproportion totale.

Le régime législatif contesté dans le présent pourvoi n'a pas une portée excessive et n'est pas totalement disproportionné. En ce qui concerne la portée excessive, la question est de savoir si le régime s'applique si largement qu'il vise certains actes qui n'ont aucun lien avec son objet. Il ne s'agit pas de savoir si le législateur a choisi le moyen le moins restrictif, mais de savoir si le moyen choisi porte atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne d'une manière qui n'a aucun lien avec le mal qu'avait à l'esprit le législateur. Le risque de détention aux États-Unis, laquelle est assortie de possibilités de mise en liberté et de contrôle, est lié à l'objectif législatif. Le partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile avec un autre État exposera nécessairement les personnes renvoyées à un régime juridique étranger qui encadre la présence des demandeurs d'asile dans ce pays. Un certain degré de différence entre les régimes juridiques applicables dans les deux pays peut être toléré, à condition que le système américain ne soit pas fondamentalement inéquitable. Bien que le dossier indique que les personnes renvoyées aux États-Unis risquent d'y

être détenues, il révèle aussi l'existence de mécanismes qui leur offrent la possibilité d'être remises en liberté et de faire contrôler les motifs de leur détention par des décideurs administratifs et des tribunaux. Rien ne permet d'inférer que ces mesures sont fondamentalement inéquitables, et par conséquent, le risque de détention auquel sont exposées les personnes à leur retour aux États-Unis n'a pas une portée excessive. De même, le recours à l'isolement médical en vue de limiter les risques pour la santé publique n'est pas fondamentalement inéquitable. Les demandeurs ne font pas état d'éléments de preuve qui permettraient d'inférer que l'isolement médical est utilisé à tort dans le système américain de détention en matière d'immigration. En ce qui concerne la disproportion totale, la question est de savoir si les effets des dispositions législatives contestées sur les droits protégés par l'art. 7 sont si totalement disproportionnés à leurs objectifs qu'ils ne peuvent avoir d'assise rationnelle. Ni un risque de détention assortie de possibilités de mise en liberté et de contrôle ni un risque d'isolement médical ne satisfont à ce seuil élevé. Au Canada, comme aux États-Unis, ces risques font partie des normes mutuellement acceptées par nos sociétés libres et démocratiques.

Une disposition exigeant le renvoi de personnes vers un pays où elles seront exposées à un risque réel et non spéculatif de refoulement aurait toutefois une portée excessive, car elle n'aurait aucun lien avec l'objet des dispositions législatives contestées, qui reposent essentiellement sur le respect du principe du non-refoulement. De même, une telle disposition serait totalement disproportionnée parce qu'elle exposerait, par définition, les personnes à des menaces à leur vie ou à leur liberté, à la

torture ou à d'autres violations des droits fondamentaux de la personne. Toutefois, les dispositions législatives contestées en l'espèce ne prescrivent pas simplement le renvoi : il existe aussi des dispositions curatives connexes qui doivent être prises en compte dans l'analyse, notamment le report administratif des mesures de renvoi (*LIPR*, par. 48(2)), les permis de séjour temporaire (art. 24), les exemptions pour motifs d'ordre humanitaire (par. 25.1(1)) et les exceptions relatives à l'intérêt public (par. 25.2(1)). Lorsque le régime législatif contesté comprend des soupapes de sécurité, la question est de savoir si ces mécanismes — dûment interprétés et appliqués — suffisent pour conclure à l'absence de toute atteinte contraire aux principes de justice fondamentale. Lorsque les soupapes de sécurité de la *LIPR* s'appliquent, les demandeurs d'asile peuvent être à l'abri d'un renvoi. S'ils ne sont pas renvoyés aux États-Unis, ils ne sont pas exposés à un risque de refoulement des États-Unis. Les soupapes de sécurité peuvent donc servir à remédier à ce qui pourrait par ailleurs constituer des effets inconstitutionnels. En outre, ces mécanismes sont à juste titre considérés comme faisant partie de l'étape portant sur les principes de justice fondamentale de l'analyse relative à l'art. 7, parce qu'ils peuvent être exercés en vue de corriger l'atteinte précise en cause, en l'espèce le risque de refoulement. Correctement interprétés, ces mécanismes dans le régime législatif général sont suffisants pour faire en sorte que les personnes ne soient pas exposées à des risques réels et non spéculatifs de refoulement, dans la mesure où de tels risques existent. Ces mécanismes doivent être interprétés en fonction du pouvoir discrétionnaire que garantit l'article 6 de l'*Entente sur les tiers pays sûrs* au Canada pour examiner des demandes d'asile s'il juge qu'il est dans l'intérêt public de le faire. Le simple fait que les

mécanismes soient antérieurs au traité ne fait pas échec à leur pertinence; lorsque l'entente a été signée, le droit interne canadien comprenait déjà des dispositions pouvant faciliter l'examen individualisé de la situation des demandeurs d'asile. Donc, même en tenant pour acquis que les demandeurs d'asile font face à des risques réels et non spéculatifs de refoulement des États-Unis, le régime législatif canadien prévoit des soupapes de sécurité qui les protègent contre de tels risques. Pour cette raison, le régime législatif mettant en œuvre l'*Entente sur les tiers pays sûrs* n'a pas une portée excessive et n'est pas totalement disproportionné, et est donc conforme aux principes de justice fondamentale. Par conséquent, aucune violation de l'art. 7 de la *Charte* n'a été établie, et il n'est pas nécessaire d'entreprendre une analyse fondée sur l'article premier.

La contestation fondée sur l'art. 15 de la *Charte* doit être renvoyée à la Cour fédérale pour qu'elle statue sur celle-ci. Ce recours repose sur l'argument que le régime législatif porte préjudice aux femmes qui craignent d'être persécutées en raison de leur genre. Compte tenu de la gravité de l'affaire, de la taille et de la complexité du dossier et des affidavits contradictoires, il serait imprudent de la part de la Cour de statuer sur une revendication de droits à l'égalité comme le ferait un tribunal de première instance, ce qui laisserait sans voie d'appel la partie qui n'a pas gain de cause. Bien que la juge de la Cour fédérale ne peut se voir reprocher d'avoir fait preuve de retenue judiciaire et de ne pas avoir statué sur le recours fondé sur l'art. 15, la nécessité de renvoyer ces questions a donné lieu à de fausses économies. Le principe de politique judiciaire qui dicte la retenue dans le cadre d'affaires constitutionnelles est avisé, mais doit être mis en balance avec d'autres facteurs, comme la possibilité d'interjeter appel

et l'équité envers les parties. Les demandes fondées sur l'art. 15 ne sont pas des questions secondaires devant être tranchées une fois toutes les autres questions examinées. La *Charte* ne devrait pas être traitée comme si elle établissait une hiérarchie des droits dans laquelle l'art. 15 occupe un rang inférieur.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; **arrêts examinés :** *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; **arrêts mentionnés :** *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CAF 144, [2017] 1 R.C.F. 153; *Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Reference*

as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals, [1943] R.C.S. 1; *The Zamora*, [1916] 2 A.C. 77; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481; *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014; *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2007 CF 1262, [2008] 3 R.C.F. 606; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Canada (Procureur général) c. Barnaby*, 2015 CSC 31, [2015] 2 R.C.S. 563; *R. c. Hills*, 2023

CSC 2; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Ndhlovu*, 2022 CSC 38; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. (Yogathas) c. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920; *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex p. Bugdaycay*, [1987] A.C. 514; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Matter of A-B-*, 27 I. & N. Dec. 316 (A.G. 2018); *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543; *R. c. Esseghaier*, 2021 CSC 9; *Meyer c. General Exchange Insurance Corp.*, [1962] R.C.S. 193; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Anderson c. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 12, 15.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 56.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 46.1.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 3(2), 24, 25.1, 25.2, 48(2), 72, 101(1)e), 102, 112(2)b).

Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2004-217.

Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (examen de la recevabilité par l'agent), DORS/2023-58.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 159.1, 159.3, 159.4, 159.5, 159.6, 233.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 373.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2004-217, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 138, n° 22, 3 novembre 2004, p. 1622-1623, 1627.

Traités et autres instruments internationaux

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, R.T. Can. 2004 n° 2, préambule, articles 1(1)c) « dernier pays de séjour », (2), 2, 3, 4, 6, 8(3).

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, R.T. Can. 1987 n° 36, article 3.

Convention relative au Statut des Réfugiés, R.T. Can. 1969 n° 6, article 33.

Nations Unies. Assemblée générale. *Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela)*, Doc. N.U. A/RES/70/175, 17 décembre 2015, règles 30(d), 37(d), 43(1), 44, 45.

Protocole Additionnel à 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, 24 mars 2023 (en ligne : <https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/mandat/politiques-directives-operationnelles-ententes-accords/ententes/entente-tiers-pays-surs/protocol-additional.html>); version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2023SCC-CSC17_1_fra.pdf).

Questions de procédure relatives à la mise en œuvre de l'Entente pour la coopération en matière d'examen des demandes d'asile présentées par des ressortissants de tiers pays : Déclaration de principes, 30 août 2002 (en ligne : <https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/mandat/politiques-directives-operationnelles-ententes-accords/ententes/entente-tiers-pays-surs/version-finale.html>); version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2023SCC-CSC17_2_fra.pdf).

Doctrines et autres documents cités

- Atak, Idil, and François Crépeau. « Asylum in the twenty-first century : Trends and challenges », in Anna Triandafyllidou, ed., *Routledge Handbook of Immigration and Refugee Studies*, 2nd ed., New York, Routledge, 2023, 358.
- Baglay, Sasha, and Martin Jones. *Refugee Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2017.
- Canada. *Partenariat pour la protection : Examen de la première année*, Ottawa, 2006.
- Côté, Pierre-André, et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 5^e éd., Montréal, Thémis, 2021.
- Crépeau, François. *Droit d'asile : De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- Driedger, Elmer A. « Subordinate Legislation » (1960), 38 *R. du B. can.* 1.
- Fehr, Colton. « Rethinking the Instrumental Rationality Principles of Fundamental Justice » (2020), 58 *Alta. L. Rev.* 133.
- Grey, Colin. « Thinkable : The Charter and Refugee Law after *Appulonappa* and *B010* » (2016), 76 *S.C.L.R.* (2d) 111.
- Hathaway, James C. *The Rights of Refugees Under International Law*, 2nd ed., New York, Cambridge University Press, 2021.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Monitoring Report : Canada-United States « Safe Third Country » Agreement*, Ottawa, 2006.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention*, Genève, 2012.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *UNHCR Comments on the Draft Agreement between Canada and the United States of America for « Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries »*, July 26, 2002 (en ligne : <https://www.refworld.org/docid/3d4e69614.html>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2023SCC-CSC17_3_eng.pdf).
- Heckman, Gerald. « Revisiting the Application of Section 7 of the *Charter* in Immigration and Refugee Protection » (2017), 68 *R.D. U.N.-B.* 312.
- Hogg, Peter W. « The Brilliant Career of Section 7 of the Charter » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195.
- Keyes, John Mark. *Executive Legislation*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2021.

- Latimer, Alison M., and Benjamin L. Berger. « A Plumber with Words : Seeking Constitutional Responsibility and an End to the *Little Sisters* Problem » (2022), 104 *S.C.L.R.* (2d) 143.
- Macklin, Audrey. « Citizenship, Non-Citizenship and The Rule of Law » (2018), 69 *R.D. U.N.-B.* 19.
- Macklin, Audrey. « Disappearing Refugees : Reflections on the Canada-U.S. Safe Third Country Agreement » (2005), 36 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 365.
- Mayrand, Hélène, et Andrew Smith-Grégoire. « À la croisée du chemin Roxham et de la rhétorique politique : démystifier l'Entente sur les tiers pays sûrs » (2018), 48 *R.D.U.S.* 321.
- Moore, Dan. « Engagement with Human Rights by Administrative Decision-Makers : A Transformative Opportunity to Build a More Grassroots Human Rights Culture » (2017), 49 *R.D. Ottawa* 131.
- Nations Unies. Haut-Commissariat aux droits de l'homme. *The principle of non-refoulement under international human rights law*, July 5, 2018 (en ligne : <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/ThePrincipleNon-RefoulementUnderInternationalHumanRightsLaw.pdf>).
- Stewart, Hamish. « *Bedford* and the Structure of Section 7 » (2015), 60 *R.D. McGill* 575.
- Stewart, Hamish. *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2019.
- van Ert, Gib. *Using International Law in Canadian Courts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Noël et les juges Stratas et Laskin), 2021 CAF 72, [2021] 3 R.C.F. 294, 458 D.L.R. (4th) 125, 489 C.R.R. (2d) 276, 79 Imm. L.R. (4th) 1, [2021] A.C.F. n° 322 (QL), 2021 CarswellNat 1004 (WL), qui a infirmé une décision de la juge McDonald, 2020 CF 770, [2021] 1 R.C.F. 209, 448 D.L.R. (4th) 132, 75 Imm. L.R. (4th) 246, [2020] A.C.F. n° 795 (QL), 2020 CarswellNat 3252 (WL). Pourvoi accueilli en partie.

Andrew J. Brouwer et *Leigh Salsberg*, pour les appelants le Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie internationale et le Conseil canadien des églises.

Prasanna Balasundaram, pour les appelantes ABC, DE représentée par sa tutrice à l'instance ABC, FG représentée par sa tutrice à l'instance ABC, et Nedira Jemal Mustefa.

Jared Will, pour les appelants Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs et Reda Yassin Al Nahass.

Marianne Zoric et *Ian Demers*, pour les intimés.

Guillaume Cliche-Rivard, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration.

Jacqueline Swaisland, *Benjamin Liston*, *Efrat Arbel* et *Jonathan Porter*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Argumentation écrite seulement par *Maureen Silcoff* et *Adam Bercovitch Sadinsky*, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Naseem Mithoowani, Nusaiba Al-Azem et Daniel Kuhlen, pour les intervenants le Conseil national des musulmans canadiens et l'Association canadienne des avocats musulmans.

Argumentation écrite seulement par *Lorne Waldman et Steven Blakey*, pour les intervenants les Juristes canadiens pour le droit international de la personne et le Centre canadien pour les victimes de la torture.

Alison M. Latimer, c.r., pour l'intervenante Queen's Prison Law Clinic.

Frances Mahon et Yalda Kazemi, pour l'intervenante Rainbow Refugee Society.

Adriel Weaver et Jessica Orkin, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Connor Bildfell et Asher Honickman, pour l'intervenant Advocates for the Rule of Law.

Cheryl Milne et Jamie Liew, pour les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights, West Coast Legal Education and Action Fund Association et le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes.

Argumentation écrite seulement par *Ewa Krajewska* et *Meghan Pearson*,
pour l'intervenante HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Michael Battista et *Adrienne Smith*, pour l'intervenant Rainbow Railroad.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE KASIRER —

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u>	1
II. <u>Les parties</u>	14
III. <u>Juridictions inférieures</u>	20
A. <i>Cour fédérale, 2020 CF 770, [2021] 1 R.C.F. 209 (la juge McDonald)</i>	20
B. <i>Cour d'appel fédérale, 2021 CAF 72, [2021] 3 R.C.F. 294 (le juge en chef Noël et les juges Stratas et Laskin)</i>	26
IV. <u>Questions en litige</u>	30
V. <u>Régime et contexte législatifs et réglementaires</u>	31
A. <i>Entente sur les tiers pays sûrs</i>	32
B. <i>Mise en œuvre de l'Entente sur les tiers pays sûrs en droit interne</i>	37
(1) <u>Mécanismes de désignation et d'examen</u>	38
(2) <u>Limites à la règle générale d'irrecevabilité</u>	41
(3) <u>Exemptions de l'application de la règle générale d'irrecevabilité</u>	43
VI. <u>Questions de droit administratif</u>	49
VII. <u>Le recours fondé sur l'art. 7</u>	56
A. <i>La constitution régulière d'une contestation fondée sur l'art. 7</i>	59

(1)	<u>La pertinence des mesures préventives et curatives dans le cas d'une contestation fondée sur l'art. 7</u>	62
(2)	<u>La pertinence des actes administratifs connexes dans le cadre d'une contestation fondée sur l'art. 7</u>	79
B.	<i>Mise en jeu des droits garantis par l'art. 7</i>	83
(1)	<u>Effets mettant en jeu des droits garantis par l'art. 7</u>	85
a)	<i>Détention aux États-Unis</i>	86
b)	<i>Conditions de détention aux États-Unis</i>	90
c)	<i>Risques de refoulement des États-Unis</i>	95
(i)	<u>Refoulement en raison des obstacles causés par les conditions de détention</u>	97
(ii)	<u>Refoulement en raison des politiques américaines en matière d'asile</u>	103
d)	<i>Conclusion sur les effets mettant en jeu les droits garantis par l'art. 7</i>	108
(2)	<u>Lien de causalité avec un acte de l'État canadien</u>	109
a)	<i>Condition préalable nécessaire</i>	112
b)	<i>Conséquence prévisible</i>	113
C.	<i>Analyse des principes de justice fondamentale</i>	118
(1)	<u>Les principes applicables</u>	118
(2)	<u>Le régime n'a pas une portée excessive et n'est pas totalement disproportionnée</u>	126
a)	<i>Objectif législatif</i>	128
b)	<i>Risques de détention et d'isolement médical</i>	140
c)	<i>Risques de refoulement en raison des politiques américaines et matière d'asile</i>	148
D.	<i>Article premier</i>	165
VIII.	<u>Le recours fondé sur l'art. 15</u>	172
A.	<i>Les positions des parties relativement à la contestation fondée sur l'art. 15</i>	172
B.	<i>La contestation fondée sur l'art. 15 devrait être renvoyée à la Cour fédérale</i>	175
IX.	<u>Conclusion</u>	183

I. Aperçu

[1] Le Canada et les États-Unis sont parties à un traité bilatéral qui vise à améliorer le partage entre eux de la responsabilité de l'examen des demandes de statut de réfugié. Essentiellement, le traité prévoit que les demandeurs d'asile doivent, en règle générale, demander cette protection dans celui des deux pays où ils sont entrés en premier après avoir quitté leur pays d'origine. 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*, R.T. Can. 2004 n° 2, est connu sous le nom d'« *Entente sur les tiers pays sûrs* ». Le préambule du traité mentionne la reconnaissance mutuelle que les deux pays offrent des systèmes généreux de protection des réfugiés, de sorte que les demandeurs peuvent obtenir une protection efficace dans l'un ou l'autre pays. Le partage de responsabilité est donc considéré comme justifié, même si les lois de chaque pays diffèrent.

[2] L'*Entente sur les tiers pays sûrs* est mise en œuvre en droit interne canadien au moyen de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 (« *LIPR* »), et ses règlements. Aux termes de l'al. 101(1)e) de la *LIPR*, une demande d'asile est irrecevable au Canada si le demandeur provient d'un pays désigné par règlement. Un pays peut être désigné uniquement s'il est considéré qu'il se conforme à ses obligations de « non-refoulement » en droit international. Ces obligations — qui interdisent le renvoi direct ou indirect d'une personne vers un endroit où elle subirait certains types de préjudice irréparable, notamment des menaces à sa vie

ou à sa liberté, des actes de torture et des traitements cruels ou dégradants — sont la pierre angulaire du régime international de protection des réfugiés (voir, pour un résumé en langage simple, Nations Unies, Haut-Commissariat aux droits de l’homme, *The principle of non-refoulement under international human rights law*, 5 juillet 2018 (en ligne)). Un pays désigné est donc considéré comme un tiers pays sûr en ce qu’il est perçu comme un partenaire convenable avec lequel le Canada peut partager la responsabilité de l’examen des demandes de statut de réfugié. Les États-Unis sont désignés à l’art. 159.3 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (« *RIPR* »). Il s’agit du seul pays désigné en droit canadien.

[3] Les appelants contestent ce régime principalement au motif qu’il viole les droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils affirment que les dispositions législatives font en sorte que les agents d’immigration canadiens renvoient sommairement des demandeurs d’asile aux États-Unis sans examiner si les droits qui sont reconnus à ces demandeurs en droit international y seront respectés, notamment ceux liés au non-refoulement et à la détention.

[4] Certaines questions ne sont pas en litige dans le présent pourvoi. Premièrement, personne ne conteste que les accords sur les tiers pays sûrs peuvent, en règle générale, être compatibles avec le droit international (voir, p. ex., I. Atak et F. Crépeau, « Asylum in the twenty-first century : Trends and challenges », dans A. Triandafyllidou, dir., *Routledge Handbook of Immigration and Refugee Studies* (2^e éd. 2023), 358, p. 363). Deuxièmement, les appelants ne contestent pas la validité

de l'*Entente sur les tiers pays sûrs* elle-même. Troisièmement, notre Cour n'est pas chargée d'apprécier le bien-fondé des politiques canadiennes en matière d'immigration, une question que les tribunaux ne sont pas institutionnellement conçus pour évaluer, encore moins pour réformer. Quatrièmement, notre Cour n'est pas appelée à résoudre l'épineuse question des entrées irrégulières au Canada via des passages frontaliers autres que les points d'entrée terrestre officiels (voir, p. ex., A. Macklin, « Citizenship, Non-Citizenship and The Rule of Law » (2018), 69 *R.D. U.N.-B.* 19, p. 35-37). Le présent pourvoi porte plutôt sur la question de savoir si le régime législatif canadien mettant en œuvre l'*Entente sur les tiers pays sûrs* — c'est-à-dire, les dispositions pertinentes de la *LIPR* et du *RIPR* — sont conformes aux exigences du droit constitutionnel et administratif.

[5] La facture des jugements rendus par les juridictions inférieures sur les questions relatives à la *Charte* ne pourrait être plus différente. La juge de la Cour fédérale, qui a examiné la preuve directement, a conclu que les violations alléguées de l'art. 7 avaient été en grande partie démontrées et qu'elles étaient très graves. Les atteintes à la liberté et à la sécurité de la personne des demandeurs d'asile découlaient du fait que ceux renvoyés aux États-Unis faisaient face à un risque de refoulement ainsi qu'à d'autres préjudices liés à la détention d'immigrants. Au terme de son analyse, la juge était de l'avis que l'art. 7 avait été violé et que cette violation n'était pas justifiée au regard de l'article premier. Elle a déclaré l'al. 101(1)e) de la *LIPR* et l'art. 159.3 du *RIPR* inopérants en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[6] En revanche, la Cour d'appel fédérale a jugé que la contestation fondée sur la *Charte* n'avait pas été régulièrement formée et a donc accueilli l'appel interjeté par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile. Malgré la preuve présentée par les appelants et les conclusions tirées par la juge de la Cour fédérale, la Cour d'appel a conclu que les exigences de causalité relatives à une demande fondée sur la *Charte* n'étaient pas respectées parce que les appelants visaient à tort le régime législatif plutôt que la conduite administrative. Avec égards, je suis en désaccord avec la Cour d'appel et je préfère le point de vue — partagé par les deux parties dans le présent pourvoi — selon lequel le règlement désignant les États-Unis faisait à juste titre l'objet de la contestation fondée sur la *Charte*. En particulier, comme la désignation à l'art. 159.3 constitue le fondement législatif des décisions d'irrecevabilité en cause, elle est donc susceptible d'être soumise à un contrôle constitutionnel.

[7] Par ailleurs, je partage l'avis de la juge de la Cour fédérale lorsqu'elle conclut que les droits à la liberté et à la sécurité de la personne des demandeurs d'asile sont mis en jeu par le régime législatif canadien qui rend leurs demandes irrecevables. En particulier, je rejette l'idée que les droits des demandeurs garantis par l'art. 7 ne sont pas en jeu simplement parce que les dispositions législatives prévoient des mesures qui auraient pu en fin de compte offrir une protection. Cette idée repose, à mon avis, sur une mauvaise compréhension de l'arrêt *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431, et elle est incompatible avec la

démarche adoptée par notre Cour à l'égard de l'art. 7 dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.

[8] Les déterminations factuelles qu'a effectuées la juge de la Cour fédérale au sujet du traitement des demandeurs d'asile sont préoccupantes. Outre les déterminations portant qu'il y a « automatiquement » détention aux États-Unis et que les conditions de détention créent un risque de refoulement, les intimés n'ont pas démontré que les déterminations de la juge étaient entachées d'erreurs révisables. Bien que la juge n'ait pas conclu que les politiques américaines en matière d'asile donnent lieu à un risque de refoulement, je suis néanmoins persuadé que le dossier étayait son opinion selon laquelle la désignation des États-Unis met en jeu les droits à la liberté et à la sécurité de la personne dont il est question à l'art. 7 de la *Charte*.

[9] Une fois établi que ces droits protégés par la Constitution sont en jeu, l'analyse fondée sur l'art. 7 porte alors sur ce que l'auteur Gerald Heckman, dans un article rédigé avant qu'il soit nommé juge, appelle la [TRADUCTION] « question clé » dans la prise de décision en matière de protection des réfugiés : celle de savoir si l'atteinte portée aux droits à la liberté ou à la sécurité de la personne est conforme aux principes de justice fondamentale (« Revisiting the Application of Section 7 of the *Charter* in Immigration and Refugee Protection » (2017), 68 *R.D. U.N.-B.* 312, p. 356). Pour répondre à cette question, il faut déterminer si l'État canadien [TRADUCTION] « a porté atteinte à ces droits fondamentaux dans le cadre d'un processus équitable et d'une manière rationnellement liée et proportionnée aux objectifs des lois canadiennes sur

l'immigration » (*ibid.*). L'objet de cet examen n'est pas d'établir si le droit d'asile aux États-Unis est le reflet de l'état du droit canadien. L'accent est plutôt mis sur l'objet et les effets du régime législatif canadien. En l'espèce, il est particulièrement important de savoir si la règle d'irrecevabilité prévue par la loi est tempérée par des dispositions connexes qui prévoient une réparation en cas de violation de l'art. 7. Comme l'a jugé notre Cour dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, au sujet de ce qui est décrit utilement comme des exemptions réparatrices, les « soupape[s] » de sécurité prévues dans la loi permettent de faire en sorte que les atteintes portées aux droits protégés par l'art. 7 ne sont pas arbitraires, que leurs effets ne sont pas totalement disproportionnés ou que leur portée n'est pas excessive (par. 113).

[10] De ce point de vue, et malgré les déterminations factuelles de la juge de la Cour fédérale suivant lesquelles les droits garantis par l'art. 7 sont en jeu, la contestation de l'art. 159.3 du *RIPR* se solde en définitive par un échec. La *LIPR* et le *RIPR* contiennent des exceptions, des exemptions et des obligations d'examen qui répondent aux problèmes associés à l'irrecevabilité et au renvoi du Canada. Ces dispositions traduisent en droit canadien l'idée, exprimée à l'article 6 du traité, selon laquelle chaque gouvernement devrait être libre d'examiner toute demande de statut de réfugié lorsqu'il juge qu'il est dans l'intérêt public de le faire. En particulier, même lorsque l'irrecevabilité en vertu du régime législatif causerait des atteintes à la liberté ou à la sécurité de la personne — comme l'a conclu la juge de la Cour fédérale —, les exemptions discrétionnaires prévues par le régime législatif assurent le respect des

principes de justice fondamentale. En somme, le régime législatif est conçu pour empêcher certaines violations des droits garantis par l'art. 7 et, ce qui est important pour les besoins de la présente affaire, elle résiste au contrôle de sa constitutionnalité en l'espèce parce que des soupapes de sécurité d'origine législative prévoient des mesures curatives.

[11] Bien que la juge de la Cour fédérale ait affirmé que les garanties prévues par le régime étaient « illusoires », son analyse ne tenait pas compte de toutes les soupapes de sécurité pertinentes. Cette omission était une erreur de droit qui l'a menée à faire indûment abstraction de la manière dont le régime législatif permet au Canada d'examiner les demandes de statut de réfugié lorsque les principes de justice fondamentale l'exigent, malgré l'irrecevabilité présumée de celles-ci. Par conséquent, j'estime en tout respect que la conclusion de la Cour fédérale suivant laquelle la désignation des États-Unis pour l'application de l'*Entente sur les tiers pays sûrs* violait l'art. 7 ne saurait être maintenue.

[12] Il se peut fort bien qu'en pratique, les décideurs administratifs n'interprètent ou n'utilisent pas toujours les soupapes de sécurité législatives de façon appropriée. En pareil cas, les dispositions législatives elles-mêmes restent valides, mais il demeure possible d'obtenir une réparation administrative ou une réparation fondée sur la *Charte* sur une base individuelle. Par exemple, la *Charte* peut interdire aux agents de l'État de renvoyer des demandeurs d'asile vers des endroits où ils seraient exposés à des situations qui choqueraient la conscience des Canadiens et des Canadiennes.

Pourtant, bien que certains des appelants aient expliqué en détail les difficultés auxquelles ils ont été confrontés lorsqu'ils ont demandé l'asile à des points d'entrée terrestre canadiens, ils n'ont pas demandé à notre Cour de leur accorder une réparation individualisée. Ils concentrent plutôt leur contestation constitutionnelle uniquement sur les lacunes alléguées du régime législatif lui-même en vue de faire déclarer inopérant l'art. 159.3 du *RIPR* en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[13] Bien que je rejette à la fois la contestation du régime législatif fondée sur l'art. 7 ainsi que les autres moyens des appelants, je suis néanmoins d'avis d'accueillir le pourvoi en partie. Je renvoie pour décision la contestation des appelants suivant laquelle certaines dispositions législatives violent les droits à l'égalité garantis par la *Charte*, sur laquelle n'a statué aucune des juridictions inférieures. Le recours des appelants fondé sur l'art. 15 repose sur de graves allégations selon lesquelles les femmes victimes de persécution fondée sur le genre et de violence sexuelle se voient souvent refuser le droit d'asile aux États-Unis, contrairement à l'article 33 de la *Convention relative au Statut des Réfugiés*, R.T. Can. 1969 n° 6 (« *Convention relative aux réfugiés* »). Les éléments de preuve étayant le recours des appelants fondé sur l'art. 15 sont contestés et la Cour fédérale n'a tiré aucune conclusion factuelle sur laquelle nous pouvons nous appuyer dans le cadre du présent pourvoi. Il serait imprudent de la part de notre Cour de statuer sur une revendication de droits à l'égalité comme le ferait un tribunal de première instance, ce qui laisserait sans voie d'appel la partie qui n'a pas gain de cause.

II. Les parties

[14] Les appelants sont des demandeurs d'asile individuels et des plaideurs agissant dans l'intérêt public. Les intimés sont le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile.

[15] Chaque appelant individuel est arrivé des États-Unis pour demander l'asile au Canada. Comme ils sont arrivés à des points d'entrée terrestre, leurs demandes étaient irrecevables par application de l'al. 101(1)e) de la *LIPR* et de l'art. 159.3 du *RIPR*.

[16] ABC et ses filles sont citoyennes du Salvador, où elles affirment qu'elles étaient victimes de persécution en raison de leur genre et de violence sexuelle perpétrées par des gangs. En 2016, elles ont fui vers les États-Unis, où elles ont d'abord été détenues. Les autorités américaines les ont informées qu'elles faisaient l'objet d'une procédure de renvoi. ABC et ses filles ont été libérées pour la durée de cette procédure. En 2017, ABC et ses filles sont arrivées au point d'entrée terrestre de Fort Erie, en Ontario, pour présenter une demande d'asile au Canada. Elles affirment qu'un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (« ASFC ») leur a conseillé de retirer leurs demandes, car elles auraient été jugées irrecevables au titre de l'*Entente sur les tiers pays sûrs*. Elles ont décidé de retourner aux États-Unis. Environ six mois plus tard, ABC et ses filles ont de nouveau tenté de présenter une demande d'asile. Le mari d'ABC, dont la demande d'asile au Canada était en instance, a engagé un avocat en prévision d'une décision d'irrecevabilité de l'ASFC quant aux demandes d'asile de sa

femme et de ses filles. Lorsqu'elle a effectivement tiré cette conclusion, l'ASFC a accepté de reporter brièvement le renvoi. L'avocat a demandé un contrôle judiciaire et a également obtenu un sursis à l'exécution du renvoi, lequel demeure en vigueur pendant que le présent pourvoi est en instance.

[17] Madame Mustefa est citoyenne de l'Éthiopie et membre du groupe ethnique des Oromos. À l'âge de 11 ans, munie d'un visa de visiteur, elle s'est rendue seule aux États-Unis pour recevoir un traitement médical. Elle y est restée jusqu'à la fin de ses études secondaires. Madame Mustefa affirme que les actes d'oppression contre les Oromos en Éthiopie se sont intensifiés vers la même époque. Elle a décidé de ne pas retourner en Éthiopie, mais croyait qu'une politique communément appelée l'« interdiction d'un an » (en anglais, « *one-year bar* ») l'empêchait de demander l'asile aux États-Unis. En 2017, M^{me} Mustefa s'est présentée au point d'entrée terrestre de Saint-Bernard-de-Lacolle, au Québec, pour demander l'asile au Canada. L'ASFC a jugé que sa demande était irrecevable. Elle a été renvoyée aux États-Unis, où elle affirme que les autorités américaines l'ont placée en isolement cellulaire pendant une semaine en attendant les résultats d'un test de tuberculose, puis détenue pendant trois autres semaines dans un établissement où il faisait anormalement froid, où des individus reconnus coupables d'infractions criminelles étaient présents et où ses restrictions alimentaires religieuses n'ont pas été respectées. Pendant sa détention, M^{me} Mustefa a pu communiquer avec sa famille et son avocat, et elle a plus tard été libérée sous caution. Madame Mustefa a présenté une demande de résidence permanente aux États-Unis, qui a été accordée en 2021.

[18] Madame Al Nahass et ses trois enfants sont citoyens de la Syrie. Elle et sa famille vivaient en Arabie saoudite, où son mari travaillait. En 2015, M^{me} Al Nahass s'est rendue en Syrie pour recevoir un traitement médical. Elle affirme qu'au cours de ce voyage, elle a été enlevée et attaquée et a reçu des menaces de violences sexuelles. La famille s'est par la suite rendue aux États-Unis. Pendant ce séjour, son mari a, dit-elle, perdu son emploi, ce qui compromettait la résidence de la famille en Arabie saoudite. Madame Al Nahass craignait de retourner en Syrie et a entamé le processus d'asile aux États-Unis. Madame Al Nahass a expliqué que, pendant ces démarches, elle a commencé à être préoccupée par ce qu'elle percevait comme des manifestations publiques de haine à l'endroit des personnes de confession musulmane et d'origine arabe ainsi que par les mesures prises par le pouvoir exécutif des États-Unis. Avec les membres de sa famille, elle a décidé de demander l'asile au Canada. Lorsqu'ils l'ont fait au point d'entrée terrestre à Saint-Bernard-de-Lacolle, l'ASFC a jugé leurs demandes irrecevables. Madame Al Nahass a communiqué avec un avocat, qui a saisi la Cour fédérale d'une requête urgente en sursis à l'exécution du renvoi. Un sursis provisoire a été accordé. Avant la fin de l'audition de la requête en sursis, le ministre a délivré des permis de séjour temporaire aux membres de la famille. Ils ont depuis obtenu la résidence permanente pour des motifs d'ordre humanitaire.

[19] Les appelants ont déposé en preuve les affidavits de dix déposants anonymes qui ne sont pas parties au différend. Chacun d'eux affirme avoir été renvoyé aux États-Unis après que sa demande d'asile eut été déclarée irrecevable au titre de l'*Entente sur les tiers pays sûrs*. Les neuf déposants qui ont répondu aux

contre-interrogatoires écrits ont déclaré qu'à leur retour, ils avaient été détenus par les autorités américaines. À une exception près, ils ont été libérés à la suite d'une décision administrative ou d'une audience sur le cautionnement. Ils ont également demandé l'asile aux États-Unis avec l'assistance d'un avocat. L'un des déposants ne pouvait pas verser la caution fixée pour sa libération. Cette personne a été renvoyée des États-Unis après avoir fait appel sans succès de la décision défavorable du juge de l'immigration devant la Commission américaine des appels en matière d'immigration et, par la suite, devant la Cour d'appel du deuxième circuit.

III. Juridictions inférieures

A. *Cour fédérale, 2020 CF 770, [2021] 1 R.C.F. 209 (la juge McDonald)*

[20] Les appelants ont contesté la validité de l'art. 159.3 du *RIPR* au motif que la désignation des États-Unis débordait le cadre des pouvoirs conférés par la *LIPR*. Ils affirmaient également que l'art. 159.3 du *RIPR* et l'al. 101(1)e) de la *LIPR* violaient de façon injustifiée les art. 7 et 15 de la *Charte*. La juge de la Cour fédérale a rejeté l'argument relatif au caractère *ultra vires* du règlement, mais a conclu qu'il y avait eu violation injustifiée de l'art. 7. En raison de sa conclusion sur l'art. 7, elle a refusé de se prononcer sur le recours fondé sur l'art. 15.

[21] L'argument relatif au caractère *ultra vires* a été rejeté au motif que l'arrêt *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136

(« *CCR (2008)* »), par. 57, statue qu'il faut déterminer si un règlement relève du pouvoir délégué par la loi sur la foi des faits à l'époque où celui-ci est pris.

[22] La juge de la Cour fédérale a conclu que la *Charte* s'applique. Les atteintes qui sont le fait d'acteurs étrangers sont toujours « assujetties à la garantie relative au principe de justice fondamentale, à condition qu'il existe un lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l'atteinte » (par. 100, citant *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; voir aussi les motifs de la Cour fédérale, par. 93, citant *Bedford*, par. 58 et 75-76).

[23] Selon la juge de la Cour fédérale, le régime contesté met en jeu la « liberté » parce que « les demandeurs dont la demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'[*Entente sur les tiers pays sûrs*] sont [...] immédiatement et automatiquement emprisonnés par les autorités américaines » (par. 103). Il porte atteinte à la sécurité de la personne en raison du risque de refoulement et des conditions de détention aux États-Unis. Elle a conclu qu'il existait un risque « réel et non spéculatif » qu'ABC eût été refoulée des États-Unis sur la base « [d]es difficultés vécues par les personnes détenues pour présenter une demande d'asile », comme les obstacles empêchant celles-ci d'obtenir des conseils juridiques (par. 106). Elle a également conclu que certaines conditions de détention aux États-Unis mettent en jeu la sécurité de la personne car l'assujettissement à de telles conditions découle directement du renvoi par les autorités canadiennes des demandeurs aux États-Unis.

[24] La juge de la Cour fédérale a conclu que ces atteintes ne respectent pas les principes de justice fondamentale. Elle a conclu que, malgré l'argument selon lequel il existe des « garanties » de protection contre la portée excessive et la disproportion totale, ces mesures « sont [. . .] largement hors de portée et sont donc “illusoires” » (par. 129-130, établissant une distinction d'avec l'affaire *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700).

[25] La juge de la Cour fédérale a conclu que les violations de l'art. 7 n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier de la *Charte* et a « déclin[é] » d'aborder les arguments fondés sur l'art. 15 (voir le par. 154, citant *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 93). Elle a déclaré l'al. 101(1)e) de la *LIPR* et l'art. 159.3 du *RIPR* inopérants en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et a suspendu la déclaration pour une période de six mois.

B. *Cour d'appel fédérale*, 2021 CAF 72, [2021] 3 R.C.F. 294 (le juge en chef Noël et les juges Stratas et Laskin)

[26] Le juge Stratas, rédigeant les motifs unanimes de la Cour d'appel, a accueilli l'appel des ministres, rejeté l'appel incident du recours fondé sur l'art. 15 et l'argument relatif au caractère *ultra vires*, infirmé le jugement de la Cour fédérale et rejeté les demandes de contrôle judiciaire.

[27] La cour a jugé que le recours fondé sur la *Charte* n'était pas régulièrement formé parce qu'il ne tenait pas compte de deux règles pratiques découlant de l'exigence

selon laquelle l'acte reproché à l'État doit être la cause d'une violation de la *Charte* (par. 57). La première règle prévoit que « [l]es dispositions qui appartiennent à un régime légal aux composantes interreliées ne sauraient être examinées et contestées isolément », car « [d]'autres dispositions connexes peuvent [. . .] être la cause [de la violation alléguée de la *Charte*] ou servir à prévenir toute lacune ou à y remédier » (par. 58a), citant *PHS*). La seconde règle dispose que dans les cas où une violation des droits résulte d'un acte — ou d'une omission — administratif, c'est sur ce dernier, et non sur la loi, que la contestation doit porter (par. 58b), citant *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120). La cour a conclu que les effets néfastes, s'il en est, des violations alléguées seraient imputables aux examens effectués par le gouvernement du Canada de la désignation des États-Unis, qui sont requis par le par. 102(3) de la *LIPR*, et à la conduite administrative qui y est connexe. Ainsi, comme elle visait l'al. 101(1)e) de la *LIPR* et l'art. 159.3 du *RIPR*, la contestation n'avait pas été régulièrement formée.

[28] Bien qu'elle ait accueilli l'appel pour ce motif, la Cour d'appel a abordé certaines questions de fond liées à l'art. 7. En premier lieu, elle a signalé que la juge de la Cour fédérale avait commis une erreur en concluant que les demandeurs renvoyés sont « automatiquement emprisonnés » (par. 138, voir aussi les par. 139-140). En deuxième lieu, la cour a rejeté la conclusion que les soupapes de sécurité prévues par le régime étaient « illusoires » (par. 144). En troisième lieu, la cour a jugé erronée l'analyse que la juge de la Cour fédérale avait faite concernant les conditions de détention aux États-Unis (par. 146). En quatrième lieu, elle a aussi décelé des erreurs

dans son analyse des principes de justice fondamentale. Pour la Cour d'appel, « rien ne démonstr[ait] que le traitement des personnes renvoyées aux États-Unis depuis la frontière canado-américaine “choque la conscience” » (par. 161). Quoiqu'il en soit, la cour a estimé que le régime n'avait pas une portée excessive ni d'effets totalement disproportionnés.

[29] La Cour d'appel a jugé qu'il n'était pas nécessaire de statuer sur le fond du recours fondé sur l'art. 15. Si cela avait été nécessaire, la cour a écrit que « [d]ans les cas où, comme en l'espèce, aucune conclusion de fait n'a été tirée à l'égard de ces questions, il vaut mieux, en règle générale, renvoyer la question à la Cour fédérale, en raison de son expertise en matière de détermination des faits » (par. 173).

IV. Questions en litige

[30] Les appelants soulèvent trois questions : l'art. 159.3 du *RIPR* est-il *ultra vires*? L'article 159.3 viole-t-il de façon injustifiable l'art. 7 de la *Charte*? Le recours fondé sur l'art. 15 de la *Charte* devrait-il être renvoyé à la Cour fédérale ou tranché par la Cour sur la base du dossier d'appel?

V. Régime et contexte législatifs et réglementaires

[31] Le règlement en cause fait partie du régime législatif qui met en œuvre un traité bilatéral entre le Canada et les États-Unis, soit l'*Entente sur les tiers pays sûrs*. Bien qu'il ne soit pas lui-même contesté, ce traité guide l'interprétation de son régime

de mise en œuvre (voir *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1371). Il est utile d'examiner le traité et le régime législatif successivement, car ils demeurent essentiellement distincts compte tenu du « système dualiste » du Canada pour l'application des instruments juridiques internationaux (*Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 150 ; voir G. van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (2^e éd. 2008), ch. 7). Un protocole additionnel au traité a été signé et les dispositions législatives le mettant en œuvre ont été modifiées depuis l'audience (*Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (examen de la recevabilité par l'agent)*, DORS/2023-58; *Protocole additionnel à 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*, 24 mars 2023 (en ligne)). Je m'abstiendrai de formuler des commentaires sur ces instruments car ils n'ont pas d'incidence directe sur le fond des questions en appel devant la Cour.

A. *Entente sur les tiers pays sûrs*

[32] Il y a environ 30 ans, le Canada et les États-Unis ont entrepris la négociation d'un accord visant le partage de la responsabilité relative aux demandes d'asile. Le Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie internationale et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (« HCNUR ») sont au nombre des organisations dont les commentaires ont donné lieu à des modifications substantielles

au projet d'*Entente sur les tiers pays sûrs*. Les deux États ont signé cet accord en 2002.

[33] Le préambule de l'accord reconnaît expressément les obligations internationales des gouvernements envers les réfugiés (par. 1, 2 et 8). Il mentionne également la détermination commune des parties à garantir à chaque demandeur admissible « l'accès à une procédure de détermination du statut de réfugié équitable et pleine et entière » (par. 8) et souligne que les deux pays offrent un régime généreux de protection des réfugiés (par. 4). Le traité est accompagné d'une *Déclaration de principes* relative à sa mise en œuvre, selon laquelle les parties s'engagent à respecter des principes qui comprennent les mesures de protection pour les demandeurs d'asile, comme la possibilité pour ceux-ci d'être accompagnés d'une tierce partie pendant les procédures (*Questions de procédure relatives à la mise en œuvre de l'Entente pour la coopération en matière d'examen des demandes d'asile présentées par des ressortissants de tiers pays : Déclaration de principes*, 30 août 2002 (en ligne)).

[34] L'*Entente sur les tiers pays sûrs* est fondée sur le principe selon lequel le « dernier pays de séjour examine, conformément aux règles de son régime de détermination du statut de réfugié, la demande de ce statut de toute personne arrivée à un point d'entrée d'une frontière terrestre » (article 4(1)). Il s'agit du [TRADUCTION] « cœur » du traité (A. Macklin, « Disappearing Refugees : Reflections on the Canada-U.S. Safe Third Country Agreement » (2005), 36 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 365, p. 371) ou de son [TRADUCTION] « principe général » (S. Baglay et M. Jones, *Refugee Law* (2^e éd. 2017), p. 279). Le dernier pays de séjour est « le pays, soit le

Canada, soit les États-Unis, dans lequel le demandeur du statut de réfugié était physiquement présent immédiatement avant de faire sa demande du statut de réfugié à un point d'entrée situé à une frontière terrestre » (article 1(1)c)). Les parties ont convenu de revoir l'accord et d'inviter le HCNUR à participer à la première révision (article 8(3)).

[35] Bien que l'article 4(1) énonce un principe général, le traité est d'application restreinte. Pour commencer, les gouvernements ont cherché à s'assurer qu'il n'y aurait pas de refoulement « indirect » ou « en chaîne ». Ils ont convenu que les personnes retournées au Canada ou aux États-Unis ne seraient pas renvoyées de ce pays tant que celui-ci n'aurait pas statué sur leur demande de statut de réfugié (article 3). Ils n'ont pas non plus cherché à appliquer l'accord aux citoyens ou aux personnes ayant leur résidence habituelle dans l'un des deux pays (article 2) et ils ont prévu des exceptions pour les mineurs non accompagnés et le regroupement familial (article 4(2)).

[36] Les parties ont convenu que, même lorsque le principe énoncé à l'article 4(1) serait applicable, il devrait être possible d'accorder une exemption aux demandeurs. L'article 6 prévoit que « l'une des parties, ou l'autre, peut, à son gré, décider d'examiner toute demande du statut de réfugié qui lui a été faite si elle juge qu'il est dans l'intérêt public de le faire ».

B. *Mise en œuvre de l'Entente sur les tiers pays sûrs en droit interne*

[37] L'alinéa 101(1)e) de la *LIPR* met en œuvre le principe fondamental de l'*Entente sur les tiers pays sûrs* en déclarant « irrecevable » la demande présentée par une personne « arrivée, directement ou indirectement, d'un pays désigné par règlement autre que celui dont [elle] a la nationalité ou dans lequel [elle] avait sa résidence habituelle ». Cette disposition met ainsi en œuvre au pays le principe énoncé à l'article 4(1) selon lequel le pays de dernière présence d'une personne examinera sa demande d'asile. Diverses autres règles prévues dans la *LIPR* et ses règlements ont une incidence sur l'application de cette « règle générale », y compris (1) les mécanismes de désignation et d'examen; (2) les limites à la portée de la règle générale; et (3) les exemptions.

(1) Mécanismes de désignation et d'examen

[38] La *LIPR* énonce les critères pertinents servant à déterminer si un pays peut être désigné par le gouverneur en conseil en vertu de l'al. 101(1)e). Seuls les pays qui respectent les obligations de non-refoulement que leur imposent les conventions internationales pertinentes sont susceptibles d'être désignés :

102 (1) Les règlements régissent l'application des articles 100 et 101, [. . .] et, en vue du partage avec d'autres pays de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile, prévoient notamment :

a) la désignation des pays qui se conforment à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture;

[39] Le paragraphe 102(2) énumère les facteurs à prendre en considération pour déterminer si un pays se conforme aux normes de protection des réfugiés prévues par les Conventions :

(2) Il est tenu compte des facteurs suivants en vue de la désignation des pays :

a) le fait que ces pays sont parties à la Convention sur les réfugiés et à la Convention contre la torture;

b) leurs politique 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.

[40] Le gouverneur en conseil doit « assure[r] le suivi de l'examen » des facteurs énumérés au par. 102(2) à l'égard de chacun des pays désignés (par. 102(3)). Les États-Unis sont le seul pays qui a été désigné (*Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2004-217). L'article 159.3 du *RIPR*, que les appelants contestent, dispose :

159.3 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)e) de la Loi.

(2) Limites à la règle générale d'irrecevabilité

[41] Diverses dispositions du *RIPR* restreignent l'application de la règle d'irrecevabilité en faisant en sorte que les demandeurs d'asile arrivant des États-Unis n'y soient pas tous renvoyés. Le règlement prévoit deux façons pour ce faire. D'abord, il renferme des restrictions qui reprennent essentiellement le libellé des articles 2, 3 et 4 de l'*Entente sur les tiers pays sûrs*. Par exemple, sous le régime dont il est question dans le présent pourvoi, l'irrecevabilité prévue à l'al. 101(1)e) ne s'applique qu'aux demandes des personnes qui arrivent à des points d'entrée terrestres — et non ailleurs le long de la frontière terrestre, par bateau ou par avion (*RIPR*, art. 159.4). Il existe des exceptions spécifiques pour les personnes qui ont de la famille au Canada, afin de faciliter la réunification des familles (al. 159.5a) à d)). Comme le prévoit le traité, ces exceptions sont appliquées conformément à la conception de la famille en droit interne canadien (article 1(2); *RIPR*, art. 159.1). Il y a également des exceptions pour les mineurs non accompagnés (al. 159.5e)) et pour les personnes ayant certains statuts d'immigration au Canada (al. 159.5f) et g)). Enfin, le règlement fait en sorte que certaines personnes dont la demande n'a pas pu être étudiée aux États-Unis puissent avoir accès au système canadien (al. 159.5h)).

[42] Ensuite, le règlement prévoit une exception qui illustre le pouvoir discrétionnaire du Canada, prévu par l'article 6 du traité, selon lequel il peut examiner toute demande s'il juge qu'il est dans l'intérêt public de le faire (Baglay et Jones, p. 279). L'article 159.6 du *RIPR* fait en sorte que les demandeurs d'asile qui démontrent qu'ils ont été mis en accusation aux États-Unis ou dans un autre pays pour une

infraction qui pourrait leur valoir la peine de mort dans ce pays, ou qui y ont été déclarés coupables d'une telle infraction, n'y sont pas renvoyés.

(3) Exemptions de l'application de la règle générale d'irrecevabilité

[43] Les personnes assujetties aux dispositions mettant en œuvre l'*Entente sur les tiers pays sûrs* ne peuvent se prévaloir de certains des mécanismes d'origine législative dont disposent les demandeurs d'asile dans diverses circonstances. Par exemple, les personnes renvoyées ne sont pas admissibles à un examen des risques avant renvoi (*LIPR*, al. 112(2)b)). En outre, la *LIPR* ne prévoit pas de tribunal d'appel administratif pour ces personnes; elles peuvent toutefois saisir la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire (art. 72). Les juges peuvent accorder un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi pendant que de telles procédures sont en cours (*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 373; voir aussi Baglay et Jones, p. 354-357).

[44] La *LIPR* prévoit toutefois des mécanismes permettant d'exempter de façon temporaire ou permanente une personne d'un renvoi vers les États-Unis (voir, p. ex., H. Mayrand et A. Smith-Grégoire, « À la croisée du chemin Roxham et de la rhétorique politique : démystifier l'Entente sur les tiers pays sûrs » (2018), 48 *R.D.U.S.* 321, p. 342). Premièrement, les agents peuvent accorder un report administratif de l'exécution de la mesure de renvoi. Ce pouvoir découle du par. 48(2) de la *LIPR*, qui exige que les mesures de renvoi soient exécutées « dès que possible ». Les tribunaux ont jugé que cette disposition confère aux agents le pouvoir discrétionnaire de reporter

l'exécution d'une mesure de renvoi (voir, p. ex., *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CAF 144, [2017] 1 R.C.F. 153, par. 13-18; *Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355, par. 50; *Tapambwa*, par. 87). Dans le cas qui nous occupe, ABC et ses filles ont bénéficié d'un report administratif de leur renvoi, pendant lequel leur avocat a demandé un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi.

[45] Deuxièmement, les agents peuvent délivrer un permis de séjour temporaire. Ce pouvoir découle de l'art. 24 de la *LIPR*, qui permet à l'agent de délivrer un permis « s'il estime que les circonstances le justifient ». Le ministre ou son délégué peut également donner des instructions aux agents quant aux circonstances justifiant la délivrance de tels permis (par. 24(3)). En l'espèce, les membres de la famille de M^{me} Al Nahass ont obtenu des permis de séjour temporaire pendant que le ministre examinait l'opportunité de leur accorder des exemptions permanentes.

[46] Troisièmement, le ministre peut accorder une exemption fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, comme ce fut le cas pour la famille de M^{me} Al Nahass. Le ministre peut exempter certains étrangers interdits de territoire de la totalité ou d'une partie des exigences de la *LIPR*. Il peut accorder cette exemption s'il estime que « des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché » (par. 25.1(1)). Dans le cadre de cette analyse, l'agent doit « dans un cas précis, [. . .] examiner et [. . .] soupeser toutes les considérations d'ordre humanitaire pertinentes » (*Kanthisamy c. Canada*

(*Citoyenneté et Immigration*), 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, par. 33 (en italique dans l'original)).

[47] Quatrièmement, le ministre a également le pouvoir discrétionnaire d'exempter les étrangers qui sont interdits de territoire de la totalité ou d'une partie des exigences de la *LIPR*. Il peut le faire s'il « estime que l'intérêt public le justifie » (par. 25.2(1)). Les intimés font observer que cette disposition permet au ministre d'adopter une politique publique temporaire exemptant les personnes qui font partie de certains groupes mentionnés de l'application de la disposition d'irrecevabilité.

[48] Il peut être sursis à la mesure de renvoi visant un étranger jusqu'à ce que le ministre prenne sa décision sur les demandes présentées conformément aux par. 25.1(1) ou 25.2(1) (*RIPR*, art. 233).

VI. Questions de droit administratif

[49] J'en viens maintenant à l'argument des appelants selon lequel l'art. 159.3 du *RIPR* est *ultra vires* en raison des contraintes postérieures à la prise de ce règlement qui restreignent le pouvoir que la loi confère au gouverneur en conseil de maintenir une désignation. Les appelants affirment tout d'abord qu'il était déraisonnable, compte tenu des facteurs énumérés à l'art. 102 de la *LIPR*, de maintenir la désignation des États-Unis alors qu'il existe des éléments de preuve selon lesquels de nombreux réfugiés ne peuvent y bénéficier d'une protection efficace. Ils ajoutent que le

gouverneur en conseil a manqué à l'obligation que lui impose le par. 102(3) d'assurer le suivi de l'examen de la conformité des États-Unis.

[50] Je rejetterais ces arguments. Je suis d'accord avec les intimés pour dire que la légalité de l'art. 159.3 du *RIPR* doit être examinée en fonction du moment où le règlement a été pris.

[51] Les règlements [TRANSCRIPTION] « tirent leur validité de la loi qui confère le pouvoir, et non de l'organe exécutif qui les prend » (*Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1, p. 13, le juge en chef Duff, citant *The Zamora*, [1916] 2 A.C. 77 (C.P.), p. 90). Les limites imposées par la loi habilitante sont donc fondamentales pour déterminer si un règlement est *intra vires* (voir J. M. Keyes, *Executive Legislation* (3^e éd. 2021), p. 165).

[52] En l'espèce, les appelants errent dans leur interprétation des limites qu'impose l'art. 102 de la *LIPR*. Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements concernant « la désignation des pays qui se conforment à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture » (al. 102(1)a)). La Loi prescrit également les facteurs dont le gouverneur en conseil doit tenir compte « en vue de la désignation des pays » (par. 102(2)). Ces facteurs concernent les cas où un pays peut être désigné. Ainsi, l'alinéa 102(1)a) et le par. 102(2) mettent en place les conditions préalables à la désignation pour l'application de l'al. 101(1)e), comme l'a jugé la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *CCR (2008)* (par. 75). La Loi exige que ces

conditions soient remplies avant, et non après, la désignation du pays (voir E. A. Driedger, « Subordinate Legislation » (1960), 38 *R. du B. can.* 1, p. 8).

[53] Le gouverneur en conseil a toutefois certaines obligations d'origine législative au cours de la période suivant la désignation d'un pays conformément à l'al. 102(1)a). Le paragraphe 102(3) crée l'obligation pour le gouverneur en conseil d'« assure[r] le suivi de l'examen des facteurs » énumérés au par. 102(2). Ces examens ne visent pas à établir si le règlement excède les limites imposées par la Loi, une question qui devrait plutôt faire l'objet d'une contestation de la validité. En ce sens, les examens prévus au par. 102(3) débordent le cadre d'une contestation alléguant que l'art. 159.3 du *RIPR* excède les pouvoirs conférés par la *LIPR*. Le suivi de l'examen constitue plutôt une obligation distincte que la loi impose au gouverneur en conseil. Par conséquent, il est possible de contester les examens effectués conformément au par. 102(3) sur la base des principes de droit administratif (voir les motifs de la C.A., par. 96). Toutefois, les appelants n'ont pas demandé le contrôle judiciaire d'examens particuliers effectués conformément au par. 102(3) après l'adoption de l'art. 159.3.

[54] En considérant la date appropriée et en reconnaissant que les examens effectués conformément au par. 102(3) sont exclus de la portée d'un argument relatif au caractère *ultra vires*, je suis persuadé que les appelants échouent sur ce point. Comme l'a statué notre Cour, « [l]es règlements jouissent d'une présomption de validité » (*Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810, par. 25; voir aussi P.-A. Côté et M. Devinat,

Interprétation des lois (5^e éd. 2021), par. 1314). Ainsi, pour que soit retenu leur argument selon lequel l'art. 159.3 est incompatible avec les dispositions qu'ils invoquent, les appelants doivent démontrer qu'à la date de prise du règlement, la désignation des États-Unis n'était pas autorisée par l'al. 102(1)a) ou le par. 102(2) de la *LIPR*. Comme ils font porter leur argumentation sur des faits survenus après la prise du règlement, les appelants n'ont pas fait cette démonstration. Par conséquent, l'argument des appelants selon lequel l'art. 159.3 du *RIPR* est *ultra vires* doit être rejeté.

[55] Compte tenu de cette conclusion, il est inutile d'aborder les autres aspects des moyens fondés sur le droit administratif qu'ont fait valoir les appelants, notamment en ce qui concerne la norme de contrôle applicable et la façon dont cette norme serait appliquée eu égard aux circonstances de l'espèce.

VII. Le recours fondé sur l'art. 7

[56] Pour faire la preuve d'une violation de l'art. 7 de la *Charte*, ceux qui contestent des dispositions législatives doivent d'abord démontrer que celles-ci portent atteinte à leur droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Dans le cadre de cette analyse, il faut se demander si les dispositions législatives mettent « en jeu » les droits en question, en ce sens qu'elles entraînent une restriction, un effet préjudiciable ou une atteinte à ceux-ci (*Carter*, par. 55; voir aussi *Bedford*, par. 57-58, 90 et 111). Le risque d'une telle atteinte suffit (voir, p. ex., *Carter*, par. 62; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 89; *Suresh*, par. 27). Ensuite, ceux qui font valoir

une contestation doivent démontrer que l'atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

[57] Les appelants affirment que les conclusions de la juge de la Cour fédérale reposaient sur la preuve, laquelle démontre que l'art. 159.3 du *RIPR* cause des atteintes à la liberté et à la sécurité de la personne. Selon eux, ces atteintes ne sont pas compatibles avec les principes de justice fondamentale applicables : la portée excessive et la disproportion totale. Les appelants soutiennent que les réparations discrétionnaires ne peuvent garantir que les atteintes sont conformes aux principes de justice fondamentale et que, quoi qu'il en soit, la juge de la Cour fédérale a conclu que ces mesures de protection sont illusoires.

[58] Soit dit en tout respect, la juge de la Cour fédérale a commis des erreurs aux deux étapes de son analyse relative à l'art. 7. Le régime législatif met en jeu l'art. 7 à certains égards qu'elle a relevés, mais pas tous. De plus, il est conforme aux principes de justice fondamentale.

A. *La constitution régulière d'une contestation fondée sur l'art. 7*

[59] Les parties s'entendent pour dire que l'art. 159.3 du *RIPR* pouvait à juste titre faire l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*. La Cour d'appel fédérale n'était pas de cet avis : elle a conclu que le recours n'avait pas été régulièrement formé parce qu'il aurait dû viser d'autres types d'actes de l'État qui sont la « véritable cause » des violations possibles. La cour a notamment conclu que les appelants auraient dû

faire porter leur recours sur les examens administratifs exigés par le par. 102(3) de la *LIPR* concernant la désignation des États-Unis, ainsi que sur des actes administratifs connexes. À mon humble avis, la Cour d'appel a commis une erreur dans son application de la jurisprudence pertinente en matière de causalité fondée sur la *Charte*.

[60] Notre Cour reconnaît depuis longtemps que, pour obtenir gain de cause, l'auteur d'un recours fondé sur la *Charte* doit démontrer l'existence d'un lien de causalité entre un acte de l'État et une violation du droit ou de la liberté en cause (voir, p. ex., *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 447, le juge Dickson, plus tard juge en chef). Dans l'arrêt *Bedford*, notre Cour a jugé qu'il faut démontrer l'existence d'un « lien de causalité suffisant », ce qui n'exige pas que l'acte reproché à l'État « soit l'unique ou la principale cause du préjudice subi par le demandeur » (par. 76). Par conséquent, le simple fait que d'autres types d'actes de l'État puissent aussi avoir un lien de causalité avec les préjudices allégués ne signifie pas qu'une contestation visant une disposition législative — comme l'art. 159.3 du *RIPR* — a été irrégulièrement formée.

[61] La Cour d'appel a rejeté les contestations fondées sur la *Charte* au motif qu'elles ne respectaient pas deux principes qu'elle a dégagés de la jurisprudence de notre Cour en matière de causalité. Premièrement, la contestation de dispositions législatives ne peut être faite en les isolant de manière artificielle. Deuxièmement, lorsque les actes administratifs accomplis sous le régime d'une loi sont la cause d'effets inconstitutionnels, la contestation doit viser cette action ou omission, et non pas la loi.

Bien que ces deux affirmations traitent de considérations importantes, elles ne justifient pas, à mon avis, la conclusion selon laquelle la contestation des appelants n'a pas été régulièrement formée.

(1) La pertinence des mesures préventives et curatives dans le cas d'une contestation fondée sur l'art. 7

[62] Les dispositions d'un régime législatif complexe dont les composantes sont interreliées ne sauraient être considérées isolément. En général, la constitutionnalité de ces dispositions ne peut être évaluée qu'en tenant compte de l'ensemble du régime, ce qui n'a toutefois pas empêché les appelants de cibler l'art. 159.3 du *RIPR*.

[63] Lorsqu'une contestation fondée sur la *Charte* vise une disposition d'un régime législatif aux composantes interreliées, il faut tenir compte des éventuelles répercussions des dispositions connexes, y compris celles qui peuvent servir à « prévenir toute lacune ou à y remédier » (motifs de la C.A., par. 58a) (je souligne)). Le succès ou l'échec d'un recours fondé sur la *Charte* peut dépendre d'arguments ou d'éléments de preuve relatifs à des dispositions préventives ou curatives, mais cela devrait rarement empêcher le tribunal de déterminer si le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 est « en jeu ».

[64] Il arrive fréquemment que des dispositions législatives fassent intervenir les droits protégés par l'art. 7. Cela découle parfois de dispositions générales qui — prises isolément — auraient des répercussions pertinentes sur le plan constitutionnel en

ce qui a trait à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Toutefois, le législateur peut inclure dans un régime des dispositions connexes qui atténuent ces effets. Lorsque ces mesures font partie d'un ensemble législatif intégré, elles doivent être prises en compte lors de la détermination de la constitutionnalité des règles d'application générale.

[65] Dans l'affaire *PHS*, par exemple, notre Cour a examiné les liens entre une règle générale et les dispositions s'y rattachant. L'affaire portait notamment sur une interdiction légale générale visant la possession de substances désignées, sauf dans les cas autorisés par les règlements. La loi habilitait le ministre « à accorder des exemptions pour des raisons médicales ou scientifiques ou pour toute raison qu'il juge d'intérêt public » quant à l'application de toute disposition de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (« *LRCDas* ») (*PHS*, par. 39).

[66] La Cour a conclu que les exemptions servaient « de soupape empêchant l'application de [la loi] dans les cas où son application serait arbitraire, ses effets exagérément disproportionnés ou sa portée excessive » (*PHS*, par. 113). En d'autres termes, lorsque le ministre exerçait son pouvoir discrétionnaire, ces dispositions remédiaient à l'inconstitutionnalité qu'aurait entraînée l'application de l'interdiction générale à des personnes qui n'auraient pas dû être visées par celle-ci : le personnel et les clients d'un centre d'injection supervisée (par. 94 et 114).

[67] Dans le cas qui nous occupe, c'est à bon droit que la Cour d'appel fédérale s'est appuyée sur l'arrêt *PHS* pour affirmer que les dispositions connexes d'un régime

législatif peuvent « prévenir » une inconstitutionnalité ou « y remédier » (motifs de la C.A., par. 58a)). Les exemptions examinées dans l'arrêt *PHS* étaient des mesures « curatives » en ce sens qu'elles permettaient à des personnes qui auraient autrement été indûment assujetties à l'interdiction générale de bénéficier d'un redressement discrétionnaire. Autrement dit, l'exemption remédiait au préjudice précis qui aurait découlé de l'application de la règle générale.

[68] Les mesures curatives sont donc réparatrices : elles remédient à la violation que causerait l'application d'une règle générale en accordant une exemption sélective après le fait (voir *PHS*, par. 41). Ces mesures sont souvent associées à des mesures préventives afin de limiter la portée d'une disposition d'application générale. Les mesures préventives restreignent une règle générale en empêchant son application en prévision d'une violation, souvent au moyen d'exceptions législatives. Ces catégories ne sont ni étanches ni exhaustives. De plus, si une catégorie de personnes bénéficie habituellement d'exemptions individualisées après le fait, la législature pourrait adopter une exception qui s'applique à l'avance à l'ensemble de la catégorie.

[69] Les contestations fondées sur la *Charte* ne doivent pas nécessairement viser des dispositions préventives et curatives lorsque la disposition d'application générale à laquelle elles se rapportent est une cause du préjudice allégué. Conformément à l'arrêt *PHS*, les tribunaux doivent examiner les dispositions législatives en fonction de leur contexte législatif global, indépendamment de la façon dont les parties formulent leur contestation du régime législatif. D'ailleurs, l'omission

de tenir compte d'une disposition connexe pertinente peut [TRADUCTION] « miner la légitimité » de l'analyse constitutionnelle (*R. c. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 171, le juge Rosenberg).

[70] Dans le régime législatif en cause en l'espèce, les mesures préventives incluent par exemple l'exception relative à la peine de mort, prévue à l'art. 159.6 du *RIPR*, et les diverses exceptions relatives à la réunification des familles, prévues aux al. 159.5a) à d). Parmi les mesures curatives, mentionnons la possibilité d'obtenir un permis de séjour temporaire conformément à l'art. 24, les exemptions accordées pour motifs d'ordre humanitaire prévues au par. 25.1(1) et les exceptions relatives à l'intérêt public énoncées au par. 25.2(1).

[71] À l'étape de la mise en jeu de l'art. 7, les dispositions préventives peuvent moduler la disposition générale si soigneusement qu'elle ne menacera jamais les droits garantis à l'art. 7. Par exemple, l'art. 159.6 du *RIPR* écarte la menace à la vie pouvant survenir pour les personnes renvoyées aux États-Unis qui sont passibles de la peine de mort. Ce faisant, les dispositions préventives comme l'art. 159.6 excluent certaines situations où l'art. 7 pourrait être en jeu. En revanche, les dispositions curatives empêchent rarement, voire jamais, la mise en jeu de l'art. 7. L'arrêt *PHS* appuie directement cette affirmation, puisque notre Cour y a jugé que l'interdiction générale de possession de drogues faisait intervenir l'art. 7, malgré l'existence de soupapes de sécurité. Les dispositions curatives créent des dérogations exceptionnelles à une règle générale; on ne peut généralement y avoir recours qu'après qu'il a été déterminé que la

règle générale s'applique. La possibilité d'obtenir une exemption est donc un moyen permettant dans certains cas d'éviter les risques que la règle générale fait peser sur la vie, la liberté ou la sécurité de la personne. En pareil cas, la menace aux droits garantis par l'art. 7 persiste, mais elle ne se concrétise pas toujours.

[72] Certains ont suggéré qu'en raison de la disponibilité de mesures curatives, les droits que l'art. 7 garantit aux demandeurs d'asile ne sont pas en jeu à l'étape de la détermination de l'exclusion ou de l'irrecevabilité. Cette affirmation repose sur une déclaration faite dans l'arrêt *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704, suivant laquelle c'est à cette « étape subséquente, l'examen des risques avant renvoi, du processus d'asile établi par la LIPR que l'art. 7 entre habituellement en jeu » et non aux étapes antérieures (par. 75). Cette observation formulée dans l'arrêt *B010* était fondée sur un passage de l'arrêt *Febles*, qui portait sur la conformité à la *Charte* d'une disposition d'exclusion dans la *LIPR*. Certains auteurs ont critiqué cette vision du rôle des mécanismes curatifs dans la mise en jeu de l'art. 7, affirmant que les remarques incidentes formulées dans ces arrêts ne devraient pas faire dévier l'analyse de l'approche suivie par notre Cour en ce qui concerne la mise en jeu de l'art. 7 établie dans d'autres contextes (voir Heckman, p. 313; C. Grey, « Thinkable : The Charter and Refugee Law after *Appulonappa* and *B010* » (2016), 76 *S.C.L.R.* (2d) 111, p. 131-135 et 139; voir aussi H. Stewart, *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2^e éd. 2019), p. 77-81 et 342).

[73] Dans l'arrêt *Febles*, notre Cour a déclaré qu'une disposition d'exclusion était « compatible » avec l'art. 7 de la *Charte* (par. 67). À l'instar des arrêts *Bedford* et *PHS*, l'arrêt *Febles* ne devrait pas être interprété comme regroupant en une seule les étapes de l'analyse relative à l'art. 7 qui portent sur la mise en jeu de cet article et sur les principes de justice fondamentale. En ce qui concerne l'arrêt *B010*, je constate que notre Cour a ordonné la tenue d'une nouvelle audience dans cet appel selon les règles d'interprétation législative et a jugé inutile d'examiner la contestation des appelants fondée sur l'art. 7 (par. 74). Le bref commentaire suivant lequel ce n'est qu'à l'étape de l'examen des risques avant renvoi que « l'art. 7 entre habituellement en jeu » n'était ni un énoncé formel du droit ni une remarque nécessaire pour trancher l'affaire (par. 75). Ces propos ne doivent pas être considérés comme ayant modifié le droit établi en ce qui concerne la mise en jeu de l'art. 7. Il est utile de rappeler que dans d'autres contextes, comme celui de l'extradition, l'art. 7 « influe » sur l'ensemble du processus et il « entre en jeu, bien que pour des fins distinctes », à chaque étape des procédures (*États-Unis d'Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587, par. 34, la juge Arbour). Dans le contexte de l'irrecevabilité prévue à l'al. 101(1)e) de la *LIPR*, où les mesures curatives sont indispensables à l'analyse relative à l'art. 7, il est donc préférable de considérer que ces mesures se rapportent aux principes de justice fondamentale plutôt qu'à la question préliminaire de la mise en jeu de l'art. 7, conformément à la démarche suivie par notre Cour dans l'arrêt *Bedford* (voir, p. ex., Heckman, p. 347-356).

[74] En ce qui concerne l'analyse relative aux principes de justice fondamentale, le rôle des dispositions préventives variera selon les principes en cause. Par exemple, la façon dont la loi est formulée détermine l'étendue de l'application du régime général et joue sans aucun doute un rôle lorsqu'il s'agit de déterminer si le régime a une portée excessive.

[75] Les parties ne s'entendent pas sur l'incidence des mesures curatives en l'espèce. Conformément au raisonnement suivi par notre Cour dans l'arrêt *PHS*, les intimés semblent considérer les mesures curatives — comme les exemptions pour des motifs d'ordre humanitaire — comme étant pertinentes pour déterminer si les principes de justice fondamentale sont respectés. À l'inverse, les appelants soutiennent que l'accent très individualiste que l'arrêt *Bedford* met sur la question de savoir si la disposition contestée « prive *qui que ce soit* du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne » a supplanté l'arrêt *PHS* sur ce point (par. 123 (en italique dans l'original)). Ils affirment que les exemptions discrétionnaires ne sont désormais prises en compte qu'à l'étape de l'analyse relative à l'article premier.

[76] Je ne partage pas l'avis des appelants. On peut dûment tenir compte des mécanismes curatifs pour déterminer si une atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. Il n'a pas été conclu autrement dans l'arrêt *Bedford*. D'ailleurs, les mécanismes curatifs n'étaient pas en cause dans l'affaire *Bedford*, de sorte qu'il n'était pas nécessaire que notre Cour explique comment son approche interagissait avec son raisonnement dans l'arrêt *PHS*. À mon avis, les arrêts *Bedford* et *PHS* sont

compatibles. Les dispositions curatives ont pris une plus grande importance depuis que notre Cour a reconnu, dans l'arrêt *Bedford*, qu'un régime qui est rationnel et non arbitraire dans presque toutes les situations peut néanmoins violer l'art. 7 s'il est arbitraire, excessif ou totalement disproportionné pour une personne (par. 123). Le cas échéant, l'élaboration par le législateur d'un régime qui remédie à d'éventuelles violations en prévoyant des exemptions qui peuvent cibler les atteintes précises est susceptible de rendre le régime législatif conforme à la *Charte* (voir D. Moore, « Engagement with Human Rights by Administrative Decision-Makers: A Transformative Opportunity to Build a More Grassroots Human Rights Culture » (2017), 49 *R.D. Ottawa* 131, p. 150-151; voir aussi *PHS*, par. 114). En ce sens, l'objet de l'analyse relative à l'art. 7 n'est tout au plus [TRADUCTION] « très individualiste » que lorsque la législature n'a pas prévu de mécanismes permettant d'individualiser les effets de la loi (Stewart (2019), p. 150; voir aussi C. Fehr, « Rethinking the Instrumental Rationality Principles of Fundamental Justice » (2020), 58 *Alta. L. Rev.* 133). Toutefois, comme dans l'arrêt *PHS*, le mécanisme d'exemption doit tenir compte de l'atteinte particulière qui fait l'objet de la contestation fondée sur la *Charte*.

[77] Je souligne que la Cour d'appel a considéré la possibilité de saisir les tribunaux fédéraux d'une demande de contrôle judiciaire comme une soupape de sécurité pertinente. Il est vrai que, selon le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, et la jurisprudence plus générale de notre Cour en matière de droit administratif, le contrôle judiciaire contribue à faire en sorte que les autorités publiques

respectent les paramètres « légalement circonscrit[s] par la loi habilitante, la common law, le droit civil ou la Constitution » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 28). Le contrôle judiciaire offre toutefois une réparation différente de celle que prévoit un mécanisme législatif qui prévient les lacunes pouvant découler de l'application isolée d'une règle générale ou y remédie. Il en est ainsi parce que le législateur ne peut jamais « soustraire le processus décisionnel administratif à tout examen judiciaire » (*Vavilov*, par. 24). La possibilité générale de recourir au contrôle judiciaire ne peut donc sauvegarder des dispositions législatives par ailleurs inconstitutionnelles. Pour cette raison, j'estime inutile de considérer le contrôle judiciaire comme une sorte de « soupape de sécurité » ou de mesure de protection d'origine législative.

[78] En somme, les dispositions préventives et les dispositions curatives sont toutes deux pertinentes de façons différentes en ce qui concerne le recours des appelants fondé sur la *Charte*. Pour déterminer s'il y a une violation de l'art. 7, il faut tenir compte de l'existence de tels mécanismes. Toutefois, les appelants n'avaient pas à viser ces dispositions pour former leur contestation.

(2) La pertinence des actes administratifs connexes dans le cadre d'une contestation fondée sur l'art. 7

[79] Je passe maintenant à la question de savoir si les appelants étaient tenus de cibler des actes administratifs plutôt que des dispositions législatives. La Cour d'appel a affirmé que la contestation aurait dû être axée sur « [l]es examens effectués en

application du paragraphe 102(3) et [l]es actes administratifs connexes », lesquels auraient pu mener à la révocation de la désignation des États-Unis sous le régime du *RIPR* (par. 61). Les appelants contestent cette conclusion en faisant valoir que peu importe l'issue des examens effectués conformément au par. 102(3), [TRADUCTION] « il n'en demeure pas moins que les règles de droit en vigueur (l'art. 159.3 du *RIPR*) sont la cause des violations de la *Charte* en l'espèce et qu'elles peuvent donc régulièrement faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* et d'une réparation au titre de l'art. 52 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*] » (m.a., par. 34).

[80] Je conviens avec les appelants qu'ils pouvaient contester l'art. 159.3 du *RIPR*, plutôt que la conduite administrative, et solliciter un jugement déclarant cette disposition inopérante pour cause d'incompatibilité avec la *Charte*. Même si d'autres recours leur étaient peut-être ouverts — comme la contestation de la façon dont les examens prévus au par. 102(3) ont été effectués, ou la présentation d'une demande de réparation individuelle relativement à des décisions administratives défavorables liées aux mécanismes curatifs prévus à l'art. 24 et aux par. 25.1(1), 25.2(1) ou 48(2) —, les appelants n'étaient pas tenus d'exercer ceux-ci pour former régulièrement leur recours fondé sur la *Charte*.

[81] Afin de comprendre pourquoi les appelants n'étaient pas tenus de cibler les examens prévus au par. 102(3), il est nécessaire d'examiner le rôle de ces derniers au sein du régime législatif global. Les examens prévus au par. 102(3) ne sont pas des soupapes de sécurité. Les soupapes de sécurité, dont il est question dans la

jurisprudence relative aux art. 7 et 12 de la *Charte*, désignent habituellement des exemptions discrétionnaires ou d'autres mécanismes curatifs, plutôt que des dispositions préventives (voir, p. ex., *PHS*, par. 113; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 224, les juges Binnie et LeBel, dissidents; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 36, la juge en chef McLachlin). Les examens n'ont pas de fonction curative, car ils ne donnent pas accès à une réparation individuelle après le fait. Ils se distinguent également des mesures préventives ciblées, qui empêchent l'application d'une règle générale, souvent au moyen d'exceptions législatives.

[82] Le paragraphe 102(3) de la *LIPR* exige que le gouverneur en conseil assure le suivi de l'examen des facteurs énumérés au par. 102(2), comme le bilan en matière de respect des droits de la personne d'un pays désigné. Jusqu'à maintenant, les examens effectués se sont soldés par le maintien de la désignation, qui demeure le fondement législatif à l'irrecevabilité des demandes présentées par les appelants individuels. Bien que la conduite administrative ayant mené au maintien de la désignation puisse également faire l'objet d'une contestation constitutionnelle en soi, l'existence de cet autre recours ne saurait mettre l'art. 159.3 du *RIPR* à l'abri d'un examen fondé sur la *Charte*. Par ailleurs, même si les appelants auraient aussi pu contester les décisions administratives portant sur l'applicabilité des exceptions ou sur la possibilité d'invoquer des exemptions, cela ne les empêche pas de contester l'art. 159.3.

B. *Mise en jeu des droits garantis par l'art. 7*

[83] À la lumière de ce qui précède, la contestation des appelants a été régulièrement formée. Je passe maintenant à l'analyse de fond relative à l'art. 7 de la *Charte*. Bien que les parties s'entendent pour dire que l'art. 159.3 du *RIPR* met en jeu l'art. 7, elles ne s'entendent pas sur les détails de chacune des atteintes alléguées et leurs liens de causalité avec les actes de l'État canadien. Il ressort clairement de la première étape de l'analyse relative à l'art. 7 que la juge de la Cour fédérale a eu raison de dire que l'art. 159.3 met en cause la liberté et la sécurité de la personne. Toutefois, à mon avis, elle a commis une erreur dans son analyse de certains éléments.

[84] Les intimés reconnaissent à juste titre que l'examen des incidences constitutionnelles des effets qui se concrétisent dans d'autres pays ne revient pas à appliquer la *Charte* à des gouvernements étrangers. En l'espèce, la contestation porte sur le régime législatif, lequel constitue indubitablement un acte de l'État qui peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Il n'y a pas lieu, dans le cadre de cette analyse, de déterminer si les lois, les politiques ou les actes des États-Unis sont eux-mêmes conformes à la *Charte*. Les tribunaux canadiens ne tiennent compte des atteintes « qui sont le fait d'acteurs autres que le gouvernement canadien [que s'il] existe un lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l'atteinte qui survient en bout de ligne » (*Suresh*, par. 54). Le Canada ne peut « être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale uniquement parce que l'atteinte en cause serait le fait d'autrui » (*ibid.*; voir aussi *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, p. 522; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 59-60; *Inde c.*

Badesha, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127, par. 38). Toutefois, l'analyse demeure axée sur le régime législatif canadien et ses effets.

(1) Effets mettant en jeu des droits garantis par l'art. 7

[85] Les arguments invoqués par les appelants au sujet de la liberté et de la sécurité de la personne portent essentiellement sur la détention aux États-Unis et sur les risques que les demandeurs d'asile soient refoulés vers leur pays d'origine après leur retour aux États-Unis. Ces arguments comportent à la fois des aspects factuels et juridiques. L'existence d'un effet allégué est une question de fait, tandis que la portée d'un droit garanti par l'art. 7 est une question de droit. La norme de contrôle applicable aux questions de fait en appel est celle de « l'erreur manifeste et déterminante » (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10; *Bedford*, par. 56; *Carter*, par. 109). La norme de contrôle pour les questions juridiques est celle de la décision correcte (*Housen*, par. 8).

a) *Détention aux États-Unis*

[86] Les appelants soutiennent que toutes les personnes renvoyées courent le risque d'être détenues aux États-Unis. Ils font valoir que ce risque est particulièrement élevé dans le cas des personnes sans statut et que celles qui font l'objet d'une mesure de renvoi seront certainement détenues. Selon eux, les conclusions de la juge de la Cour fédérale ne dépendaient pas du fait qu'elle a fait mention de la détention « automatique ». En tout état de cause, le terme « automatique » désigne une détention

qui est imposée sans considération, de manière mécanique ou par réflexe, et l'emploi de ce terme n'est donc pas une erreur.

[87] Soit dit en tout respect, la juge de la Cour fédérale a commis une erreur en parlant de détention « automatique ». La preuve montre que la détention n'est pas automatique et que les risques de détention des personnes renvoyées varient selon chaque cas. À mon avis, cette erreur manifeste a entaché les conclusions de la juge de la Cour fédérale sur la détention. Je suis d'accord avec les intimés et la Cour d'appel pour dire que la détention n'est pas automatique, en ce sens qu'elle n'est pas appliquée de façon universelle : s'agissant de la catégorie étendue comprenant toutes les personnes qui rentrent aux États-Unis, « [c]e dossier, tout au plus, nous permet de dire que les personnes qui rentrent aux États-Unis risquent la détention discrétionnaire [. . .] [et que] les personnes détenues dans ces circonstances peuvent demander la mise en liberté, qui leur est souvent accordée, avec ou sans cautionnement » (motifs de la C.A., par. 140-141).

[88] Il est vrai que l'expert des intimés a reconnu qu'il existe certaines catégories de personnes pour lesquelles la détention est automatique ou obligatoire : les personnes que les lois américaines définissent comme des étrangers arrivants ou criminels; les personnes faisant l'objet d'une mesure de renvoi définitive; et les personnes soupçonnées de terrorisme (affidavit de Stephen Yale-Loehr, par. 135-141, reproduit dans le d.a., vol. XLVII, p. 20144-20145). Toutefois, le dossier ne démontre pas que ces catégories s'appliquent aux personnes qui sont renvoyées conformément à

l'Entente sur les tiers pays sûrs. Pour ce qui est des autres catégories de non-citoyens, les appelants n'ont pas sérieusement contesté le fait que la détention est discrétionnaire et qu'elle est assortie de la possibilité d'une remise en liberté (*ibid.*, par. 131-134; contre-interrogatoire d'Anwen Hughes, questions 143-149, reproduit dans le d.a., vol. XXVII, p. 11291-11292). D'ailleurs, M^{me} Mustefa et tous les déposants anonymes qui ont répondu à des contre-interrogatoires écrits se sont vu offrir une remise en liberté sous caution, et tous sauf un ont été libérés. Le dossier indique également qu'il existe d'autres solutions que la détention (affidavit de Yale-Loehr, par. 159-162). La preuve n'appuie donc pas la conclusion de la juge de la Cour fédérale selon laquelle la détention est « automatique » au sens ordinaire du terme.

[89] Bien que les personnes qui rentrent aux États-Unis n'y soient pas automatiquement détenues, le risque de détention demeure un effet qui met en jeu la liberté. Notre Cour a statué à maintes reprises que la « liberté » englobe le fait de ne pas être détenu, emprisonné ou menacé de l'être (*R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, p. 652; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 969; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, par. 64; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, par. 30). Ainsi, puisque la question qui se pose à l'étape de la mise en jeu de l'art. 7 est simplement celle de savoir si les appelants ont démontré l'existence d'un effet qui relève de cet article, un risque de détention suffit.

b) *Conditions de détention aux États-Unis*

[90] Les appelants soutiennent également que les conditions de détention aux

États-Unis mettent en jeu le droit à la sécurité de la personne, comme l'a conclu la juge de la Cour fédérale. Il est vrai que ce droit englobe la protection contre les châtimens corporels et les souffrances physiques et contre la menace de tels sévices (*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 207; *Suresh*, par. 53-55). Il englobe également la protection contre les tensions psychologiques graves et profondes causées par l'État (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 60). Les intimés n'ont pas réussi à démontrer qu'il y avait des erreurs justifiant infirmation dans la conclusion de la juge de la Cour fédérale selon laquelle les conditions de détention relèvent, à certains égards, du champ d'application du droit à la sécurité de la personne.

[91] Premièrement, la juge de la Cour fédérale a conclu que le « recours à l'isolement cellulaire » soulevait le droit à la sécurité de la personne (par. 110). Madame Mustefa et l'un des déposants anonymes ont déclaré qu'ils avaient été placés en isolement en attendant les résultats d'un test de dépistage de la tuberculose. L'importance considérable que la juge de la Cour fédérale a accordée à ces témoignages donne à penser qu'elle a tiré sa conclusion sur l'isolement cellulaire en raison de son utilisation en vue de cet objectif de santé publique. Ainsi, si je comprends bien, elle a conclu que l'isolement est utilisé dans le cas de personnes rentrant aux États-Unis qui attendent de subir un test de dépistage de la tuberculose. Cette conclusion n'est entachée d'aucune erreur révisable. Je n'ai aucune hésitation à conclure que le recours à l'isolement médical comporte un risque de graves souffrances physiques et psychologiques, tout comme les autres formes d'« isolement cellulaire ». La question

qui se pose à ce stade-ci n'est pas de savoir si ces risques sont conformes aux principes de justice fondamentale ou s'ils sont par ailleurs justifiés.

[92] Deuxièmement, la juge de la Cour fédérale a également accepté les témoignages suivant lesquels certains centres de détention étaient « anormalement froids » (par. 111). Pour tirer cette conclusion, elle s'est appuyée sur les affirmations de quatre déposants qui avaient eux-mêmes été détenus dans de telles conditions. Madame Mustefa a affirmé que l'établissement où elle avait été détenue était d'un [TRADUCTION] « froid glacial » et que, pendant la journée, elle devait se recouvrir les mains et les bras de chaussettes pour rester au chaud, tout en étant recroquevillée sous une serviette. Je ne vois aucune erreur justifiant infirmation dans la conclusion suivant laquelle un froid aussi intense pouvait causer des souffrances physiques, mettant ainsi en jeu la sécurité de la personne.

[93] Troisièmement, la juge de la Cour fédérale a conclu que les soins médicaux administrés dans les établissements de détention étaient inadéquats à certains égards (par. 112). Par exemple, elle a relevé le témoignage suivant lequel le personnel médical ignorait les détenus noirs alors qu'il s'occupait des problèmes médicaux des détenus blancs (*ibid.*). Aucune erreur justifiant une intervention en appel n'a été démontrée dans ses conclusions factuelles relatives à l'insuffisance des soins médicaux ou dans sa conclusion selon laquelle ces effets relèvent du champ d'application du droit à la sécurité de la personne (par. 114).

[94] Quatrièmement, la juge de la Cour fédérale a relevé deux autres passages de l'affidavit de M^{me} Mustefa. En particulier, M^{me} Mustefa a déclaré que, pendant sa détention aux États-Unis, ses restrictions alimentaires religieuses n'avaient pas été respectées et qu'elle avait été détenue avec des personnes condamnées pour des infractions criminelles (par. 96). Les appelants ont fait mention de ces formes de traitements, bien que la juge de la Cour fédérale ne se soit pas appuyée sur ceux-ci dans son analyse visant à déterminer si le droit à la sécurité de la personne était en jeu. J'hésite à conclure, en l'absence de conclusions claires des instances inférieures, que ce traitement relève du champ d'application de la sécurité de la personne. Cependant, comme il sera expliqué ci-après, même en envisageant les arguments des appelants à ce sujet sous le jour le plus favorable, je ne conclurais pas à une violation de l'art. 7 pour ce motif.

c) *Risques de refoulement des États-Unis*

[95] Les appelants soutiennent également que les personnes renvoyées courent un risque réel et non spéculatif d'être refoulées des États-Unis vers leur pays d'origine, comme l'a conclu la juge de la Cour fédérale. Le fait de renvoyer des personnes aux États-Unis ne constitue pas en soi un refoulement, pas plus que le fait pour les États-Unis de renvoyer des personnes vers leur pays d'origine, dès lors que les obligations internationales applicables sont respectées. Ce que l'on craint plutôt, c'est que les États-Unis renvoient des personnes contrairement à ces obligations, ce qui ferait du Canada un participant à un refoulement indirect lorsqu'il renvoie des demandeurs

d'asile aux États-Unis. Les appelants affirment que ce risque met en jeu la sécurité de la personne. Il ne fait aucun doute que le risque de refoulement — que ce soit directement du Canada ou indirectement après le retour de la personne dans un pays tiers — relève du champ d'application du droit à la sécurité de la personne. Notre Cour a fait observer que le principe du non-refoulement est « la pierre angulaire du régime international de protection des réfugiés » (*Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, par. 18). Par définition, le refoulement expose des personnes à des menaces pour leur vie ou leur liberté (*Convention sur les réfugiés*, article 33), à la torture (*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, R.T. Can. 1987 n° 36, article 3) ou à d'autres violations graves des droits de la personne. C'est en raison de la gravité de ces conséquences possibles que notre Cour a jugé « inconcevable » dans l'arrêt *Singh* que le refoulement échappe aux protections prévues à l'art. 7 (p. 210).

[96] En l'espèce, la question la plus difficile à l'étape de la mise en jeu de l'art. 7 est d'ordre factuel : la juge de la Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant à l'existence d'un risque réel et non spéculatif de refoulement des États-Unis? Comme je vais l'expliquer, avec égards, la juge de la Cour fédérale a commis des erreurs révisables sur ce point.

(i) Refoulement en raison des obstacles causés par les conditions de détention

[97] Les appelants font valoir que la juge de la Cour fédérale a eu raison de conclure que les obstacles auxquels sont confrontées les personnes détenues qui veulent

présenter une demande d'asile créent un risque de refoulement (motifs de la Cour fédérale, par. 106). Les intimés soutiennent que le dossier ne peut appuyer cette conclusion et que les tribunaux canadiens devraient présumer que les processus des États étrangers servant à trancher les demandes d'asile sont équitables. Les intimés invoquent également une présomption de conformité aux obligations internationales et affirment que, pour réfuter cette présomption dans le cas des États-Unis, [TRADUCTION] « la preuve doit démontrer qu'il existe des circonstances extraordinaires et attaquer l'ensemble du système, voire mettre en doute l'indépendance du pouvoir judiciaire » (m.i., par. 89; voir aussi la transcription, p. 89 et 92).

[98] Les arguments des intimés sont exagérés. Il est vrai qu'il existe une présomption selon laquelle les États étrangers disposent de processus judiciaires équitables et indépendants (*Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, p. 725, citant *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (C.A.F.), par. 19). Toutefois, je ne suis pas convaincu que les tribunaux devraient s'appuyer sur une présomption portant que les États étrangers se conforment à tous égards au droit international. Il convient plutôt de suivre les principes ordinaires applicables aux recours fondés sur la *Charte* : l'auteur d'une contestation doit prouver les faits qui étayent les violations de droits invoquées se rattachant à l'acte de l'État imputé au Canada. Lorsque ces conclusions de fait sont contestées, la norme usuelle de l'« erreur manifeste et déterminante » trouve application en appel.

[99] Suivant la norme appropriée, je suis convaincu que les intimés ont démontré l'existence d'une erreur révisable. Le dossier ne peut appuyer la conclusion de la juge de la Cour fédérale selon laquelle les obstacles auxquels sont confrontées les personnes détenues qui cherchent à présenter une demande d'asile donnent lieu à un risque « réel et non spéculatif » de refoulement des États-Unis.

[100] Tout d'abord, comme l'a fait observer la Cour d'appel, les motifs de la juge de la Cour fédérale n'abordaient pas directement les éléments de preuve importants concernant la façon dont les demandes d'asile sont présentées lorsque les personnes sont détenues (par. 142). Par exemple, M^{me} Mustefa et la presque totalité des déposants anonymes ont eu accès aux services d'un avocat pour présenter leurs demandes pendant qu'ils étaient détenus aux États-Unis. De plus, plusieurs des experts qui ont souscrit un affidavit ont reconnu qu'il existe des programmes d'application générale conçus pour assurer une représentation juridique gratuite aux personnes détenues par les autorités de l'immigration. Le dossier indique d'ailleurs que les dispositions législatives américaines applicables garantissent le droit de recourir à l'assistance d'un avocat dans le cadre de procédures de demandes d'asile et prévoient que les demandeurs doivent recevoir une liste d'avocats agissant bénévolement (voir l'affidavit de Yale-Loehr, par. 21-24 et 68-74, abordant, notamment, la *Immigration and Nationality Act*, 8 U.S.C. § 1158(d)(4)(B) (2018); voir aussi le contre-interrogatoire de Hughes, questions 298-310). La juge de la Cour fédérale n'a pas expressément tenu compte de ces éléments de preuve importants pour tirer sa conclusion. À mon avis, cette omission « donne lieu à la conviction rationnelle que [la] juge de première instance doit avoir

oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée » (*Housen*, par. 39, citant *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, par. 15).

[101] De plus, le dossier n'appuie pas la conclusion de la juge de la Cour fédérale selon laquelle le refoulement résulte des obstacles auxquels seraient confrontées les personnes détenues lorsqu'elles veulent présenter une demande d'asile. À ce propos, deux questions cruciales n'ont pratiquement pas été abordées. En premier lieu, le dossier révèle les mécanismes internes de révision et d'appel du système d'asile des États-Unis (affidavit de Yale-Loehr, par. 67-74). Les appelants n'ont fait état d'aucun élément de preuve établissant l'inefficacité de ces mécanismes. En second lieu, le dossier révèle que certains demandeurs dont la demande d'asile a été rejetée disposent d'autres recours pour demeurer aux États-Unis, comme la possibilité de demander un statut de protection temporaire, qui permet aux personnes provenant de pays désignés de demeurer aux États-Unis (voir, p. ex., le contre-interrogatoire d'Abed Ayoub, questions 236-260, reproduit dans le d.a., vol. XXXI, p. 13012-13017). Un autre moyen consiste à demander une « suspension du renvoi », qui permet aux personnes qui risquent d'être persécutées pour un des motifs reconnus par la *Convention sur les réfugiés* de demeurer aux États-Unis (voir, p. ex., l'affidavit de Deborah Anker, par. 65-67, reproduit dans le d.a., vol. XVII, p. 7340-7341). Il est également possible de revendiquer la protection au titre de la *Convention contre la torture* (voir, p. ex., *ibid.*). En outre, de nombreux programmes de visas sont conçus expressément pour les personnes s'inscrivant dans certaines catégories, comme les victimes d'actes criminels

ou de trafic de personnes (voir, p. ex., le contre-interrogatoire de Lenni B. Benson, questions 278-282, 344-347, 350-355 et 513-521, reproduit dans le d.a., vol. XXVIII, p. 11604-11605, 11621, 11623 et 11659-11661). Ces mécanismes sont utiles pour déterminer si les personnes dont la détention peut faire obstacle à la présentation de leur demande d'asile sont, en fin de compte, refoulées. La juge de la Cour fédérale n'a toutefois pas examiné ces mécanismes.

[102] Soit dit en tout respect, la juge de la Cour fédérale a commis une erreur en n'examinant pas explicitement ces aspects du dossier, qui affaiblissent sa conclusion. Le dossier n'étaye pas sa conclusion portant que les conditions de détention aux États-Unis créent des obstacles à la présentation de demandes d'asile qui soulèvent un risque réel et non spéculatif de refoulement. Bien qu'il soit possible que les obstacles à la présentation d'une demande dans un pays tiers soient si importants qu'ils créent un tel risque, les appelants n'en ont pas fait la démonstration en l'espèce.

(ii) Refoulement en raison des politiques américaines en matière d'asile

[103] Devant la Cour fédérale, les appelants ont également soutenu que l'imposition d'une « interdiction d'un an » (c.-à-d., la règle selon laquelle un demandeur d'asile doit présenter sa demande dans l'année suivant son arrivée), et l'interprétation restrictive de la persécution fondée sur le genre en tant que fondement de la demande d'asile, donnent toutes les deux lieu à un risque de refoulement des États-Unis. Ils ont affirmé que les dispositions législatives canadiennes qui facilitent le retour des demandeurs d'asile aux États-Unis, où ces risques peuvent se concrétiser,

mettent en jeu le droit à la sécurité de la personne. La juge de la Cour fédérale n'a pas tiré de conclusions sur ces arguments; elle a fait reposer sa conclusion sur le risque de refoulement uniquement sur les obstacles auxquels sont confrontées les personnes détenues lorsqu'elles veulent présenter une demande d'asile (par. 106 et 113). Elle n'a d'ailleurs formulé aucun commentaire sur la nature ou la portée des politiques américaines pertinentes.

[104] En appel devant notre Cour, les appelants invoquent les risques de refoulement qui découleraient de ces aspects du droit américain en matière d'asile. Ils n'expliquent toutefois pas de quelle façon ces politiques fonctionnent et devraient être interprétées. Ils citent plutôt les conclusions de la Cour fédérale dans le jugement *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2007 CF 1262, [2008] 3 R.C.F. 606, ainsi que certains aspects de la preuve qui a été soumise à la juge de la Cour fédérale en l'espèce. Les intimés, en revanche, s'appuyant sur d'autres parties du dossier de preuve, font valoir que les politiques américaines pertinentes respectent le principe du non-refoulement.

[105] Dans l'arrêt *CCR (2008)*, la Cour d'appel fédérale a infirmé le jugement de la Cour fédérale, en partie parce qu'en raison du caractère hypothétique de la contestation, il n'y avait « aucun fait justifiant un examen des prétendues atteintes portées à la Charte » (par. 103). Mais surtout, les conclusions tirées dans ces instances ne sont pas correctement soumises à notre Cour dans le cas qui nous occupe. Les

conclusions que la Cour fédérale a tirées en 2007 ne sont donc d'aucune utilité en l'espèce.

[106] De surcroît, les éléments de preuve relatifs aux politiques américaines applicables sont d'une utilité limitée à défaut de conclusions de fait pertinentes. Le dossier sur cette question comporte des éléments de preuve contradictoires. Par exemple, l'expert des intimés a semblé reconnaître que l'interdiction d'un an fait en sorte que certaines personnes se voient refuser l'asile même si leurs demandes sous-jacentes sont fondées (contre-interrogatoire de Stephen Yale-Loehr, question 664, reproduit dans le d.a., vol. XLVIII, p. 20508). Si tel était le cas, les risques de refoulement seraient élevés. Toutefois, l'interdiction d'un an comporte des exceptions en cas de changement de situation ou de circonstances extraordinaires (voir, p. ex., *ibid.*, questions 655 et 660-664; affidavit d'Anker, par. 60; affidavit de Jaya Ramji-Nogales, par. 9, reproduit dans le d.a., vol. XXX, p. 12752-12753). En l'absence de conclusions de fait sur la façon dont ces exceptions s'appliquent, notre Cour n'est pas en mesure de déterminer si l'interdiction d'un an donne effectivement lieu au refoulement. De plus, les divers autres moyens qui permettent aux personnes de demeurer aux États-Unis, dont nous avons déjà parlé, peuvent être pertinents. Ces exceptions et ces autres moyens pourraient être la façon dont les États-Unis mettent en œuvre leurs obligations de non-refoulement à la lumière de l'interdiction d'un an.

[107] Étant donné que la juge de la Cour fédérale n'a pas tiré de conclusions concernant les politiques américaines en matière de persécution fondée sur le genre, il

serait également imprudent de la part de notre Cour de déterminer s'il existe un risque réel et non spéculatif de refoulement dans le cas de personnes qui demandent l'asile afin de fuir un pays où elles sont victimes d'une telle persécution. Dans ces circonstances, il ne serait pas opportun que notre Cour tente de tirer ses propres conclusions factuelles. Quoi qu'il en soit, comme il sera expliqué ci-après, même en supposant que les politiques en question présentent effectivement un risque réel et non spéculatif de refoulement pour les personnes renvoyées, je ne conclurais pas en définitive à une violation de l'art. 7 pour ce motif.

d) *Conclusion sur les effets mettant en jeu les droits garantis par l'art. 7*

[108] Le risque de détention lors du retour aux États-Unis, ainsi que trois aspects des conditions de détention constatés par la juge de la Cour fédérale — le recours à l'isolement médical, les températures anormalement froides et les lacunes dans les soins médicaux —, relèvent du champ d'application du droit à la liberté et à la sécurité de la personne. De surcroît, afin de considérer la thèse des appelants sur la mise en jeu de l'art. 7 sous son jour le plus favorable, je suis disposé à tenir pour acquis que les effets suivants se produisent et entrent dans le champ d'application des droits garantis par l'art. 7 : le non-respect d'un régime alimentaire religieux, la détention dans un établissement hébergeant des personnes condamnées pour des infractions criminelles et les risques de refoulement découlant de l'interdiction d'un an et de l'approche des États-Unis quant aux demandes fondées sur le genre. En gardant ces effets à l'esprit, je passe à l'analyse du lien de causalité.

(2) Lien de causalité avec un acte de l'État canadien

[109] Comme je l'ai déjà expliqué, pour démontrer que les droits garantis à l'art. 7 sont en jeu, l'auteur de la contestation doit non seulement démontrer l'existence d'effets relevant du champ d'application des droits garantis par l'art. 7, mais il doit aussi démontrer que ces effets sont causés par un acte de l'État canadien. Dans les affaires internes, le lien de causalité requis sera souvent évident. Toutefois, tel est rarement le cas lorsque l'atteinte en question est le fait d'acteurs étrangers. Lorsqu'il conclut à l'existence d'un lien causal entre un préjudice et un acte de l'État canadien, le tribunal doit « [tenir] compte du contexte » (*Bedford*, par. 76). Lorsque l'auteur de la contestation cherche à établir un lien de causalité entre un acte de l'État canadien et un préjudice causé par un acteur étranger, le contexte est nettement différent des cas où le préjudice est attribuable à des processus purement internes.

[110] Le Canada n'a pas le pouvoir de dicter aux autorités étrangères comment agir. Ainsi, pour qu'un lien de causalité avec un acte de l'État canadien puisse être établi, les autorités canadiennes doivent avoir joué un rôle dans la façon dont l'atteinte a été causée. Par conséquent, l'auteur de la contestation réussira à établir un lien de causalité avec l'acte de l'État canadien « [à] tout le moins, dans les cas où la participation du Canada est un préalable nécessaire à l'atteinte » (*Suresh*, par. 54).

[111] En outre, le Canada ne peut prévoir toutes les mesures que prendront les autorités étrangères. Dans les cas où le Canada n'avait aucun moyen de savoir qu'un préjudice serait causé, il serait inopportun de considérer qu'il existe un lien de causalité

entre ce préjudice et un acte de l'État canadien. Ainsi, pour établir un lien de causalité avec un acte de l'État canadien, il faut établir que les autorités canadiennes savaient, ou auraient dû savoir, que des préjudices pouvaient découler des actes du Canada. La Cour a formulé ce principe en reconnaissant que l'auteur de la contestation sera en mesure de démontrer l'existence d'un lien de causalité avec l'acte de l'État canadien « [à] tout le moins, dans les cas où [. . .] [l']atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne » (*Suresh*, par. 54 (je souligne)).

a) *Condition préalable nécessaire*

[112] En l'espèce, il est clair que la participation du Canada est une condition préalable nécessaire à chacun des effets liés à la détention et au refoulement. Sans la mise en œuvre législative du régime prévu par l'*Entente sur les tiers pays sûrs*, les individus pourraient présenter leur demande d'asile au Canada. Au lieu de cela, ils sont renvoyés aux États-Unis par des fonctionnaires canadiens agissant en vertu des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi, où ils font face (ou sont présumés faire face) à de tels effets. Je n'ai donc aucune hésitation à conclure que l'acte de l'État canadien en cause — en l'occurrence, l'art. 159.3 du *RIPR* ainsi que le régime législatif général — constitue une condition préalable nécessaire.

b) *Conséquence prévisible*

[113] Dans l'arrêt *Bedford*, notre Cour s'est penchée sur le critère préliminaire de la prévisibilité énoncé dans l'arrêt *Suresh* et a expliqué son rôle (par. 77). La

prévisibilité, décrite dans l'arrêt *Suresh*, peut être établie « par déduction raisonnable, suivant la prépondérance des probabilités » (*Bedford*, par. 76). Il doit généralement y avoir un « lien [. . .] suffisant eu égard au contexte considéré » (par. 78). Néanmoins, la prévisibilité demeure utile dans un contexte international où le Canada n'a pas forcément pleinement connaissance de la façon dont les autorités étrangères agiront (voir, p. ex., J. C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (2^e éd. 2021), p. 367-368). En clair, notre Cour est liée par la norme de la prévisibilité décrite dans l'arrêt *Suresh* et interprétée dans l'arrêt *Bedford*.

[114] Il y a au moins deux façons de démontrer la prévisibilité d'un effet (voir, p. ex., Hathaway, p. 373). Tout d'abord, l'auteur de la contestation peut démontrer que le Canada était effectivement au courant du risque que des effets aient lieu. Les débats parlementaires lors desquels les risques sont analysés peuvent notamment établir cette connaissance. Ensuite, l'auteur de la contestation peut également démontrer que le Canada aurait dû être au courant des risques, de sorte que cette connaissance peut lui être imputée. Les déclarations publiques, les analyses de doctrine et d'autres sources provenant de l'extérieur du gouvernement peuvent contribuer à établir cette connaissance. Bien que les hypothèses ne suffisent pas, le seuil d'application de la connaissance par interprétation doit rester atteignable puisque la prévisibilité « ouvre la voie à l'application du droit garanti à l'art. 7 » (*Bedford*, par. 78). Par exemple, le seuil d'application devrait être beaucoup moins exigeant que l'approche stricte adoptée en matière de connaissances d'office (voir *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 48).

[115] Dans le cas qui nous occupe, la juge de la Cour fédérale a pris acte du cadre d'analyse du lien de causalité de l'arrêt *Suresh*, mais elle ne s'est pas explicitement demandé si chacun des effets pertinents était prévisible (par. 100). Elle n'a pas indiqué quels éléments de preuve auraient pu lui permettre de conclure que le Canada savait, ou aurait dû savoir, que ces effets se produiraient. Soit dit en tout respect, cette approche a mené la juge de la Cour fédérale à commettre une erreur révisable lors de son application de la norme de la prévisibilité établie par la Cour dans les arrêts *Suresh* et *Bedford*.

[116] En ce qui concerne les températures froides dans les établissements de détention, les lacunes dans les soins médicaux, la détention en compagnie d'individus reconnus coupables d'infractions criminelles et le non-respect de restrictions alimentaires religieuses, le dossier ne permet pas de conclure que ces effets étaient une conséquence prévisible des actes du Canada selon la norme établie dans les arrêts *Suresh* et *Bedford*. Bien que ces effets soient préoccupants, la question qui se pose à ce stade-ci est celle de savoir si le Canada savait ou aurait dû savoir qu'ils pouvaient se produire. Les appelants n'ont pas relevé d'éléments de preuve qui permettraient à notre Cour de répondre à cette question par l'affirmative, compte tenu de l'absence de conclusions à cet égard de la part des juridictions inférieures. Ils n'ont pas établi que le Canada était ou aurait dû être au courant de ce type de préjudice se produisant dans les établissements de détention américains. Par conséquent, rien ne permettait, à mon avis, de conclure que ces effets étaient une conséquence prévisible.

[117] En revanche, le dossier confirme que les autres effets négatifs étaient parfaitement prévisibles. En ce qui concerne le risque de détention, il est évident que le Canada savait que les personnes renvoyées aux États-Unis seraient exposées à un tel risque. Dès les premières consultations sur la portée d'un éventuel accord sur les tiers pays sûrs, le recours à la détention aux États-Unis a fait l'objet de débats et d'études (voir, p. ex., HCNUR, *UNHCR Comments on the Draft Agreement between Canada and the United States of America for « Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries »*, 26 juillet 2002 (en ligne), p. 3). Dans le même ordre d'idées, l'« interdiction d'un an » et le traitement des demandes d'asile fondées sur le genre ont été des points centraux lors de l'adoption de l'accord (voir, p. ex., la p. 2; Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2004-217, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 138, n° 22, 3 novembre 2004, p. 1627). De plus, le Canada aurait dû savoir que les personnes renvoyées risquaient d'être soumises à la pratique répandue du recours à l'isolement médical. Ces violations du droit à la liberté et à la sécurité de la personne ont un lien de causalité avec un acte de l'État canadien, et doivent être évaluées en fonction des principes de justice fondamentale.

C. *Analyse des principes de justice fondamentale*

(1) Les principes applicables

[118] Dans le cas qui nous occupe, les principes de justice fondamentale applicables sont ceux se rapportant à la portée excessive et au caractère totalement

disproportionné. Ces principes ont été appliqués en première instance et les appelants les invoquent devant notre Cour. En revanche, les intimés soutiennent que le critère du « choc de la conscience » s'applique [TRADUCTION] « au contrôle constitutionnel des effets du renvoi d'une personne vers des administrations et des régimes juridiques étrangers » (m.i., par. 64). Ils affirment que ce critère préliminaire exigeant n'est respecté que dans des circonstances exceptionnelles, comme il convient compte tenu de l'importance de la courtoisie internationale et du respect de la souveraineté des États étrangers. À mon avis, les arguments des intimés sont mal fondés. Le critère du « choc de la conscience » peut fort bien être utile pour l'examen de décisions individualisées, mais il n'est pas utile pour les contestations de dispositions législatives fondées sur la *Charte*.

[119] Certes, comme l'ont fait observer les intimés dans leur plaidoirie, certains membres de notre Cour ont estimé, dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 849-850, que le critère du « choc de la conscience » était applicable aux contestations de dispositions législatives. Cependant, l'arrêt *Kindler* doit être interprété à la lumière de l'examen plus complet de ce critère que notre Cour a effectué plus tard dans l'arrêt *Burns*. Il doit aussi être considéré dans le contexte de l'évaluation plus générale des principes de justice fondamentale qu'a effectuée notre Cour dans l'arrêt *Malmo-Levine*.

[120] Dans l'arrêt *Burns*, notre Cour a indiqué clairement que le critère du « choc de la conscience » s'applique à l'examen des décisions individuelles du ministre et ne

doit pas « obscurcir la question qui doit être tranchée en bout de ligne », soit celle de savoir si ces décisions sont « compatible[s] avec les principes de justice fondamentale » (par. 68). À la suite de l'arrêt *Burns*, notre Cour a utilisé le critère du « choc de la conscience » pour examiner des demandes de réparation individualisée fondées sur la *Charte*, présentées par des personnes ayant fait l'objet de décisions du ministre concernant leur extradition ou leur expulsion, plutôt que, comme en l'espèce, pour évaluer la constitutionnalité d'un régime législatif (voir, p. ex., *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 38-39; *Canada (Procureur général) c. Barnaby*, 2015 CSC 31, [2015] 2 R.C.S. 563, par. 11). Des auteurs de doctrine ont également conclu que le critère du « choc de la conscience » indique la manière dont [TRADUCTION] « une décision discrétionnaire prise par un représentant de l'État peut être contestée sur le fondement de la *Charte*, même si la loi en vertu de laquelle la décision a été prise n'est pas elle-même contestée » (voir, p. ex., Stewart (2019), p. 130-131). D'ailleurs, dans l'arrêt *Malmö-Levine*, notre Cour a explicitement conclu qu'une pondération aussi générale — que celle que suppose l'application du critère du « choc de la conscience » — ne constitue pas un principe de justice fondamentale pouvant être invoqué pour contester une disposition législative (par. 94-99). Il est vrai que dans certains contextes, cette formulation a été employée pour servir de base à la norme de la disproportion totale (voir, p. ex., relativement à l'art. 12, *R. c. Hills*, 2023 CSC 2, par. 109-110, 145 et 163, la juge Martin, et par. 182-183, la juge Côté, dissidente, mais pas sur ce point). En pratique, une disposition considérée comme étant totalement disproportionnée à son objectif pourrait bien choquer la conscience si elle est invoquée. Toutefois, cette convergence n'écarte

pas les principes de justice fondamentale qui s'appliquent aux contestations de dispositions législatives.

[121] Comme les appelants ciblent des dispositions législatives, le critère du « choc de la conscience » ne convient pas en l'espèce. Cela ne veut toutefois pas dire que la question de savoir si l'acte du gouvernement choque la conscience n'est pas pertinente pour contester la mise en œuvre de l'*Entente sur les tiers pays sûrs*. Les décisions administratives prises conformément aux régimes législatifs doivent, comme les régimes eux-mêmes, respecter les droits garantis par la *Charte*. Par conséquent, les demandeurs d'asile qui arrivent des États-Unis peuvent toujours faire valoir des contestations constitutionnelles concernant des décisions selon lesquelles leur demande d'asile est irrecevable ou celles selon lesquelles des mesures spéciales ne peuvent pas être accordées. Comme l'a reconnu notre Cour, il est possible d'examiner dans le cadre de la même instance des contestations visant à la fois des dispositions législatives et des actes administratifs (voir, p. ex., *PHS*, par. 74-77; *Kindler*, p. 840, la juge McLachlin).

[122] Si des demandeurs d'asile lors d'affaires futures contestent des actes administratifs, les tribunaux pourront conclure que le renvoi de ces personnes choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes (voir *Burns*, par. 69). De cette façon, les demandeurs d'asile vulnérables que le Canada cherche indûment à renvoyer peuvent être protégés. Toutefois, dans leur plaidoirie, les appelants ont

expressément écarté toute intention de contester la constitutionnalité des décisions administratives par lesquelles ils se sont vu refuser des exemptions.

[123] Rien de ce qui précède ne suggère que les préoccupations des intimés quant à la courtoisie internationale et à la souveraineté des États étrangers ne sont pas justifiées. J'estime toutefois qu'elles peuvent s'intégrer aux principes de la portée excessive et de la disproportion totale. Tout d'abord, l'analyse du lien de causalité que l'on trouve dans les arrêts *Suresh* et *Bedford* fait en sorte que les tribunaux canadiens ne peuvent évaluer les effets causés par des acteurs étrangers que si ces effets ont un lien de causalité avec un acte de l'État canadien.

[124] De plus, les principes de justice fondamentale énoncés dans l'arrêt *Bedford* permettent aux tribunaux de tenir compte de la courtoisie internationale et de la souveraineté des États étrangers. En effet, le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale sont des principes de « logique fonctionnelle » ou d'évaluation des moyens et des objectifs, lesquels ne peuvent être examinés qu'à la lumière de l'objet de la disposition législative contestée (par. 107-109; Stewart (2019), p. 150-151; P. W. Hogg, « The Brilliant Career of Section 7 of the Charter » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195, p. 209). L'expression adéquate de l'objet d'un régime comportant des éléments étrangers doit tenir compte du contexte international, où il n'y aura que rarement, voire jamais, de correspondance exacte entre le régime étranger et le régime canadien. Les tribunaux devraient donc hésiter à conclure que ce type de dispositions législatives repose sur les lois de l'État étranger correspondant en tous points à celles

du Canada. Dans ces circonstances, j'insiste sur le fait que les tribunaux doivent prendre les précautions nécessaires lorsqu'ils définissent l'objet de lois canadiennes.

[125] Enfin, notre Cour n'a pas écarté la possibilité qu'une violation de l'art. 7 puisse, dans certaines circonstances, être justifiée en vertu de l'article premier (*Malmo-Levine*, par. 96-98; *Bedford*, par. 129). Notre Cour a également souligné que l'analyse fondée sur l'article premier doit être abordée en tenant compte du contexte factuel et social de chaque cas (voir, p. ex., *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 63, le juge La Forest, dissident, mais pas sur ce point, et par. 132-134, la juge McLachlin). À l'étape de l'analyse relative à l'article premier, une approche contextuelle prendrait probablement en considération la courtoisie internationale et de la souveraineté des États étrangers.

(2) Le régime n'a pas une portée excessive et n'est pas totalement disproportionné

[126] Les intimés ne mentionnent pas l'arrêt *Bedford* dans leur mémoire. Bien qu'ils soutiennent que les principes de justice fondamentale énoncés dans l'arrêt *Bedford* ne s'appliquent pas au présent pourvoi, leur omission d'examiner cet arrêt ne nous est d'aucune utilité. La thèse des appelants était axée sur la portée excessive et la disproportion totale à chaque étape des procédures judiciaires. La Cour fédérale a appliqué ces principes et la Cour d'appel les a commentés. Il aurait donc été utile à la Cour que les intimés offrent des explications, ou des arguments subsidiaires, sur ces principes.

[127] En l'espèce, les principes de l'arrêt *Bedford* s'appliquent. Pour déterminer si une disposition législative viole ces principes, les tribunaux se demandent « 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 » (par. 125). Pour ce faire, ils doivent établir l'objet de la disposition et ensuite se demander si, à la lumière de cet objet, la disposition législative enfreint un des principes de justice fondamentale applicables.

a) *Objectif législatif*

[128] Les juridictions inférieures se sont fondées sur l'objet du régime législatif énoncé dans l'arrêt *CCR (2008)*, par. 75 : « . . . le partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile avec des pays signataires qui se conforment aux articles pertinents [de la *Convention sur les réfugiés* et de la *Convention contre la torture*] et qui ont des antécédents acceptables en matière de respect des droits de la personne » (motifs de la Cour fédérale, par. 119-122; motifs de la C.A., par. 164). Les appelants proposent une conception plus large de la place qu'occupe le droit international quant à l'objet du régime, affirmant que celui-ci vise [TRADUCTION] « à partager la responsabilité de la protection des réfugiés conformément aux obligations internationales du Canada » (m.a., par. 56 (italique omis)). Inversement, les intimés voudraient que notre Cour retienne un objet qui ne mentionne pas explicitement les obligations internationales : [TRADUCTION] « . . . partager la responsabilité d'assurer la protection des personnes dans le besoin et améliorer l'efficacité du système de détermination du statut de réfugié » (m.i., par. 26). Je n'adopterais aucune de ces

propositions. À mon avis, l'art. 159.3 du *RIPR* a pour objet le partage avec les États-Unis de la responsabilité d'examiner équitablement les demandes d'asile, conformément au principe du non-refoulement.

[129] Dans l'arrêt *R. c. Ndhlovu*, 2022 CSC 38, notre Cour a réitéré plusieurs principes guidant la caractérisation de l'objectif législatif dans le cadre d'une analyse fondée sur l'art. 7. Elle a souligné, par exemple, que l'accent est mis sur l'objet des dispositions contestées, bien que le régime législatif général puisse donner des indices au sujet de l'objet des dispositions particulières en question (par. 61, les juges Karakatsanis et Martin, et par. 153, le juge Brown, dissident en partie, mais pas sur ce point). Le tribunal peut tenir compte « de [l']énoncé [de l'objet] dans le texte de loi, s'il en est, du texte, du contexte et de l'économie de la loi et d'éléments de preuve extrinsèques » (par. 64; voir aussi *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, par. 33).

[130] Les énoncés d'objet constituent « [l]a [TRADUCTION] “preuve la plus directe et la plus digne de foi” de l'objet d'une disposition législative » (*Appulonappa*, par. 49, citant R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 274-276). En l'espèce, bien que les articles précis dans lesquels se trouvent les dispositions contestées ne contiennent pas d'énoncés d'objets proprement dits, le par. 3(2) de la *LIPR* énonce les objectifs généraux de la Loi en ce qui concerne les réfugiés :

(2) S'agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet :

- a)** de reconnaître que le programme pour les réfugiés vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution;
- b)** 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;
- c)** de faire bénéficier ceux qui fuient la persécution d'une procédure équitable reflétant les idéaux humanitaires du Canada;
- d)** d'offrir l'asile à ceux qui craignent avec raison d'être persécutés du fait de leur race, leur religion, leur nationalité, leurs opinions politiques, leur appartenance à un groupe social en particulier, ainsi qu'à ceux qui risquent la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités;
- e)** de mettre en place une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain;

[131] Ces objectifs fournissent trois éléments clés permettant de déterminer l'objet des dispositions visées en l'espèce : le respect des obligations internationales du Canada (al. 3(2)b) et d)), la garantie d'une procédure équitable pour les demandeurs d'asile (al. 3(2)b), c) et e)) et la mise en place d'un processus canadien d'asile efficace et viable (al. 3(2)e)). De plus, le par. 102(1) de la *LIPR* se rapporte aussi à l'objectif législatif en l'espèce dans la mesure où il permet la désignation de pays « en vue du partage avec d'autres pays de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile ».

[132] En ce qui concerne le texte et le contexte du régime législatif, la disposition directement contestée est l'art. 159.3 du *RIPR*. Cette disposition désigne les États-Unis conformément à l'al. 102(1)a) de la *LIPR*. À mon avis, l'objet d'une disposition désignant un pays précis ne peut être compris qu'à la lumière du par. 102(2), comme

l'a reconnu la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *CCR (2008)*. La prise en compte des facteurs énoncés au par. 102(2) est une condition préalable à la désignation d'un pays. Ces facteurs, établis par le Parlement, s'inscrivent nécessairement dans l'objectif poursuivi par la désignation. Parmi ceux-ci, mentionnons « [les] politique et usages [du pays concerné] 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 » (al. 102(2)b)). Les « antécédents en matière de respect des droits de la personne » d'un pays en sont un autre (al. 102(2)c)).

[133] Le pouvoir de désigner un pays découle de l'al. 102(1)a), qui s'attache au respect par le pays désigné du principe du non-refoulement, consacré à l'article 33 de la *Convention sur les réfugiés* et à l'article 3 de la *Convention contre la torture*. Le principe du non-refoulement, que les auteurs ont aussi décrit comme la « pierre angulaire du droit des réfugiés » (voir, p. ex., F. Crépeau, *Droit d'asile : De l'hospitalité aux contrôles migratoires* (1995), p. 166), revêt donc une importance capitale pour l'objet du régime. De fait, même les auteurs de doctrine qui critiquent l'accord ont reconnu qu'il [traduction] « témoigne d'un engagement commun à assurer l'accès à un processus d'asile au Canada ou aux États-Unis » en vue du respect du principe du non-refoulement (Macklin (2005), p. 381; Mayrand et Smith-Grégoire, p. 337).

[134] Les divers facteurs énoncés au par. 102(2) de la *LIPR* se rapportent clairement au principe du non-refoulement, mais ne s'y limitent pas. En mentionnant

les pratiques et usages concernant la *Convention sur les réfugiés* et la *Convention contre la torture* dans leur ensemble (al. 102(2)b)), la loi prescrit au gouverneur en conseil de tenir compte d'un large éventail de garanties qui visent à faire en sorte que les demandeurs d'asile bénéficient d'un traitement équitable dans les pays d'accueil. L'exigence prévue à l'al. 102(2)c) selon laquelle il faut tenir compte des « antécédents [d'un pays] en matière de respect des droits de la personne » va dans le même sens, car elle contribue à déterminer si les réfugiés bénéficieront d'un traitement équitable encore plus avantageux que le minimum établi par le principe du non-refoulement. Il ne ressort pas de ces exigences que les pays désignés doivent avoir des politiques ou des antécédents en matière de respect des droits de la personne qui sont identiques à ceux du Canada, dans la mesure où les pays désignés respectent certaines exigences minimales. En ce sens, les facteurs énumérés au par. 102(2) laissent de la place aux différences acceptables entre les régimes internes des États, ce qui reflète le respect du Parlement envers la courtoisie internationale, dans les limites de la Constitution.

[135] Le régime législatif général qui structure les effets juridiques découlant de la désignation d'un pays est également révélateur, en ce sens qu'il démontre que le partage de responsabilités avec un pays désigné est un objectif primordial. En particulier, l'al. 101(1)e) de la *LIPR* rend irrecevable la demande présentée par une personne arrivée d'un pays désigné. L'accès à d'autres procédures au Canada est également restreint (voir, p. ex., *LIPR*, al. 112(2)b)). Le message est clair : la désignation fait en sorte que les demandes d'asile seront examinées dans le pays désigné plutôt qu'au Canada.

[136] Enfin, trois sources d'éléments de preuve extrinsèques aident à déterminer l'objet de l'art. 159.3 du *RIPR*. Premièrement, le préambule de l'*Entente sur les tiers pays sûrs* fournit des indications utiles sur les objectifs du Parlement et du gouverneur en conseil lors de l'adoption des dispositions législatives mettant en œuvre le traité au Canada. Comme nous l'avons vu, le préambule reconnaît les obligations de non-refoulement auxquelles sont assujettis les deux pays (par. 2). Il indique que les gouvernements étaient conscients de la nécessité d'éviter « d'enfreindre indirectement le principe fondamental de non-refoulement [...] [en garantissant] l'accès à une procédure de détermination du statut de réfugié équitable et pleine et entière » (par. 8). Par conséquent, le préambule de l'*Entente sur les tiers pays sûrs* confirme que le principe de non-refoulement est au cœur du régime, tout en insistant plus largement sur le traitement équitable des demandes d'asile. C'est à la lumière de ces engagements réciproques que le partage des responsabilités a été proposé.

[137] Deuxièmement, l'*Énoncé de principes* connexe auquel ont souscrit le Canada et les États-Unis témoigne d'un engagement partagé à faire en sorte que les demandeurs d'asile assujettis au régime soient traités équitablement. Par exemple, il permet aux demandeurs d'être accompagnés d'une personne de leur choix pendant les procédures.

[138] Troisièmement, le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation de l'art. 159.3 du *RIPR* précise que « [c]es dispositions visent à désigner les États-Unis par règlement pour l'application de l'alinéa 101(1)e) de la [*LIPR*] » « en vue du partage

de la responsabilité de protection des réfugiés », tout en respectant « [l']engagement du Canada à remplir ses obligations internationales envers les réfugiés », ce qui « reflète notre tradition humanitaire et nos valeurs fondamentales de compassion et d'équité » (p. 1622-1623).

[139] Considérés dans leur ensemble, l'énoncé des objectifs de la *LIPR*, le texte, le contexte et l'économie de la loi, de même que les éléments de preuve extrinsèques, tendent à indiquer que l'objet des dispositions législatives comporte trois éléments essentiels : (1) le partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile; (2) le respect du principe du non-refoulement; et (3) le renvoi des demandeurs d'asile uniquement dans des pays où leurs demandes seront équitablement examinées. Compte tenu de ces éléments, l'objet de l'art. 159.3 du *RIPR* est le partage avec les États-Unis de la responsabilité de l'examen équitable des demandes d'asile, conformément au principe du non-refoulement. Cet objet reflète un objectif principal (le partage de la responsabilité), lequel est assujéti à deux limites (le principe du non-refoulement et l'exigence d'un examen équitable). Fait à noter, ces deux limites ne révèlent pas une attente selon laquelle le système américain de demandes d'asile devrait correspondre en tous points au système canadien. C'est à la lumière de cet objectif que les atteintes aux droits garantis par l'art. 7 dont il est question — le risque de détention discrétionnaire et d'isolement médical, ainsi que les risques présumés de refoulement — doivent être examinées en vue de déterminer s'il y a portée excessive et disproportion totale.

b) *Risques de détention et d'isolement médical*

[140] Les appelants soutiennent que les risques de détention et d'isolement médical ont une portée excessive et sont totalement disproportionnés. Je ne suis pas convaincu qu'il y ait atteinte à l'un ou l'autre de ces principes de justice fondamentale eu égard aux circonstances de l'espèce.

[141] En ce qui concerne la portée excessive, la question est de savoir si la disposition contestée « s'applique si largement qu'elle vise certains actes qui n'ont aucun lien avec son objet » (*Bedford*, par. 112 (italique omis)). Comme l'a affirmé notre Cour, une disposition législative a une portée excessive si elle a cet effet ne serait-ce que dans un seul cas (par. 113 et 123; *Ndhlovu*, par. 78). Il ne s'agit pas de savoir « si le législateur a choisi le moyen le moins restrictif, mais de savoir si le moyen choisi porte atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne d'une manière qui n'a aucun lien avec le mal qu'avait à l'esprit le législateur » (*Carter*, par. 85).

[142] À mon avis, le risque de détention aux États-Unis, laquelle est assortie de possibilités de mise en liberté et de contrôle, est lié à l'objectif législatif. Le partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile avec un autre État exposera nécessairement les personnes renvoyées à un régime juridique étranger qui encadre la présence des demandeurs d'asile dans ce pays. L'assujettissement à des systèmes juridiques étrangers — y compris à leurs pratiques en matière de détention — est une conséquence inévitable de la réalisation de l'objet du régime. Bien entendu, l'objectif de partage de la responsabilité de la loi est nuancé par l'exigence selon laquelle les

demandeurs d'asile doivent bénéficier d'un examen équitable de leur demande dans le pays désigné. Toutefois, le respect de cette exigence ne dépend pas de la mesure dans laquelle le régime américain d'octroi de l'asile correspond au régime canadien. Un certain degré de différence entre les régimes juridiques applicables dans les deux pays peut être toléré, à condition que le système américain ne soit pas fondamentalement inéquitable. Par conséquent, pour pouvoir démontrer que le régime va au-delà de cette limite — de sorte qu'il n'y a absolument « aucun lien » entre les effets du régime et l'objectif législatif, qui vise notamment à renvoyer les demandeurs d'asile uniquement dans des pays où leurs demandes seront examinées équitablement (voir *Carter*, par. 85) —, les appelants doivent établir que le système américain est fondamentalement inéquitable. À mon avis, le dossier ne permet pas de conclure que le régime de détention américain est fondamentalement inéquitable.

[143] Les instruments juridiques internationaux donnent des indications sur ce que représente un traitement équitable des demandeurs d'asile. Par exemple, les *Principes directeurs* en matière de détention du HCNUR reconnaissent que la détention des demandeurs d'asile « *en soi* n'est pas prohibée par le droit international, pas plus que le droit à la liberté de la personne n'est absolu » (*Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention* (2012), principe directeur 4, par. 18). Les *Principes directeurs* établissent des garanties en ce qui concerne le recours à la détention. Il revient aux États de déterminer quelle forme précise prendront ces garanties en pratique. En l'espèce, les appelants ne se sont pas acquittés de leur fardeau de démontrer que le système d'asile

des États-Unis ne comporte aucune garantie. Bien que le dossier indique que les personnes renvoyées aux États-Unis risquent d'y être détenues, il révèle aussi l'existence de mécanismes qui leur offrent la possibilité d'être remises en liberté et de faire contrôler les motifs de leur détention par des décideurs administratifs et des tribunaux. Rien ne permet d'inférer que ces mesures sont fondamentalement inéquitables. Par conséquent, le risque de détention auquel sont exposées les personnes à leur retour aux États-Unis n'a pas une portée excessive.

[144] De même, le recours à l'isolement médical n'est pas fondamentalement inéquitable. Rien dans le dossier ne donne à penser que l'isolement des personnes en attente de résultats d'un test de dépistage de la tuberculose n'est pas utile en vue de limiter les risques pour la santé publique dans les établissements de détention. D'ailleurs, l'*Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (les Règles Nelson Mandela)*, Doc. N.U. A/RES/70/175, 17 décembre 2015, exige que, lorsque des personnes dans des établissements de détention sont susceptibles d'être atteintes de maladies contagieuses, des mesures soient prises pour « prévoir leur isolement clinique et leur offrir un traitement adapté pendant la période de contagion » (règle 30*d*). Bien entendu, les *Règles Nelson Mandela* limitent également le recours à l'isolement cellulaire et à la ségrégation (voir, p. ex., les règles 37*d*), 43(1), 44 et 45). Toutefois, les appelants ne font pas état d'éléments de preuve qui permettraient d'inférer que l'isolement médical est utilisé à tort dans le système américain de détention en matière d'immigration.

[145] Il est vrai que le dossier comprend les affidavits de deux avocats d'organisations américaines de défense des droits qui estiment qu'il est possible que l'isolement soit utilisé plus largement. Par exemple, ils affirment que l'isolement cellulaire pourrait être utilisé dans le cas des demandeurs d'asile aux prises avec des problèmes de santé mentale (affidavit de Ruby Robinson, par. 18, reproduit dans le d.a., vol. XXXIII, p. 13884-13885) ou comme mesure punitive (affidavit de Timothy Warden-Hertz, par. 8, reproduit dans le d.a., vol. XXXIII, p. 13807-13808). Les juridictions inférieures n'ont toutefois tiré aucune conclusion sur ces questions précises. La juge de la Cour fédérale n'a pas conclu que le système américain de détention en matière d'immigration impose l'isolement aux personnes ayant des problèmes de santé mentale ou que l'isolement est utilisé à titre punitif.

[146] Notre Cour hésite à juste titre à endosser le rôle de juge des faits (*Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, par. 33, le juge La Forest, et par. 89, le juge Sopinka, dissident, mais pas sur ce point). En l'espèce, compte tenu des limites du dossier de preuve, il serait imprudent de la part de notre Cour de tirer des conclusions factuelles sur la façon dont les États-Unis utilisent l'isolement cellulaire dans le cadre de la détention en matière d'immigration. Rien ne permet donc de conclure que les pratiques américaines sont fondamentalement inéquitables. Par conséquent, je ne suis pas convaincu que le risque d'isolement médical auquel sont exposées les personnes renvoyées aux États-Unis constitue un effet excessif des dispositions législatives canadiennes.

[147] En ce qui concerne la disproportion totale, la question est de savoir si les effets des dispositions législatives contestées sur les droits protégés par l'art. 7 sont « si totalement disproportionnés à [leurs] objectifs qu'ils ne peuvent avoir d'assise rationnelle » (*Bedford*, par. 120). Ce critère préliminaire n'est satisfait que « dans les cas extrêmes où la gravité de l'atteinte est sans rapport aucun avec l'objectif » et « débord[e] complètement le cadre des normes reconnues dans notre société libre et démocratique » (*ibid.*). Ni un risque de détention assortie de possibilités de mise en liberté et de contrôle ni un risque d'isolement médical ne satisfont à ce seuil élevé. Au Canada, comme aux États-Unis, ces risques font partie des normes mutuellement acceptées par nos sociétés libres et démocratiques. Les appelants n'ont pas démontré le contraire.

c) *Risques de refoulement en raison des politiques américaines en matière d'asile*

[148] Soumettre les personnes renvoyées aux États-Unis à des risques de refoulement réels et non spéculatifs n'aurait aucun lien avec l'objet des dispositions législatives contestées, qui reposent essentiellement sur le respect du principe du non-refoulement. Une disposition exigeant le renvoi de personnes vers un pays où elles seront exposées à un risque de refoulement aurait donc une portée excessive. De même, une disposition imposant un tel renvoi serait totalement disproportionnée parce qu'une telle action exposerait, par définition, les personnes à des menaces à leur vie ou à leur liberté (*Convention sur les réfugiés*, article 33), à la torture (*Convention contre la torture*, article 3) ou à d'autres violations des droits fondamentaux de la personne. Les

auteurs ont critiqué ces types de régimes obligatoires, qui exigent que les pays tiennent pour acquis [TRADUCTION] « la capacité et la volonté de l'État partenaire de protéger les réfugiés » (voir, p. ex., Hathaway, p. 330). Toutefois, les dispositions législatives contestées en l'espèce ne prescrivent pas simplement le renvoi : il existe aussi des dispositions curatives connexes qui doivent être prises en compte dans l'analyse. Ces dispositions comprennent le report administratif des mesures de renvoi (*LIPR*, par. 48(2)), les permis de séjour temporaire (art. 24), les exemptions pour motifs d'ordre humanitaire (par. 25.1(1)) et les exceptions relatives à l'intérêt public (par. 25.2(1)). Je constate que même si la juge de la Cour fédérale n'a pas tenu compte de l'éventail complet des mesures curatives applicables, elle a dûment reconnu — dans son analyse relative à l'art. 7 sous les titres « La portée excessive » et « Le caractère totalement disproportionné » dans ses motifs — que les soupapes de sécurité sont pertinentes pour l'évaluation des principes de justice fondamentale énoncés dans l'arrêt *Bedford*.

[149] Comme l'a conclu la Cour dans l'arrêt *PHS*, lorsque le régime législatif contesté comprend des soupapes de sécurité, la question est de savoir si les mécanismes — dûment interprétés et appliqués — suffisent pour conclure à l'absence de toute atteinte contraire aux principes de justice fondamentale (par. 113; voir aussi Moore, p. 150-151). En clair, si de telles atteintes n'ont pas lieu, il n'y a donc pas de violation de l'art. 7. Cette observation explique à mon avis l'affirmation de la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *PHS* selon laquelle « si on décidait de rédiger une loi qui combat la toxicomanie tout en respectant les droits garantis par la *Charte*, on pourrait fort bien

adopter [...] une interdiction conjuguée au pouvoir d'accorder des exemptions » (par. 114).

[150] Les dispositions réparatrices de la *LIPR* sont, sur de nombreux points essentiels, semblables à la soupape de sécurité prévue dans la *LRCDas*, sur laquelle la Cour s'est fondée dans l'arrêt *PHS*. Par exemple, l'art. 25.1 de la *LIPR* est semblable sur le plan de la structure à ce qui était à l'époque l'art. 56 de la *LRCDas*. Les deux mécanismes prévoient l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre afin qu'il lève les règles qui autrement s'appliqueraient. De plus, ils accordent tous les deux un vaste pouvoir discrétionnaire, en ce qu'ils autorisent des exemptions de toute disposition de la Loi (dans le cas de la *LRCDas*), ou de tout critère ou de toute obligation applicable que prévoit la Loi (dans le cas de la *LIPR*). Les exemptions pour des motifs d'intérêt public (*LIPR*, art. 25.2) jouent un rôle comparable. De plus, les reports administratifs de l'exécution d'une mesure de renvoi (par. 48(2)) et les permis de séjour temporaire (art. 24) créent aussi des possibilités de réparation discrétionnaire, accordées par des décideurs de première ligne plutôt que par le ministre.

[151] Lorsque les soupapes de sécurité de la *LIPR* s'appliquent, les demandeurs d'asile peuvent être à l'abri d'un renvoi. S'ils ne sont pas renvoyés aux États-Unis, ils ne sont pas exposés à un risque de refoulement des États-Unis. Les soupapes de sécurité peuvent donc servir à remédier à ce qui pourrait par ailleurs constituer des effets inconstitutionnels, comme ce fut le cas dans l'affaire *PHS*. En outre, comme dans cette affaire, elles sont à juste titre considérées comme faisant partie de l'étape portant sur

les principes de justice fondamentale de l'analyse relative à l'art. 7, parce que les mécanismes peuvent être exercés en vue de corriger l'atteinte précise en cause, en l'espèce le risque de refoulement.

[152] Les appelants soutiennent que [TRADUCTION] « les effets excessifs et totalement disproportionnés ne peuvent être corrigés » par ces mécanismes dans la *LIPR* (m.a., par. 67). Selon eux, les soupapes de sécurité ne sont pas pertinentes parce qu'elles ne font [TRADUCTION] « pas partie des dispositions législatives et réglementaires mettant en œuvre l'irrecevabilité prévue par l'[*Entente sur les tiers pays sûrs*] » (par. 69). Je ne suis pas de cet avis. Il ne s'agit pas d'un cas où les soupapes de sécurité du régime sont sans rapport avec l'atteinte au point où elles ne sont pas utiles pour établir si la disposition contestée viole l'art. 7 de la *Charte*. Correctement interprétés, les mécanismes curatifs dans le régime législatif général sont suffisants pour faire en sorte que les personnes ne soient pas exposées à des risques réels et non spéculatifs de refoulement, dans la mesure où de tels risques existent. Ces mécanismes doivent être interprétés en fonction du pouvoir discrétionnaire que garantit l'article 6 de l'*Entente sur les tiers pays sûrs* au Canada pour examiner des demandes d'asile s'il juge qu'il est dans l'intérêt public de le faire.

[153] À l'article 6, les parties ont convenu que chacune d'entre elles peut examiner « toute demande du statut de réfugié » si elle juge qu'il est dans l'intérêt public de le faire. Les États-Unis ont mis en œuvre cette disposition d'une manière qui leur permet d'exercer leur discrétion et de tenir compte de divers facteurs d'ordre

humanitaire (voir, p. ex., HCNUR, *Monitoring Report : Canada-United States « Safe Third Country » Agreement* (2006), p. 63-65). Rien dans l'entente n'empêchait le Canada de conserver des mécanismes permettant une approche similaire.

[154] Le simple fait que ces mécanismes soient antérieurs au traité ne fait pas échec à leur pertinence. Des auteurs ont d'ailleurs fait observer que [TRADUCTION] « [I]a grande majorité des traités conclus par le Canada sont des accords d'État à État qui n'exigent pas de modification aux lois internes de l'une ou l'autre des parties » (van Ert, p. 233). Lorsque l'entente a été signée, le droit interne canadien comprenait déjà des dispositions pouvant faciliter l'examen individualisé de la situation des demandeurs d'asile lorsqu'il est dans l'intérêt public du Canada de le faire. De nouvelles dispositions législatives mettant en œuvre d'autres mécanismes n'étaient pas nécessaires. De même, il importe peu que ces dispositions se retrouvent dans d'autres parties d'application générale de la *LIPR*. Comme je l'ai déjà dit, les analyses fondées sur la *Charte* doivent tenir compte de toutes les dispositions pertinentes dans un régime législatif dont les composantes sont interreliées.

[155] Les dispositions connexes de la *LIPR* et du *RIPR* prévoient divers moyens permettant aux demandeurs d'asile d'être à l'abri d'un retour temporaire ou permanent. Par exemple, l'agent qui, lors de l'entrevue initiale, est persuadé qu'il existe un risque réel et non spéculatif de refoulement pourrait renvoyer l'affaire à Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada en vue d'un examen plus approfondi. Ce ministère pourrait alors se pencher sur l'opportunité de recommander que le ministre accorde une

exemption pour des motifs d'ordre humanitaire en vertu de l'art. 25.1 de la *LIPR*, ce qui comprend la renonciation à l'irrecevabilité prévue à l'al. 101(1)e). Par ailleurs, le ministre pourrait décider qu'il existe des raisons d'octroyer un permis de séjour temporaire, ce qui lui donnerait du temps pour déterminer si le statut de résident permanent devrait être accordé pour des motifs d'ordre humanitaire. Cette liste de moyens n'est évidemment pas exhaustive. Toutefois, ceux-ci semblent indiquer que le régime législatif peut limiter le risque de préjudice que la règle générale pourrait autrement occasionner.

[156] Il est vrai que le Canada n'a expressément invoqué l'article 6 que pour créer des exceptions par catégories (Canada, *Partenariat pour la protection : Examen de la première année* (2006), p. 37). Néanmoins, le Canada est depuis longtemps au fait que l'article 6 lui permet d'examiner les demandes d'asile de [TRADUCTION] « personnes [. . .] qui, en temps normal, ne seraient visées par aucune des exceptions, mais dont le cas particulier justifierait néanmoins d'être pris en considération en raison de leur vulnérabilité » (HCNUR, *Monitoring Report*, p. 36; voir aussi *Partenariat pour la protection*, p. 35-37). Je souscris à cette interprétation de l'article 6, qui doit guider l'interprétation des mécanismes d'exemption existants.

[157] Les appelants font valoir dans leur mémoire que la juge de la Cour fédérale a conclu que ces mécanismes étaient [TRADUCTION] « illusoires » et « largement hors de portée » (m.a., par. 68). En revanche, les intimés affirment que ces mécanismes [TRADUCTION] « existent en droit » et que la Cour d'appel a estimé qu'ils pouvaient

être invoqués en pratique, comme en fait foi le dossier (m.i., par. 91). À mon avis, aucune de ces positions ne peut être acceptée dans sa totalité.

[158] Il est évident qu'une exemption serait simplement « illusoire » — et ne pourrait donc pas remédier aux vices constitutionnels — s'il n'y avait aucune possibilité de l'invoquer en droit. Par exemple, s'il n'existe aucune démarche juridique permettant d'obtenir une exemption d'origine législative, alors elle est illusoire (voir *Parker*, par. 174). Il ne suffit pas non plus que des mécanismes curatifs puissent être invoqués en droit, mais ne puissent être utilisés en pratique. Les promesses creuses ne protègent pas contre les violations de droits garantis par la Constitution. Par exemple, notre Cour a reconnu qu'une loi qui autorise des exemptions peut néanmoins créer des obstacles à leur accès (voir, p. ex., *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 60-62, le juge en chef Dickson, et p. 91-100, le juge Beetz). Celui qui conteste une loi peut soutenir que celle-ci viole de façon injustifiable l'art. 7 parce que le mécanisme d'exemption lui-même cause des difficultés aux personnes qui cherchent à s'en prévaloir (*Morgentaler*, p. 73-76, le juge en chef Dickson, et p. 122-128, le juge Beetz). Notre Cour a toutefois souligné que la loi doit être la cause des difficultés alléguées pour pouvoir faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* (voir *Little Sisters*, par. 128).

[159] Il n'est pas toujours évident de savoir si la source d'une violation alléguée est la disposition législative ou la conduite administrative qui la met en œuvre (voir, p. ex., A. M. Latimer et B. L. Berger, « A Plumber with Words: Seeking Constitutional

Responsibility and an End to the *Little Sisters* Problem » (2022), 104 *S.C.L.R.* (2d) 143, p. 145-146). Pour appliquer les arrêts *Morgentaler* et *Little Sisters*, il convient de consulter la jurisprudence plus générale sur l'analyse du lien de causalité dans le cadre de contestations fondées sur l'art. 7. Comme c'est le cas à chaque étape de la démonstration d'une violation de l'art. 7, l'auteur de la contestation doit démontrer que la loi cause des difficultés aux personnes qui cherchent à se prévaloir de mesures curatives (*Bedford*, par. 78). Il doit donc démontrer que la loi rend l'exemption illusoire dans sa propre situation. L'auteur de la contestation n'a pas à démontrer que la loi rend les exemptions illusoires en général, car l'analyse relative à l'art. 7 n'est pas axée sur « [le] pourcentage de la population qui est touchée par un effet préjudiciable » (par. 123). Lorsque le tribunal conclut que la loi est à l'origine des difficultés alléguées, il devrait expliquer comment les parties peuvent s'acquitter de ce fardeau pour chacun des mécanismes curatifs en question.

[160] Il est vrai que la juge de la Cour fédérale a écrit que les « garanties [. . .] sont [. . .] largement hors de portée et sont donc “illusoires” » (par. 130). Néanmoins, comme les appelants l'ont eux-mêmes reconnu au cours de leur plaidoirie devant notre Cour, lorsque cette affirmation est lue dans son contexte, il appert que la juge de la Cour fédérale s'attachait dans l'immédiat à la possibilité concrète de demander le contrôle judiciaire. Comme discuté plus tôt, l'existence d'un recours en contrôle judiciaire est une chose et l'existence ou non de garanties législatives pouvant servir de mécanismes curatifs ou de « soupapes de sécurité » en est une autre. Les motifs de la juge de la Cour fédérale dans la présente affaire ne laissent pas entrevoir de conclusion

réfléchi portant que tous les mécanismes curatifs pertinents sont illusoire pour une personne donnée. Elle n'a d'ailleurs pas procédé à une analyse en profondeur des mécanismes curatifs pertinents. À mon avis, il s'agissait d'une erreur de droit qui témoigne du défaut d'examiner la manière dont les dispositions législatives pertinentes pourraient s'appliquer à la question qui nous occupe — bien que l'on puisse difficilement le reprocher à la juge de la Cour fédérale, puisque les arguments soumis par les parties qui ont comparu devant elle ne semblent pas avoir traité directement de la manière dont ces mécanismes, correctement interprétés, pouvaient être pertinents.

[161] Si elle avait tenu compte de l'éventail complet des mécanismes curatifs applicables, la juge de la Cour fédérale aurait reconnu que la preuve dans le dossier est insuffisante concernant la façon dont ils sont appliqués en pratique. Par exemple, les appelants n'ont fait état d'aucun élément de preuve permettant de conclure qu'un demandeur d'asile renvoyé n'aurait pas accès à ces mécanismes. Le dossier montre plutôt que les demandeurs d'asile particuliers renvoyés peuvent demander un report administratif de leur renvoi, un permis de séjour temporaire ou une exemption pour des motifs d'ordre humanitaire. Je souligne en particulier la situation des membres de la famille de M^{me} Al Nahass, qui se sont vu octroyer des permis de séjour temporaire et le statut de résidents permanents pour des motifs d'ordre humanitaire. Ainsi, le dossier dans la présente affaire ne permet pas de conclure que les mécanismes curatifs applicables sont « illusoire ». Quoiqu'il en soit, l'erreur de droit commise par la juge de la Cour fédérale fait en sorte que son commentaire ne lie pas notre Cour.

[162] Le pouvoir d'agir dans l'intérêt public énoncé à l'article 6 peut être exercé de façon individualisée au moyen des mécanismes curatifs prévus par la *LIPR*. À défaut de conclusion suivant laquelle ces mécanismes sont illusoire ou autrement inadéquats pour remédier à d'éventuels préjudices, le fait d'exercer de cette manière le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 6 ne constitue pas un vice constitutionnel. Évidemment, le gouverneur en conseil peut également prendre des règlements concernant les critères d'application de l'irrecevabilité prévue à l'al. 101(1)e) afin de préciser dans quels cas le principe général du renvoi ne devrait pas s'appliquer (*LIPR*, al. 102(1)c)). C'est ce que le gouverneur en conseil a fait à l'art. 159.6 du *RIPR*, lequel soustrait à un renvoi aux États-Unis les personnes qui y seraient passibles de la peine de mort. Cette exception témoigne d'une différence marquée entre le droit américain et le droit canadien. C'est donc un exemple qui illustre que le partage de la responsabilité n'exige pas nécessairement que les deux pays s'entendent sur tous les points. En effet, il ressort de l'article 6 que les parties au traité acceptent que chacune d'elles s'en tiendra à son propre point de vue lorsqu'elle déterminera si une demande d'asile est dans l'intérêt public. De plus, les règlements pris en application de l'al. 102(1)c) ne sont pas le seul moyen servant à préciser les situations qui justifient l'application de l'exception prévue à l'article 6. Le ministre peut également énoncer des catégories de personnes pour lesquelles l'ordre public exige qu'une exception soit établie (*LIPR*, art. 25.2). L'exercice du pouvoir conféré par l'al. 102(1)c) ou l'art. 25.2 afin de préciser les circonstances exceptionnelles appropriées peut rendre le processus plus efficace et prévisible.

[163] En somme, même en tenant pour acquis que les demandeurs d'asile font face à des risques réels et non spéculatifs de refoulement des États-Unis, le régime législatif canadien prévoit des soupapes de sécurité qui les protègent contre de tels risques. Pour cette raison, le régime législatif mettant en œuvre l'*Entente sur les tiers pays sûrs* n'a pas une portée excessive et n'est pas totalement disproportionné, et est donc conforme aux principes de justice fondamentale. Compte tenu de cette conclusion, ainsi que de mes conclusions sur les atteintes liées à la détention, aucune violation de l'art. 7 de la *Charte* n'a été établie.

[164] Je rappelle que la contestation en l'espèce visait une disposition législative, et non la conduite administrative. Il se peut que des acteurs administratifs, comme les agents de l'ASFC, aient agi de façon déraisonnable ou inconstitutionnelle dans le traitement de certains demandeurs d'asile renvoyés ou dans leur interprétation du régime législatif, y compris des soupapes de sécurité qu'il comporte. Comme nous l'avons déjà signalé, lorsque les préjudices allégués sont attribuables à une action ou une inaction administrative, c'est celle-ci, et non la loi elle-même, qui peut régulièrement faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Toutefois, ces questions n'ont pas été soumises à notre Cour dans le cadre du présent pourvoi. Si, en raison d'une faute administrative, des personnes sont renvoyées aux États-Unis où elles se retrouveront dans une situation qui choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes, par exemple si elles seront exposées à un risque réel et non spéculatif de refoulement, des recours constitutionnels et administratifs sont à leur disposition. Sans me prononcer davantage sur le sujet, je constate que les décisions administratives dans

ce domaine exigent [TRADUCTION] « un examen des plus soucieux » (*R. (Yogathas) c. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920, par. 9, 58 et 74, citant *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex p. Bugdaycay*, [1987] A.C. 514 (H.L.), p. 531).

D. *Article premier*

[165] Étant donné que le régime législatif ne viole pas l'art. 7, il n'est pas nécessaire d'entreprendre une analyse fondée sur l'article premier. Toutefois, par souci d'exhaustivité, je formule quelques brefs commentaires sur la justification au titre de l'article premier pour les situations où elle serait nécessaire. Ce faisant, je souligne la pertinence distincte des soupapes de sécurité dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier lorsque le fardeau de justification incombe à l'État.

[166] Les appelants soutiennent que même si les soupapes de sécurité prévues par la loi ne faisaient pas en sorte que les dispositions législatives soient conformes aux principes de justice fondamentale au titre de l'art. 7, de tels moyens d'obtenir des réparations discrétionnaires peuvent être utiles lors de l'analyse relative à l'article premier. Toutefois, ils affirment que les intimés n'ont pas déposé d'éléments de preuve à l'appui d'une justification fondée sur l'article premier, et ils s'appuient sur l'affirmation de la juge de la Cour fédérale portant que les garanties sont « illusoires ».

[167] Les intimés font valoir que si une violation de l'art. 7 avait été établie, elle aurait été justifiée au regard de l'article premier, en partie en raison des dispositions

connexes dans le régime législatif. Selon eux, l'ensemble de la loi contribue à la réalisation de l'objectif urgent et réel du partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile avec les États-Unis. En outre, ils soutiennent que le régime ne porte qu'une atteinte minimale aux droits des demandeurs garantis par l'art. 7 et attirent l'attention sur le suivi de l'examen des facteurs dans le cadre du régime conformément au par. 102(3) de la *LIPR* et sur les soupapes de sécurité de la *LIPR*.

[168] Les deux parties reconnaissent à juste titre, à l'instar de notre Cour dans l'arrêt *Carter* (par. 114-121), que les soupapes de sécurité sont utiles à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Toutefois, le rôle que ces mécanismes jouent à l'étape de l'article premier diffère de celui qu'ils jouent à l'étape de l'art. 7, tout comme évidemment le fardeau qui incombe à l'État. Il en est ainsi parce que l'art. 7 et l'article premier « appellent des questions différentes » dans la mesure où « [l]a justification fondée sur l'objectif public prédominant constitue l'axe central de l'application de l'article premier, mais elle ne joue aucun rôle dans l'analyse fondée sur l'art. 7, qui se soucie seulement de savoir si la disposition contestée porte atteinte à un droit individuel » (*Bedford*, par. 125). Compte tenu de cette distinction, [TRADUCTION] « un ensemble de facteurs différents entrent en jeu au titre de l'article premier : non seulement l'effet de la disposition sur les droits protégés par l'art. 7 d'au moins une personne, mais aussi l'effet de la violation de l'art. 7 sur la réalisation des objectifs de politique générale de la disposition » (H. Stewart, « *Bedford* and the Structure of Section 7 » (2015), 60 *R.D. McGill* 575, p. 589). Lorsque les soupapes de sécurité sont en cause, les facteurs en jeu au titre de l'art. 7 et de l'article premier sont distincts.

[169] Bien que les mécanismes d'exemption discrétionnaire soient utiles pour déterminer si les dispositions législatives contestées portent atteinte aux droits individuels protégés par l'art. 7, ils ne sont peut-être pas adéquats pour faire en sorte qu'aucune atteinte contraire aux principes de justice fondamentale n'ait lieu. Autrement dit, ils ne peuvent pas remédier à toutes les atteintes aux droits que l'art. 7 garantit aux individus. Par exemple, il est possible que la portée d'une soupape de sécurité ne soit simplement pas assez large pour exempter toutes les personnes visées à tort par la règle générale.

[170] Tout comme dans le cas d'une analyse fondée sur l'art. 7, il incombe aux demandeurs de démontrer que les soupapes de sécurité prévues par la loi ne remédient pas aux atteintes individuelles. Pour ce faire, ils peuvent, par exemple, présenter des arguments et des éléments de preuve démontrant qu'un régime législatif lui-même fait en sorte que les mécanismes curatifs d'une loi sont pratiquement hors de portée. Toutefois, à l'étape de l'article premier, il incombe au gouvernement de prouver que les soupapes de sécurité — dans leur ensemble — suffisent pour justifier toute violation de l'art. 7 établie au regard du test énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Notre Cour n'a pas écarté la « possibilité que l'État soit en mesure de démontrer que l'atteinte à un droit garanti à l'art. 7 est justifiée » (*Bedford*, par. 129).

[171] À l'étape de l'article premier, le gouvernement peut faire valoir — comme l'a fait le Canada en l'espèce — que les soupapes de sécurité d'un régime, si elles s'avèrent imparfaites au regard de l'art. 7, font néanmoins en sorte que les dispositions

législatives ne portent qu'une atteinte minimale. En outre, le gouvernement peut chercher à invoquer les soupapes de sécurité lors de l'étape finale de la mise en balance établie dans l'arrêt *Oakes*. Cependant, étant donné qu'une violation de l'art. 7 n'a pas été établie dans la présente affaire, il est inutile de formuler des commentaires sur l'issue qu'aurait pu avoir en l'espèce toute partie de l'analyse fondée sur l'article premier.

VIII. Le recours fondé sur l'art. 15

A. *Les positions des parties relativement à la contestation fondée sur l'art. 15*

[172] Dans leur mémoire, les appelants ont demandé à notre Cour de renvoyer l'affaire à la Cour fédérale. Ils reconnaissent qu'en refusant de statuer sur leur recours fondé sur l'art. 15 de la *Charte*, la juge de la Cour fédérale n'a tiré aucune conclusion de fait sur laquelle pourrait reposer un argument relatif à la discrimination fondée sur le genre. Dans sa plaidoirie, l'avocat des appelants a fait valoir subsidiairement que notre Cour pouvait tirer les conclusions factuelles nécessaires pour trancher la question relative à l'art. 15 et a fait remarquer que la question avait été plaidée devant les juridictions inférieures.

[173] Devant la Cour fédérale, le recours des appelants fondé sur l'art. 15 reposait sur l'argument que l'art. 159.3 du *RIPR* porte préjudice aux femmes qui craignent d'être persécutées en raison de leur genre. Les appelants ont fait valoir, par exemple, que l'interprétation américaine de l'expression « certain groupe social » —

l'une des catégories de personnes protégées contre le refoulement prévue à l'article 33(1) de la *Convention sur les réfugiés* — était trop restrictive à l'égard des femmes.

[174] Les intimés soutiennent qu'il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire parce que les préoccupations des appelants concernant la discrimination fondée sur le genre sont dûment examinées dans le cadre de l'analyse relative à l'art. 7. Selon l'argument des intimés, le recours fondé sur l'art. 15 était principalement motivé par la décision *Matter of A-B-*, 27 I. & N. Dec. 316 (A.G. 2018), qui a été infirmée en 2021. Ils affirment que le système américain reconnaît les préjudices liés au genre comme fondement des demandes d'asile et qu'il ressort d'une lecture objective du dossier que rien ne permet de conclure à une violation de l'art. 15.

B. *La contestation fondée sur l'art. 15 devrait être renvoyée à la Cour fédérale*

[175] La *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, habilite notre Cour à renvoyer une affaire en tout ou en partie à la juridiction inférieure ou à celle de première instance (art. 46.1). Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé « [dans] l'intérêt de la justice » (*Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 68; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543, par. 45; *R. c. Esseghaier*, 2021 CSC 9, par. 63). En l'espèce, le renvoi de la contestation fondée sur l'art. 15 est indiqué dans les circonstances.

[176] Une juridiction de première instance aurait, dans le cadre de son mandat de constatation des faits, un avantage sur le plan institutionnel lorsqu'il s'agit de prendre les décisions nécessaires en vue du traitement équitable du recours fondé sur l'art. 15. Le dossier de preuve est volumineux et, bien que notre Cour ait le droit de tirer des conclusions factuelles à partir de celui-ci, de nombreux affidavits des experts concernant les allégations fondées sur l'art. 15 se contredisent. Par exemple, la Cour devrait évaluer des avis d'experts contradictoires sur une série de décisions traitant de l'approche américaine quant à la définition de l'expression « certain groupe social » (voir, p. ex., l'affidavit de Yale-Loehr, par. 118-130; affidavit de Karen Musalo, par. 10 et suiv., reproduit dans le d.a., vol. XXI, p. 8965 et suiv.). Pour pouvoir trancher sur le fond la demande fondée sur le genre, notre Cour devrait assumer le rôle de juge des faits et envisager d'être possiblement en contradiction avec les courants jurisprudentiels américains en tant que juridiction d'appel de dernier ressort.

[177] Les juridictions d'appel peuvent — et à l'occasion doivent — assumer le rôle de juge des faits lorsqu'elles estiment qu'il est « dans l'intérêt de la justice » de le faire et que cela « ne soulève pas d'obstacle en pratique » (*Hollis*, par. 33, le juge La Forest). Toutefois, elles sont « en général, et de façon compréhensible, réticentes » à le faire (*ibid.*), étant donné les nombreux avantages qu'ont les tribunaux de première instance lorsqu'il s'agit de tirer des conclusions factuelles. Parmi ces avantages, mentionnons leur « expertise relative en matière d'appréciation et d'évaluation de la preuve, de même que la connaissance unique qu'il[s] possèd[ent] de la preuve souvent abondante produite par les parties » (*Housen*, par. 25). Les juridictions d'appel

devraient être particulièrement prudentes, par exemple, lorsqu'un juge de première instance a omis de tirer des conclusions factuelles essentielles et lorsque des éléments de preuve sont contradictoires ou contestés (*Hollis*, par. 89 et 93, le juge Sopinka, dissident, mais pas sur ce point).

[178] À mon avis, notre Cour n'est pas bien placée pour tirer les conclusions factuelles nécessaires afin d'évaluer le bien-fondé du recours basé sur l'art. 15. Compte tenu de la gravité de l'affaire, de la taille et de la complexité du dossier et des affidavits contradictoires, il ne serait pas « dans l'intérêt de la justice » que notre Cour assume le rôle de juge des faits, et cela « soulève[rait des] obstacle[s] en pratique » (*Hollis*, par. 33). En particulier, il n'y aurait aucune possibilité d'appel à l'égard des conclusions de fait que notre Cour pourrait tirer sur les éléments de preuve contestés et contradictoires.

[179] De plus, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice de rejeter le recours fondé sur l'art. 15 en raison de l'absence d'arguments. Il est vrai que les appelants n'ont pas plaidé le fond de leur recours fondé sur l'art. 15 devant notre Cour, si ce n'est d'une brève mention dans leur mémoire et d'un renvoi, dans leur plaidoirie, à leurs actes de procédure devant les juridictions inférieures. Notre Cour a parfois jugé que l'appelant peut être considéré avoir renoncé aux aspects de sa demande qu'il n'a pas plaidés et que ceux-ci peuvent donc être rejetés (voir, p. ex., *Meyer c. General Exchange Insurance Corp.*, [1962] R.C.S. 193, p. 201, le juge Locke). Ces décisions reconnaissent à juste titre que l'on s'attend généralement à ce que les appelants

présentent des arguments complets à l'appui des prétentions qu'ils formulent devant notre Cour. Pourtant, j'estime qu'il ne conviendrait pas d'interpréter l'absence d'arguments de la part des appelants comme un abandon des arguments importants que les juridictions inférieures n'ont commentés que brièvement et qu'elles n'ont pas tranchés. Eu égard aux circonstances particulières du présent pourvoi, il n'était pas déraisonnable que les appelants se limitent à demander à notre Cour de renvoyer pour décision la question relative à l'art. 15. L'argument subsidiaire selon lequel nous devrions trancher cette question n'était pas une position mûrement réfléchie. Il aurait été irréaliste de la part des appelants de tenter de combler le vide factuel laissé par les juridictions inférieures tout en faisant valoir de nouveaux arguments juridiques, tels que ceux relatifs au lien de causalité et aux droits à l'égalité dans le contexte international.

[180] Enfin, je constate que certains intervenants sont préoccupés par ce qu'ils perçoivent comme une [TRADUCTION] « négligence systématique [des tribunaux] face à l'art. 15 » dans les contestations reposant sur de multiples droits protégés par la *Charte* (m.interv., David Asper Centre for Constitutional Rights, West Coast Legal Education and Action Fund Association et Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes, par. 13). On peut très bien comprendre leur préoccupation : les demandes fondées sur l'art. 15 ne sont pas des questions secondaires devant être tranchées une fois toutes les autres questions examinées. La *Charte* ne devrait pas être traitée comme si elle établissait une hiérarchie des droits dans laquelle l'art. 15 occupe un rang inférieur.

[181] Je ne reprocherais pas à la juge de la Cour fédérale d'avoir fait preuve de retenue judiciaire et de ne pas avoir statué sur le recours fondé sur l'art. 15. Je reconnais que le principe de politique judiciaire qui dicte la retenue est avisé, car « [il] repose sur l'idée que toute déclaration inutile sur un point de droit constitutionnel risque de causer à des affaires à venir un préjudice dont les conséquences n'ont pas été prévues ». (*Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, par. 9, le juge Sopinka). Malgré cela, ces considérations de politique judiciaire ne sont pas toujours déterminantes. Elles doivent être mises en balance avec d'autres facteurs, comme la possibilité d'interjeter appel et l'équité envers les parties. Bien que les procédures en première instance demeurent « l'épreuve principale » (*Housen*, par. 13, citant *Anderson c. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985), p. 574-575), il faudrait envisager la possibilité que des procédures supplémentaires nécessitent un examen d'autres motifs constitutionnels. Comme c'est le cas en l'espèce, le refus des juges de première instance d'examiner d'autres questions constitutionnelles peut donner lieu à de fausses économies si les juridictions d'appel doivent leur renvoyer des demandes.

[182] En somme, il est dans l'intérêt de la justice de renvoyer l'affaire à la Cour fédérale pour qu'elle statue sur celle-ci, comme l'a reconnu à bon droit la Cour d'appel fédérale (par. 173). Rien dans les présents motifs ne peut être considéré comme tranchant les questions de fait ou de droit qui sont pertinentes en ce qui concerne la contestation fondée sur l'art. 15.

IX. Conclusion

[183] Je suis d'avis de répondre comme suit aux questions posées dans le cadre du présent pourvoi. Premièrement, l'art. 159.3 du *RIPR* n'est pas *ultra vires*. Deuxièmement, l'art. 159.3 ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Troisièmement, la contestation fondée sur l'art. 15 de la *Charte* devrait être renvoyée à la Cour fédérale.

[184] Puisque la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel et rejeté les demandes de contrôle judiciaire dans leur intégralité, certains aspects de son jugement devraient être infirmés. En particulier, la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que la contestation de l'art. 159.3 du *RIPR* fondée sur l'art. 15 de la *Charte* devait être rejetée plutôt que renvoyée à la Cour fédérale. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en partie. Aucune des parties n'a réclamé de dépens. À l'instar des juridictions inférieures, je ne rendrais aucune ordonnance concernant les dépens quant à l'appel ou à la demande d'autorisation d'appel.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureur des appelants le Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie internationale et le Conseil canadien des églises : Bureau du droit des réfugiés, Toronto.

Procureur des appelantes ABC, DE représentée par sa tutrice à l'instance ABC, FG représentée par sa tutrice à l'instance ABC, et Nedira Jemal Mustefa : Downtown Legal Services, Toronto.

Procureurs des appelants Mohammad Majd Maher Homsy, Hala Maher Homsy, Karam Maher Homsy et Reda Yassin Al Nahass : Jared Will & Associates, Toronto.

Procureurs des intimés : Ministère de la Justice — Bureau régional de l'Ontario, Toronto; Ministère de la Justice — Bureau régional du Québec, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration : Cliche-Rivard, Avocats et Avocates, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Landings, Toronto; Aide juridique Ontario — Bureau du droit des réfugiés, Toronto; University of British Columbia Allard School of Law, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Silcoff Shacter, Toronto.

Procureurs des intervenants le Conseil national des musulmans canadiens et l'Association canadienne des avocats musulmans : Mithoowani Waldman Immigration Law, Toronto; Conseil national des musulmans canadiens, Ottawa.

Procureurs des intervenants les Juristes canadiens pour le droit international de la personne et le Centre canadien pour les victimes de la torture : Waldman & Associates, Toronto.

Procureure de l'intervenante Queen's Prison Law Clinic : Alison M. Latimer, c.r., Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Rainbow Refugee Society : Pender Litigation, Vancouver; Vayeghan Litigation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Goldblatt Partners, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Advocates for the Rule of Law : McCarthy Tétrault, Vancouver; Jordan Honickman, Toronto.

Procureurs des intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights, West Coast Legal Education and Action Fund Association et le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes : University of Toronto, Faculty of Law, Toronto; Jamie Liew, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Henein Hutchison, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Rainbow Railroad : Battista Smith Migration

Law Group, Toronto.