

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20200722

**Dossiers : IMM-2977-17
IMM-2229-17
IMM-775-17**

Référence : 2020 CF 770

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Ottawa (Ontario), le 22 juillet 2020

En présence de la juge McDonald

Dossier : IMM-2977-17

ENTRE :

**LE CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS,
AMNISTIE INTERNATIONALE,
LE CONSEIL CANADIEN DES ÉGLISES,
ABC, DE (REPRÉSENTÉE PAR SON TUTEUR À L'INSTANCE ABC), FG
(REPRÉSENTÉE PAR SON TUTEUR À L'INSTANCE ABC)**

demandeurs

et

**LE MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET
DE L'IMMIGRATION ET LE MINISTRE
DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA
PROTECTION CIVILE**

défendeurs

Dossier : IMM-2229-17

ET ENTRE :

NEDIRA JEMAL MUSTEFA

demanderesse

et

**LE MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET
DE L'IMMIGRATION ET LE MINISTRE
DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA
PROTECTION CIVILE**

défendeurs

Dossier : IMM-775-17

ET ENTRE :

**MOHAMMAD MAJD MAHER HOMSI
HALA MAHER HOMSI
KARAM MAHER HOMSI
REDA YASSIN AL NAHASS**

demandeurs

et

**LE MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET
DE L'IMMIGRATION ET LE MINISTRE
DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA
PROTECTION CIVILE**

défendeur

JUGEMENT ET MOTIFS

Table des matières

I.	INTRODUCTION	5
II.	CONTEXTE FACTUEL	8
	ABC, DE et FG (IMM-2977-17)	8
	M^{me} Mustefa (IMM-2229-17)	10
	La famille Al Nahass/Homsi (IMM-775-17)	11
	Parties d'intérêt public	13
III.	ORDONNANCE DE RÉUNION	13
IV.	MESURES DE REDRESSEMENT DEMANDÉES	13
V.	AVIS D'UNE QUESTION CONSTITUTIONNELLE	14
VI.	LA PREUVE	15
	Preuve des demandeurs	15
	Preuve des défendeurs	18
VII.	QUESTIONS PRÉLIMINAIRES	19
	Témoignage d'expert de Deborah Anker et de Karen Musalo	20
	Demande de M^{me} Mustefa's pour présenter de nouveaux arguments	24
VIII.	QUESTIONS EN LITIGE	24
IX.	NORME DE CONTRÔLE	25
X.	ANALYSE	26
	L'article 159.3 du Règlement est-il ultra vires?	26
	<i>Dispositions des lois et des conventions</i>	26
	<i>Observations des demandeurs</i>	30
	<i>Désignation incompatible avec l'objet de la loi et les pouvoirs conférés par la loi</i>	30
	<i>Défaut de satisfaire aux conditions préalables</i>	34
	<i>Analyse – ultra vires</i>	36
	L'ETPS viole-t-elle l'article 7 de la Charte?	39
	<i>Observations des demandeurs</i>	40
	<i>Observations des défendeurs</i>	40
	<i>Analyse</i>	41
	La violation de l'article 7 est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?	60

L'ETPS viole-t-elle l'article 15 de la Charte?	64
La Cour devrait-elle refuser d'examiner la demande de M^{me} Mustefa?	65
XI. QUESTIONS CERTIFIÉES.....	67
XII. CONCLUSION	67
JUGEMENT dans les dossiers IMM-2977-17, IMM-2229-17 et IMM-775-17	69

I. INTRODUCTION

[1] Les demandeurs contestent la validité et la constitutionnalité des dispositions législatives mettant en œuvre 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 réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers* (l'Entente sur les tiers pays sûrs ou l'ETPS). Les demandeurs allèguent qu'en renvoyant aux États-Unis les demandeurs d'asile dont la demande a été jugée irrecevable, le Canada les expose à des dangers sous forme de détention, de refoulement et d'autres violations de leurs droits, ce qui est contraire à la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, RTNU, vol. 189, p. 137 (la Convention sur les réfugiés) et à la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (la Convention contre la torture) (collectivement, les Conventions).

[2] L'Entente sur les tiers pays sûrs est mise en œuvre par l'alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27 (la LIPR) et par l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR ou le Règlement) en vertu desquels, en 2004, les États-Unis ont été désignés comme un « pays tiers sûr ».

[3] L'Entente sur les tiers pays sûrs prévoit que les demandes d'asile au Canada des personnes qui arrivent à un point d'entrée terrestre (PDE) canadien en provenance des États-Unis sont considérées comme irrecevables. Ces dispositions d'irrecevabilité s'appliquent à une catégorie étroite de demandeurs d'asile, soit uniquement à ceux qui arrivent des

États-Unis à un PDE terrestre canadien. Les demandeurs arrivant des États-Unis par voie aérienne ou maritime ou par d'autres PDE terrestres peuvent voir leur demande d'asile renvoyée à la Section de la protection des réfugiés (la SPR) pour examen.

[4] Tous les demandeurs, qui sont des citoyens du Salvador, de l'Éthiopie et de la Syrie, sont arrivés à un PDE terrestre canadien en provenance des États-Unis et ont demandé l'asile. La demanderesse ABC et ses enfants sont originaires du Salvador. Leur demande d'asile est liée à la violence des gangs et à la persécution sexospécifique. La demanderesse, M^{me} Mustefa, est une femme musulmane originaire d'Éthiopie qui a été détenue après sa tentative d'entrer au Canada depuis les États-Unis. Les demandeurs dénommés Homsî et Al Nahass sont des membres d'une famille musulmane de Syrie qui a quitté les États-Unis après l'instauration de la première mesure d'interdiction de voyager par le gouvernement américain.

[5] Bien que leurs situations individuelles soient différentes, chacun des demandeurs a demandé l'asile au Canada par crainte d'être persécuté dans son pays d'origine. Toutefois, parce que les demandeurs sont arrivés à un PDE terrestre en provenance des États-Unis, leur demande d'asile au Canada était irrecevable aux termes de l'ETPS.

[6] Chacun des demandeurs sollicite le contrôle judiciaire des décisions d'irrecevabilité. ABC et ses filles (DE et FG) ont obtenu un sursis de la mesure de renvoi du Canada prise contre elles en attendant qu'une décision soit rendue sur la présente demande de contrôle judiciaire. La famille Homsî/Al Nahass a obtenu un permis de séjour temporaire (PST). M^{me} Mustefa a été renvoyée aux États-Unis où elle a été immédiatement emprisonnée.

[7] Le Conseil canadien pour les réfugiés (le CCR), Amnistie internationale (AI) et le Conseil canadien des Églises (le CCE) ont obtenu le droit de participer aux présentes demandes en tant que parties intéressées.

[8] Les demandeurs contestent l'ETPS sur deux plans.

[9] Premièrement, les demandeurs font valoir que le gouvernement canadien a manqué à son obligation de revoir la désignation actuelle des États-Unis en tant que « tiers pays sûr », comme l'exigent les paragraphes (2) et (3) de l'article 102 de la LIPR et que, par conséquent, les dispositions législatives et réglementaires qui mettent en œuvre l'ETPS sont *ultra vires*. Ils allèguent que le traitement des demandeurs d'asile provenant des États-Unis n'est pas conforme à l'esprit ou à l'objet de l'ETPS. Pour les motifs exposés ci-après, j'ai conclu que les dispositions législatives créant l'ETPS ne sont pas *ultra vires*.

[10] Deuxièmement, les demandeurs font valoir que les dispositions législatives mettant en œuvre l'ETPS vont à l'encontre des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c 11 (la Charte). Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu que les actes des autorités canadiennes visant à appliquer l'ETPS font en sorte que des demandeurs dont la demande est jugée irrecevable en vertu de l'ETPS sont emprisonnés par les autorités américaines. J'ai conclu que l'emprisonnement et les conséquences qui en découlent sont incompatibles avec l'esprit et l'objet de l'ETPS et constituent une violation des droits garantis

par l'article 7 de la Charte. De plus, je conclus que l'article premier de la Charte ne protège pas les violations de l'article 7 de leur caractère inconstitutionnel.

II. CONTEXTE FACTUEL

ABC, DE et FG (IMM-2977-17)

[11] La demanderesse ABC et ses filles DE et FG sont citoyennes du Salvador. Le 3 avril 2013, ABC a été violée par des membres du gang MS-13 à son domicile après que ceux-ci lui ont demandé de l'argent et l'ont menacé avec une arme. Ils ont dit à ABC qu'ils la tueraient, ainsi que ses filles, si elle portait plainte à la police. ABC est tombée enceinte à la suite de ce viol. Alors qu'elle était enceinte, les membres du gang se sont présentés chez elle et ont menacé de la tuer. Pendant cette période, des hommes ont également suivi et accosté ses filles. À un moment donné, un inconnu les a interceptées alors qu'elles se rendaient à l'école à pied et leur a posé des questions sur leur père. Un homme leur a dit que si leur père [TRADUCTION] « ne se montrait pas », les hommes [TRADUCTION] « se vengeraient en s'en prenant aux filles ».

[12] En novembre 2016, des membres du MS-13 sont à nouveau entrés dans la maison d'ABC et ont braqué un fusil sur sa tête, ont exigé de l'argent et ont menacé de la tuer et de tuer ses filles. Après cet incident, ABC a déterminé qu'elle et ses filles n'étaient pas en sécurité au Salvador et, le 10 novembre 2016, elles ont toutes trois quitté le Salvador. Elles sont arrivées aux États-Unis le 26 novembre 2016.

[13] À leur arrivée aux États-Unis, ABC et ses filles ont été détenues dans un centre de détention et ont été informées qu'elles étaient visées par une mesure de renvoi. Après leur libération, elles sont restées avec des membres de leur famille dans le Mississippi. En décembre 2016, elles se sont rendues à Buffalo, dans l'État de New York, où elles sont restées dans un centre d'hébergement pour réfugiés.

[14] En janvier 2017, ABC et ses filles sont arrivées au PDE de Fort Erie, en Ontario, pour y présenter une demande d'asile au Canada. L'agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) leur a conseillé de retirer leur demande car elle serait jugée irrecevable en vertu de l'ETPS. ABC et ses filles sont retournées au centre d'hébergement pour réfugiés aux États-Unis.

[15] Le 5 juillet 2017, ABC et ses filles se sont à nouveau rendues au PDE de Fort Erie pour y présenter une demande d'asile au Canada. L'agent de l'ASFC a déterminé que leurs demandes étaient irrecevables au titre de l'alinéa 101(1)e) de la LIPR en raison de l'application de l'ETPS.

[16] Avec l'aide d'un conseiller juridique, ABC a déposé la présente demande de contrôle judiciaire ainsi qu'une requête pour obtenir le sursis de la mesure de renvoi du Canada. Le 6 juillet 2017, j'ai ordonné le sursis de l'exécution de la mesure de renvoi du Canada prise contre elles.

M^{me} Mustefa (IMM-2229-17)

[17] M^{me} Mustefa est une ressortissante éthiopienne qui a quitté le pays à l'âge de 11 ans pour recevoir des traitements médicaux aux États-Unis. Elle est entrée aux États-Unis munie d'un visa de visiteur en tant que mineure non accompagnée et est restée chez son oncle Gabriel Mustefa pendant ses traitements médicaux. Au cours de l'été 2008, M^{me} Mustefa est allée vivre avec sa tante en Géorgie où elle est restée jusqu'à la fin de ses études secondaires en 2015. M^{me} Mustefa avait l'intention de poursuivre ses études aux États-Unis, mais elle n'a pas pu obtenir les documents nécessaires puisqu'elle est arrivée aux États-Unis après la date limite pour présenter une demande au titre du programme d'action différée pour les arrivées d'enfants (Deferred Action for Childhood Arrivals).

[18] Aux environs de la même période, en Éthiopie, les actes d'oppression contre les Oromos, groupe ethnique auquel appartient M^{me} Mustefa, s'intensifiaient. En 2016 et en 2017, les Oromos ont fait l'objet d'arrestations massives et ont été détenus sans inculpation ni procès. Le gouvernement a dépêché des militaires dans les régions oromos, ce qui a entraîné la mort et la disparition de nombreux jeunes oromos. En octobre 2016, les forces gouvernementales éthiopiennes ont ouvert le feu sur une foule de personnes assistant à un festival culturel et le gouvernement éthiopien a déclaré l'état d'urgence jusqu'en août 2017.

[19] Compte tenu de la situation en Éthiopie, et de l'impossibilité de demander l'asile aux États-Unis, le 10 avril 2017, M^{me} Mustefa s'est rendue au PDE de Saint-Bernard-de-Lacolle, au Québec, et a présenté une demande d'asile. Elle a été interrogée au PDE pendant environ 30

heures et, le 11 avril 2017, on l'a informée que sa demande d'asile était irrecevable au titre de l'alinéa 101(1)e) de la LIPR.

[20] Les agents de l'ASFC ont renvoyé M^{me} Mustefa aux États-Unis. Elle a été placée en détention au Clinton Country Correctional Facility où elle a été maintenue en isolement pendant la première semaine (en attendant un test de tuberculose) et libérée sous caution le 9 mai 2017.

La famille Al Nahass/Homsi (IMM-775-17)

[21] La demanderesse adulte, Reda Yassin Al Nahass, est citoyenne syrienne. Les autres demandeurs sont son fils adulte, Mohammad Majd Maher Homsi, qui est né en Syrie, son jeune fils, Karam Maher Homsi, et sa jeune fille, Hala Maher Homsi, qui sont tous deux nés en Arabie Saoudite. M^{me} Al Nahass a vécu en Syrie jusqu'en 2003, date à laquelle la famille a déménagé en Arabie Saoudite. La famille est retournée régulièrement en Syrie jusqu'au début de la guerre en 2011.

[22] En 2015, M^{me} Al Nahass s'est rendue en Syrie pour y recevoir des soins médicaux après avoir été kidnappée, agressée physiquement et avoir reçu des menaces de violences sexuelles. Sa famille a été en mesure d'obtenir sa libération. En novembre 2015, alors que la famille était aux États-Unis, le mari de M^{me} Al Nahass a perdu son emploi en Arabie Saoudite, mettant ainsi en péril le statut de la famille en Arabie Saoudite, celle-ci étant dépendante du permis de séjour de son mari parrainé par son employeur.

[23] M^{me} Al Nahass a entamé la procédure d'asile aux États-Unis au printemps 2016.

Cependant, elle a commencé à être préoccupée par la croissance des manifestations publiques de haine à l'endroit des musulmans et des Arabes et par suite de l'adoption du décret 13769, communément appelé le « Muslim Ban ».

[24] Le 2 février 2017, M^{me} Al Nahass et ses enfants ont tenté d'entrer au Canada en traversant à pied la frontière à Roxham Road entre l'État de New York et le Québec. Alors qu'ils approchaient de la frontière, un agent de l'ASFC leur a dit qu'ils seraient arrêtés s'ils entraient au Canada. On leur a conseillé de retourner aux États-Unis. À leur retour aux États-Unis, ils ont été arrêtés par les autorités américaines et placés dans des voitures de police séparées. Les autorités ont pris leurs empreintes digitales et les ont interrogés. Pendant ce temps, M^{me} Al Nahass a été contrainte d'enlever son hijab et a été photographiée. Une heure plus tard, ils ont été emmenés au PDE de Saint-Bernard-de-Lacolle, au Québec.

[25] Le 3 février 2017, M^{me} Al Nahass a été informée que sa demande d'asile et celles de ses enfants étaient irrecevables parce qu'ils tentaient d'entrer au Canada depuis les États-Unis. Lorsque M^{me} Al Nahass était à Saint-Bernard-de-Lacolle, elle a réussi à communiquer avec un avocat qui a déposé une demande urgente de sursis à la mesure de renvoi au nom de la famille. Le sursis a été accordé, après quoi la famille a obtenu un PST lui permettant de rester au Canada. La famille a depuis obtenu la résidence permanente.

Parties d'intérêt public

[26] Le 11 décembre 2017, le juge Diner a accordé la qualité pour agir dans l'intérêt public au Conseil canadien pour les réfugiés, à Amnistie Internationale et au Conseil canadien des Églises au motif que la demande de contrôle judiciaire « soulève une question justiciable sérieuse dans laquelle les organisations ont un intérêt véritable » (*Conseil canadien pour les réfugiés c Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2017 CF 1131, au par. 74).

III. ORDONNANCE DE RÉUNION

[27] Le 12 avril 2018, le juge Diner a ordonné que les trois présentes demandes soient réunies et instruites conjointement (*Conseil canadien pour les réfugiés c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 396, au par. 39).

IV. MESURES DE REDRESSEMENT DEMANDÉES

[28] Dans les demandes de contrôle judiciaire présentées par les demandeurs, même si les mesures de redressement recherchées sont formulées de manière légèrement différente, elles sont essentiellement les mêmes :

1. Une ordonnance annulant les décisions des agents et l'irrecevabilité des demandes d'asile individuelles des demandeurs et renvoyant les demandes à la Section de la protection des réfugiés pour nouvelle décision;

2. Une déclaration selon laquelle l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* est *ultra vires* ou par ailleurs illégal parce que la désignation des États-Unis d'Amérique au titre de l'alinéa 102(1)a) et des paragraphes 102(2) et 102(3) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* n'est pas réévaluée ou n'était pas en cours de réévaluation au moment où la décision faisant l'objet du contrôle a été rendue;
3. Une déclaration selon laquelle l'article 159.3 du Règlement est incompatible avec les obligations internationales du Canada aux termes de la Convention sur les réfugiés et de la Convention contre la torture;
4. Une déclaration selon laquelle l'article 159.3 du Règlement est inopérant en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car il viole l'article 7 et/ou le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
5. Une déclaration selon laquelle l'alinéa 101(1)e) de la LIPR est inopérant en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, parce qu'il viole l'article 7 et/ou le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

V. AVIS D'UNE QUESTION CONSTITUTIONNELLE

[29] Conformément à l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, RSC (1985), c F-7, les demandeurs ont signifié un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et à chacun des procureurs généraux des provinces et territoires. Outre le procureur général du Canada, aucun des procureurs généraux n'a répondu. Cet avis est rédigé en partie comme suit :

[TRADUCTION]

Les demandeurs ont l'intention de contester la validité, sur le plan constitutionnel, de l'effet conjugué de l'alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) et de

l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement).

VI. LA PREUVE

[30] Les parties ont déposé de nombreux éléments de preuve, notamment des affidavits, des rapports, des avis d'experts et des transcriptions. Très brièvement, la preuve révèle ce qui suit.

Preuve des demandeurs

[31] Les demandeurs ont produit les affidavits des personnes suivantes :

- La demanderesse ABC, dont les affidavits ont été souscrits le 29 juin 2017, le 8 septembre 2017 et le 15 décembre 2017.
- La demanderesse, Nedeira Mustefa, dont l'affidavit a été souscrit le 14 septembre 2017.
- La demanderesse, Reda Al Nahass, dont l'affidavit a été souscrit le 29 avril 2017.
- Clare Long, chercheuse principale du programme américain de Human Rights Watch, dont l'affidavit a été souscrit le 24 juin 2018.
- Janet Dench, directrice générale du Conseil canadien pour les réfugiés dont les affidavits ont été souscrits le 7 septembre 2017 et le 27 juin 2018.
- Christina Fialho, co-directrice générale de Freedom for Immigrants, dont l'affidavit a été souscrit le 25 juin 2018.
- Audrey Macklin, professeure à l'Université de Toronto et directrice du Centre de criminologie et d'études sociolégales, dont l'affidavit a été souscrit le 23 juin 2018.
- Gloria Nafziger, coordinatrice des réfugiés à Amnistie internationale Canada, dont les affidavits ont été souscrits le 18 décembre 2017 et le 26 juin 2018,

- Ksenija Novakovic, avocate pour ABC, DE, FG et M^{me} Mustefa qui a travaillé au Downtown Legal Services sous la supervision de Prasanna Balasundaram, dont l'affidavit a été souscrit le 29 juin 2018.
- Carol Anne Donohue, avocate spécialisée en droit de l'immigration qui exerce sa profession en Pennsylvanie, aux États-Unis, dont l'affidavit a été souscrit le 30 août 2018.
- Ryan Witmer, avocat spécialisé en droit de l'immigration exerçant sa profession à Buffalo, aux États-Unis, dont l'affidavit a été souscrit le 24 juillet 2018.
- Timothy Warden-Hertz, avocat en chef du bureau de Tacoma du Northwest Immigration Rights Project, dont l'affidavit a été souscrit le 30 août 2018.
- Ruby Robinson, avocat en chef adjoint du Michigan Immigrant Rights Centre, dont l'affidavit a été souscrit le 20 juin 2018
- Ramon Irizarry, avocat superviseur en droit de l'immigration au sein du Volunteer Lawyers Project de la Bar Association of Erie County, dont l'affidavit été souscrit le 25 juin 2018.
- Nadege Jean-Mardy, fondatrice et directrice générale d'Action d'Entraide Multifonctionnelle du Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 25 juin 2018.
- Sarah Alarabi, dont l'affidavit a été souscrit le 17 juin 2018, décrit son expérience de demande d'asile au Canada au titre de l'exception concernant les membres de la famille prévue dans l'ETPS.
- H.I., dont l'affidavit a été souscrit le 31 juillet 2018, a tenté de demander l'asile au Canada, mais sa demande a été jugée irrecevable en vertu de l'ETPS.
- J.K., dont l'affidavit a été souscrit le 10 novembre 2017 et traduit par Carmen Maria Rey le 13 novembre 2017, a tenté de demander l'asile au Canada, mais des agents canadiens lui ont dit qu'il n'était [TRADUCTION] « pas en bonne position pour traverser ».
- L.M., dont l'affidavit a été souscrit le 10 novembre 2017, a tenté de demander l'asile au Canada, mais sa demande a été jugée irrecevable en vertu de l'ETPS.
- N.O., dont l'affidavit a été souscrit le 25 juillet 2018, a tenté de demander l'asile au Canada en juillet 2017, mais sa demande a été jugée irrecevable en vertu de l'ETPS.

- P.Q., dont l'affidavit a été souscrit le 20 avril 2018, a présenté une demande d'asile à un poste frontalier canadien en mai 2015.
- R.S., dont l'affidavit a été souscrit le 25 juillet 2018 et traduit par Suu Yang le 27 juillet 2018, a tenté de se rendre à un poste frontalier canadien en mars 2017, mais a été arrêté par des agents de police américains.
- T.U., dont l'affidavit a été souscrit le 31 juillet 2018, a fait une demande d'asile en février 2017 à un point d'entrée canadien.
- V.W., dont l'affidavit a été souscrit le 26 avril 2018, a tenté d'entrer au Canada, mais a été renvoyée aux États-Unis et détenue.
- X.Y., dont l'affidavit a été souscrit à une date inconnue, a tenté d'entrer au Canada par un point d'entrée canadien, mais on lui a dit qu'il ne pouvait pas présenter de demande d'asile en raison de l'ETPS.
- Z.Z., dont l'affidavit a été souscrit à une date inconnue, a présenté une demande d'asile à la frontière canadienne en octobre 2017.

[32] Les demandeurs s'appuient sur les témoignages par affidavit des experts suivants :

- Deborah Anker, professeure à la Harvard Law School et fondatrice et directrice du Harvard Law School Immigration and Refugee Clinical Program, dont les affidavits ont été souscrits le 6 octobre 2017 et le 26 juin 2018.
- Karen Musalo, professeure au Hasting College of Law de l'Université de Californie, dont les affidavits ont été souscrits le 22 septembre 2017 et le 25 juin 2018.
- Elizabeth Kennedy, chercheuse universitaire spécialisée dans les conditions de vie au Salvador, au Honduras et au Guatemala, dont l'affidavit a été souscrit le 7 août 2018.
- Anwen Hughes, directrice juridique adjoint du Deputy Legal Director of the Refugee Representation Program à Human Rights First, dont les affidavits ont été souscrits le 6 décembre 2017 et le 26 juin 2018.
- Lenni Beth Benson, dont l'affidavit a été souscrit le 25 juin 2016. M^{me} Benson est professeure à la New York Law School et experte en droit de l'immigration des

États-Unis. Elle est également spécialisée dans les droits des enfants et leur capacité à demander la protection en vertu des lois américaines en matière d'asile et d'autres dispositions de la *Immigration and Nationality Act* des États-Unis.

- James C. Hathaway, professeur de droit à l'Université du Michigan, spécialisé dans le droit international et le droit comparé des réfugiés, dont l'affidavit a été souscrit le 27 juin 2018.
- Abed Ayoub, directeur juridique national du American-Arab Anti-Discrimination Committee, dont l'affidavit a été souscrit le 26 juin 2018.
- Katharina Obser, conseillère politique principale dans le cadre du Migrant Rights and Justice Program de la Women's Refugee Commission, dont les affidavits ont été souscrits le 4 décembre 2017 et le 25 juin 2018,
- Jaya Ramji-Nogales, professeure de droit à l'Université Temple qui a effectué plusieurs études empiriques sur l'évaluation des demandes d'asile aux États-Unis, dont l'affidavit a été souscrit le 27 août 2018.

Preuve des défendeurs

[33] Les défendeurs s'appuient sur les témoignages par affidavit suivants :

- Bruce Scholfield, ancien employé du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration (maintenant Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada), dont l'affidavit a été souscrit le 9 octobre 2018.
- André Baril, directeur général des Affaires des réfugiés à Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 11 octobre 2018.
- Matthew Dan, directeur adjoint de la section Politiques de migration transfrontalière et d'asile au sein de la Direction générale des Affaires des réfugiés à Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 12 octobre 2018.
- Sharon Spicer, directrice de la division Opérations d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs et gestion de cas pour l'Agence des services frontaliers du Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 12 octobre 2018.

- Alexandre Bilodeau, directeur adjoint de la division Développement de rapports et de données de la Direction générale de la Recherche et évaluation, dont l'affidavit a été souscrit le 11 octobre 2018
- Daniel Badour, directeur de l'équipe spéciale responsable des demandes d'asile à l'Agence des services frontaliers du Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 11 octobre 2018.
- Laura Soskin, parajuriste au ministère de la Justice à Toronto, dont l'affidavit a été souscrit le 12 octobre 2018.
- Rebecca Louis, stagiaire au ministère de la Justice au moment où elle a fait sa déclaration sous serment, dont l'affidavit a été souscrit le 9 octobre 2018.

[34] Les défendeurs s'appuient sur les témoignages par affidavit des experts suivants :

- Stephen Yale-Loerh, professeur à la faculté de droit de l'Université Cornell et avocat chez Miller Mayer, LLP, à Ithaca, New York, où il pratique le droit de l'immigration, dont l'affidavit a été souscrit le 12 octobre 2018.
- Kay Hailbronner, professeur émérite spécialisé en droit public, en droit international public et en droit européen à l'université de Constance en Allemagne, dont l'affidavit a été souscrit le 10 octobre 2018.

VII. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

[35] Il y a deux questions préliminaires. La première concerne l'objection des défendeurs à ce que la Cour tienne compte des témoignages d'experts de M^{me} Anker et de M^{me} Musalo. La deuxième porte sur la demande de la demanderesse, M^{me} Mustefa, visant à soulever un nouvel argument relatif à l'équité procédurale.

Témoignage d'expert de Deborah Anker et de Karen Musalo

[36] Au début de leurs plaidoiries, les défendeurs ont réitéré leurs objections à ce que la Cour tienne compte du témoignage d'expert de M^{me} Anker. Les défendeurs soutiennent que les déclarations publiques de M^{me} Anker sur les questions soulevées dans les présentes demandes compromettent l'objectivité de son témoignage. Les défendeurs ne relèvent pas de déclarations précises ou de paragraphes en particulier dans ses affidavits auxquels ils s'opposent et qu'ils cherchent à supprimer, mais font plutôt valoir que son témoignage manque globalement d'objectivité.

[37] M^{me} Anker est professeure de droit à l'Université de Harvard. Elle est la co-fondatrice du Harvard Immigration and Refugee Clinical Program et a rédigé un traité sur le droit d'asile américain. Elle est présentée comme experte en droit d'asile américain. Les défendeurs ne contestent pas ses compétences. Leur objection découle des positions publiques qu'elle a prises en critiquant l'adhésion continue du Canada à l'ETPS. Ils font référence à une entrevue radiophonique ainsi qu'à une lettre envoyée par M^{me} Anker au premier ministre pour encourager le Canada à abroger l'ETPS conclue avec les États-Unis. Les défendeurs font valoir que, ce faisant, elle s'est engagée à défendre une cause et ne peut donc être considérée comme un témoin objectif.

[38] Les objections au témoignage de M^{me} Anker ont été instruites dans une requête entendue le 21 février 2019, date à laquelle j'ai rejeté la requête des défendeurs (*Conseil canadien pour les réfugiés c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 285, au par. 36) [CCR 2019]. J'ai

conclu que les commentaires formulés par M^{me} Anker dans les médias sur le régime applicable aux réfugiés au Canada ne portaient pas sur des domaines pour lesquels elle était appelée à témoigner en tant qu'experte. Son expertise porte sur le système d'asile américain. Par conséquent, son témoignage d'experte peut être considéré indépendamment de ses opinions (*CCR 2019*, au par. 36). J'ai également souligné que toute question relative à l'objectivité de son témoignage serait liée à la valeur probante de son témoignage plutôt qu'à sa recevabilité (*CCR 2019*, par. 37).

[39] En ce qui concerne M^{me} Musalo, les défendeurs soutiennent également qu'elle a fait des déclarations publiques dans le cadre de son rôle au sein du Center for Gender and Refugee Studies qui sont en contradiction avec les déclarations contenues dans ses affidavits et que son témoignage n'est donc pas fiable. Là encore, les défendeurs ne contestent pas ses compétences et ne relèvent pas de déclarations ou de paragraphes en particulier dans ses affidavits qu'ils demandent de supprimer, mais soutiennent que le contenu général de ses affidavits ne cadre pas avec ses déclarations publiques.

[40] Ayant eu l'occasion d'examiner les témoignages des deux expertes dans le contexte des questions soulevées dans les présentes demandes, et à la lumière du dossier complet fourni par toutes les parties, je maintiens ma conclusion d'autoriser leurs témoignages. Étant donné que les défendeurs n'ont pas relevé de parties précises à supprimer dans leurs témoignages, il n'est pas approprié de supprimer les témoignages dans leur intégralité. M^{me} Anker se livre à des activités de lobbying publiques concernant le sort des demandeurs d'asile. Dans le cadre des présentes demandes, elle est citée comme une experte en droit d'asile américain et en droit international

des réfugiés. Les témoignages de M^{me} Anker, contenus dans ses affidavits du 6 octobre 2017 et du 26 juin 2018, sont admis pour les détails factuels qu'ils fournissent. Ses déclarations publiques et son opinion concernant le caractère approprié de l'ETPS ne sont pas pertinentes.

[41] L'objection des défendeurs à l'égard du témoignage de M^{me} Musalo est plus faible. Les défendeurs affirment que les déclarations publiques de l'organisation de cette dernière concernant la probabilité de succès des demandes d'asile dans le système américain sont en contradiction directe avec la preuve fournie dans ses affidavits. Plus précisément, les défendeurs affirment que le site Web de M^{me} Musalo donne à penser que des demandes d'asile peuvent être présentées avec succès, alors que dans ses affidavits (22 septembre 2017 et 25 juin 2018), elle affirme que la probabilité de succès est faible. La difficulté quant à la manière dont les défendeurs ont soulevé leurs objections à ces éléments de preuve réside dans le fait qu'ils ne précisent pas les passages ou les déclarations qu'ils contestent. Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire que les déclarations catégoriques générales sur le succès des demandes d'asile dans le système américain ne sont pas pertinentes et je ne tiendrai donc pas compte de ces déclarations.

[42] M^{me} Anker et M^{me} Musalo ont toutes deux signé le certificat relatif au code de déontologie régissant les témoins experts figurant aux *Règles des Cours fédérales* dans lequel chacune d'elles a reconnu expressément ce qui suit : « [j']atteste avoir pris connaissance du Code de déontologie régissant les témoins experts, figurant à l'annexe des *Règles des Cours fédérales*, et j'accepte de m'y conformer ». Le Code de déontologie prévoit les devoirs suivants :

Le témoin expert désigné pour produire un rapport qui sera présenté en preuve ou pour témoigner dans une instance a l'obligation primordiale d'aider la Cour avec impartialité quant aux questions qui relèvent de son domaine de compétence.

[...] Cette obligation l'emporte sur toute autre qu'il a envers une partie à l'instance notamment envers la personne qui retient ses services. Le témoin expert se doit d'être indépendant et objectif. Il ne doit pas plaider le point de vue d'une partie.

[43] Dans l'arrêt *White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23 [*White Burgess*], la Cour suprême du Canada a souligné que le rôle d'un expert est d'aider la Cour, et non de se faire le défenseur d'une cause. La Cour a également ajouté que les tout témoin expert « a l'obligation particulière d'apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale » (*White Burgess*, au par. 2).

[44] Après examen des témoignages de M^{me} Anker et de M^{me} Musalo dans le contexte complet des présentes demandes, j'accepte leurs témoignages. Je reconnais qu'elles sont engagées dans des formes plus larges d'activités de plaidoyer en faveur de causes en matière d'asile. Cependant, pour les présentes demandes, leurs témoignages étaient fondés sur leur opinion professionnelle du système d'asile américain et de son fonctionnement ou de ses lacunes. C'est à cet égard que leurs témoignages et leurs opinions sont utiles à la Cour.

[45] Étant donné que les défendeurs n'ont pas exposé clairement leurs objections précises, et compte tenu du critère défini par la Cour suprême dans l'arrêt *White Burgess*, j'accepte leurs témoignages dans la limite des réserves mentionnées.

Demande de M^{me} Mustefa's pour présenter de nouveaux arguments

[46] À l'audience, les avocats de M^{me} Mustefa ont demandé l'autorisation de modifier sa demande afin de pouvoir présenter de nouveaux arguments en matière d'équité procédurale. J'ai rejeté cette demande. Comme je l'ai mentionné à l'audience, les présentes demandes étant en cours depuis plusieurs années, les avocats ont eu amplement de temps de relever ces arguments et de les soulever plus tôt. À mon avis, il n'était pas équitable pour les défendeurs, ni dans l'intérêt de la justice, de permettre à M^{me} Mustefa de soulever des arguments relatifs à l'équité procédurale lors de l'audition de la présente demande de contrôle judiciaire.

VIII. QUESTIONS EN LITIGE

[47] Les questions à trancher sont les suivantes :

- A. L'article 159.3 du Règlement est-il *ultra vires*?
- B. L'ETPS viole-t-elle l'article 7 de la Charte?
- C. Cette violation est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?
- D. L'ETPS viole-t-elle l'article 15 de la Charte?
- E. La Cour devrait-elle refuser d'examiner la demande de M^{me} Mustefa?
- F. Y a-t-il en l'espèce des questions à certifier?

IX. NORME DE CONTRÔLE

[48] Après l’instruction des présentes demandes, la Cour suprême a rendu sa décision dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65 [Vavilov]. J’ai donc invité les parties à présenter leurs observations après l’audience sur l’incidence de l’arrêt *Vavilov* sur la norme de contrôle applicable.

[49] Les demandeurs affirment que l’arrêt *Vavilov* renforce leur position selon laquelle l’article 159.3 du Règlement est *ultra vires* pour deux raisons. Premièrement, parce que la Cour suprême a jugé que les contraintes externes limitent l’éventail des conclusions raisonnables que peut tirer un décideur administratif (*Vavilov*, au par. 90). Deuxièmement, les demandeurs soutiennent que, même en appliquant une norme commandant la déférence, les interprétations qui sont contraires à l’objectif législatif de l’attribution du pouvoir, contraires à l’objet général d’une loi ou contraires aux obligations internationales du Canada seront nécessairement déraisonnables (*Vavilov*, aux par. 114 et 120).

[50] Les défendeurs affirment que l’arrêt *Vavilov* ne change pas leur position sur la question de l’excès de pouvoir, car, selon eux, la Cour ne peut pas tenir compte de preuves qui sont postérieures à l’adoption de l’article 159.3 du Règlement. Par conséquent, la question de la norme de contrôle n’est pas pertinente puisqu’elle est tranchée avant même qu’il ne soit nécessaire d’examiner la norme de contrôle applicable.

[51] Compte tenu de ces positions et des directives que fournit l'arrêt *Vavilov*, la norme de contrôle applicable aux considérations d'excès de pouvoir est, à mon avis, celle de la décision raisonnable. Le paragraphe 68 de l'arrêt *Vavilov* énonce ce qui suit :

La norme de la décision raisonnable ne permet pas aux décideurs administratifs d'interpréter leur loi habilitante à leur gré et ne les autorise donc pas à élargir la portée de leurs pouvoirs au-delà de ce que souhaitait le législateur. Elle vient plutôt confirmer que le régime législatif applicable servira toujours à circonscrire les actes ainsi que les pouvoirs des décideurs administratifs. Même dans les cas où l'interprétation que le décideur donne de ses pouvoirs fait l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, un texte législatif formulé en termes précis ou étroits aura forcément pour effet de restreindre les interprétations raisonnables que le décideur peut retenir — en les limitant peut être à une seule. [...]

[52] La question de savoir si l'article 159.3 du Règlement et l'alinéa 101(1)e) de la LIPR violent la Charte sera examinée selon la norme de la décision correcte (*Vavilov*, au par. 57).

X. ANALYSE

L'article 159.3 du Règlement est-il *ultra vires*?

Dispositions des lois et des conventions

[53] Les dispositions pertinentes de la LIPR sont les suivantes :

3...3 Interprétation et mise en oeuvre

L'interprétation et la mise en oeuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

3...3 Application

This Act is to be construed and applied in a manner that

...

d) d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la Charte canadienne des droits et libertés, notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;

...

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

...

Rapport d'interdiction de territoire

44 (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

Irrecevabilité

101 (1) La demande est irrecevable dans les cas suivants :

...

...

(d) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the Canadian Charter of Rights and Freedoms, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

...

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory

...

Report on Inadmissibility

44 (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

Ineligibility

101 (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if

...

e) arrivée, directement ou indirectement, d'un pays désigné par règlement autre que celui dont il a la nationalité ou dans lequel il avait sa résidence habituelle;

(e) the claimant came directly or indirectly to Canada from a country designated by the regulations, other than a country of their nationality or their former habitual residence;

...

...

102 (1) Les règlements régissent l'application des articles 100 et 101, définissent, pour l'application de la présente loi, les termes qui y sont employés et, en vue du partage avec d'autres pays de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile, prévoient notamment :

102 (1) The regulations may govern matters relating to the application of sections 100 and 101, may, for the purposes of this Act, define the terms used in those sections and, for the purpose of sharing responsibility with governments of foreign states for the consideration of refugee claims, may include provisions

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;

(a) designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture;

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

102 (2) The following factors are to be considered in designating a country under paragraph (1)(a):

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

(a) whether the country is a party to the Refugee Convention and to the Convention Against 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;

(b) its policies and practices with respect to claims under the Refugee Convention and with respect to obligations under the Convention Against Torture;

c) leurs antécédents en matière de respect des droits de la personne;

(c) its human rights record; and

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.	(d) whether it is party to an agreement with the Government of Canada for the purpose of sharing responsibility with respect to claims for refugee protection.
---	--

102 (3) Le gouverneur en conseil assure le suivi de l'examen des facteurs à l'égard de chacun des pays désignés.	102 (3) The Governor in Council must ensure the continuing review of factors set out in subsection (2) with respect to each designated country.
--	---

[54] L'article 159.3 du RIPR est libellé comme suit :

Désignation - États-Unis	Designation - United States
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.	159.3 The United States is designated under paragraph 102(1)(a) of the Act as a country that complies with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture, and is a designated country for the purpose of the application of paragraph 101(1)(e) of the Act.

[55] L'article 33 de la Convention sur les réfugiés prévoit ce qui suit :

DÉFENSE D'EXPULSION ET DE REFOULEMENT

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

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se

trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

[56] L'article 3 de la Convention contre la torture indique ce qui suit :

1. Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.

2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives.

[57] Ces dispositions ont été examinées en détail dans les décisions *Conseil canadien pour les réfugiés c Canada*, 2007 CF 1262 [CCR 2007] et *Canada c Conseil canadien pour les réfugiés*, 2008 CAF 229 [CCR 2008].

Observations des demandeurs

[58] Les demandeurs font valoir que l'article 159.3 du Règlement est *ultra vires* parce que la désignation actuelle des États-Unis comme tiers pays sûr est incompatible avec l'objet de la loi habilitante et les pouvoirs conférés par celle-ci. De plus, ils font valoir que les conditions prévues par la loi préalables à la désignation actuelle des États-Unis en tant que tiers pays sûr n'ont pas été remplies.

Désignation incompatible avec l'objet de la loi et les pouvoirs conférés par la loi

[59] Les demandeurs allèguent que l'évolution du droit depuis la décision de la Cour d'appel fédérale (la CAF) dans l'affaire *CCR 2008* permet à la Cour de réexaminer la question de l'excès de pouvoir. Les demandeurs s'appuient sur les arrêts *West Fraser Mills Ltd c Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [*West Fraser Mills*] (aux par. 10 et 12) et *Catalyst Paper Corp c North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, (au par. 12) pour faire valoir qu'un règlement est *ultra vires* lorsqu'il est « incompatible avec l'objectif de [l]a loi habilitante ou encore [s]'il déborde le cadre du mandat prévu par la Loi » (*West Fraser Mills*, au par. 12).

[60] Selon les demandeurs, à la lumière des preuves de violations de la Convention sur les réfugiés par les États-Unis, ce pays n'est pas un tiers pays sûr. Les éléments de preuve étayant leurs allégations sont les suivants :

- “Proposal for a Targeted Review of the US as a Safe Third Country” (pièce 8 relative au contre-interrogatoire d'André Baril) (la Proposition de réexamen ciblé).
- “Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees For the Office of the High Commissioner for Human Rights' Compilation Report – Universal Periodic Review: United States of America”, UNHCR, October 2014 (pièce 10 relative au contre-interrogatoire d'André Baril) (l'Examen périodique universel).
- Mémoire du sous-ministre adressée au ministre Hussein, “Amnesty International and Canadian Council for Refugees Report contesting the US Designation as a Safe Third Country” (28 juin 2017) (pièce 10 relative au contre-interrogatoire d'André Baril) (le Rapport contestant la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr).

- Human Rights Watch, “In the Freezer: Abusive Conditions for Women and Children in US Immigration Holding Cells” (pièce 30 relative au contre-interrogatoire d’André Baril) (le rapport In the Freezer).
- “Memorandum to the Assistant Deputy Minister – U.S. Development pertaining to domestic and gang violence related to asylum claims” (pièce 29 relative au contre-interrogatoire d’André Baril).
- “Domestic Gang Violence Claims in the US”, septembre 2018 (pièce 20 relative au contre-interrogatoire d’André Baril).
- “Memorandum to the Assistant Deputy Minister – U.S. Development pertaining to domestic and gang violence related to asylum claims”, sommaire (pièce 23 relative au contre-interrogatoire d’André Baril).
- “UNHCR Amicus brief on asylum policy developments in the US” (pièce 24 relative au contre-interrogatoire d’André Baril) (le Mémoire d’amicus curiæ du HCR [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés]).
- Courriels de Dean Barry auxquels sont joints des rapports et des rapports sommaires d’IRCC, 7 juin 2018 – 26 novembre 2018 (pièce 52 relative au contre-interrogatoire d’André Baril).

[61] Les demandeurs font valoir qu’à la lumière de ces rapports, les autorités canadiennes étaient au courant de la pratique américaine consistant à détenir et à punir les demandeurs d’asile et savaient que celle-ci ne respectait pas Convention sur les réfugiés. Ils soulignent que les conditions de détention ont été signalées au ministre dans le Rapport contestant la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr préparé par Amnistie Internationale et le Conseil canadien pour les réfugiés. La Proposition de réexamen ciblé fournit des

renseignements sur la politique américaine de séparation des parents de leurs enfants lorsqu'ils sont en détention. Le rapport *In the Freezer* confirme que la détention systématique dans des conditions inhumaines s'est poursuivie aux États-Unis jusqu'en février 2018.

[62] Les renseignements contenus dans l'Examen périodique universel et le Rapport contestant la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr ont fourni au gouvernement canadien des informations sur les répercussions du délai de prescription d'un an, de la politique de tolérance zéro américaine et du risque de refoulement. Aux États-Unis, les demandeurs d'asile doivent présenter leur demande au cours de l'année qui suit leur entrée sur le territoire. Si ce délai n'est pas respecté, les demandeurs doivent démontrer qu'il est plus probable que le contraire qu'ils seront persécutés en raison d'un motif protégé, ce qui est une norme plus élevée que la norme habituelle qui consiste à avoir une crainte fondée de persécution. Les demandeurs allèguent que le renversement du fardeau de preuve après le délai d'un an signifie que les personnes ayant des demandes légitimes seront probablement refoulées au motif qu'elles ne satisfont plus au nouveau critère (plus élevé).

[63] Les demandeurs font également valoir que l'adoption de la politique de « tolérance zéro » relativement à l'entrée illégale était une tentative explicite de dissuader la migration, y compris celle des demandeurs d'asile. Ils s'appuient sur le contre-interrogatoire du 4 février 2019 de monsieur Yale-Loerh qui a convenu que la séparation des familles et leur détention sont des sanctions imposées pour dissuader les migrants d'entrer aux États-Unis.

[64] De plus, les demandeurs allèguent que le mémoire d'*amicus curiae* du HCR démontre qu'à la suite de la décision rendue dans l'affaire *Matter of A-B-*, il est devenu plus difficile d'établir des motifs de protection des réfugiés aux États-Unis liés à la famille et/ou aux gangs.

[65] Les demandeurs font valoir que le gouvernement canadien savait que les pratiques et les politiques des États-Unis en matière d'asile n'étaient pas conformes aux principes directeurs du HCR et que les États-Unis ne sont donc pas un « tiers pays sûr » au sens de l'objet de la loi.

Défaut de satisfaire aux conditions préalables

[66] Les demandeurs allèguent que les facteurs énoncés aux paragraphes 102(2) et (3) de la LIPR sont des conditions préalables qui n'ont pas été remplies. Ils s'appuient sur les décisions *Katz Group Canada Inc. c Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [*Katz*] et *Thorne's Hardware Ltd c La Reine*, [1983] 1 RCS 106 [*Thorne's*] pour faire valoir que le Règlement, en tant que texte législatif subordonné, est invalide car il ne répond pas aux exigences applicables prévues par la loi. Les demandeurs soutiennent que le paragraphe 102(3) de la LIPR impose un suivi de l'examen des facteurs de désignation et exige que le ministre juge si la désignation de tiers pays sûr doit être maintenue.

[67] Initialement, aux termes du décret de 2004, la responsabilité de l'examen était déléguée au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Dans son affidavit, M. Baril explique qu'en vertu du décret de 2004, les examens étaient effectués tous les cinq ans (2009 et 2014). Le

décret de 2015 a marqué un changement dans la responsabilité de l'examen. Le décret de 2015 stipule ce qui suit :

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration procède, sur une base régulière, au suivi de l'examen des facteurs prévus au paragraphe 102(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à l'égard des États-Unis, à titre de pays désigné en vertu de l'alinéa 102(1)a) de cette loi et visé à l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* en surveillant ces facteurs sur une base régulière. Il fait rapport au gouverneur en conseil relativement à cet examen si les circonstances le justifient.

[68] Les demandeurs allèguent que ce changement de responsabilité en matière d'examen était une sous-délégation illégale du pouvoir d'examen (*Brant Dairy Co c Milk Commission of Ontario*, [1973] RCS 131 ; *Morton c Canada (Pêches et Océans)*, 2015 CF 575, aux par. 82 et 83).

[69] En ce qui concerne le volet de la surveillance, les demandeurs font valoir que la preuve démontre qu'il y a eu un manque d'analyse significative quant au respect par les États-Unis de la Convention sur les réfugiés et des normes internationales en matière de droits de la personne. Selon les demandeurs, en l'absence d'une telle analyse, le ministre et le gouverneur en conseil n'ont pas disposé des informations nécessaires pour réévaluer la désignation.

[70] Les demandeurs affirment que dans l'affaire *CCR 2008*, la CAF n'a pas examiné si l'article 102(3) créait une condition préalable au maintien de la désignation des États-Unis. Ils indiquent que la CAF n'a pas fait de constatation sur la nécessité d'assurer le suivi de cette désignation. Ils font valoir que la CAF n'a pas jugé que les facteurs ultérieurs n'étaient pas pertinents et qu'elle n'a donc pas tranché la question de l'excès de pouvoir qu'ils soulèvent

maintenant. Les demandeurs soulignent notamment que, contrairement à l'affaire *CCR 2008*, ils cherchent à obtenir une réparation pour le prétendu défaut d'assurer le suivi (voir : *CCR 2008*, au par. 83).

Analyse – ultra vires

[71] Je commencerai l'analyse de cette question en renvoyant à la conclusion suivante de la CAF au paragraphe 57 de l'arrêt *CCR 2008* :

La contestation de la légalité d'un règlement soulève la question précise de savoir si les conditions préalables à l'exercice du pouvoir délégué qui ont été énoncées par le législateur existent au moment où le règlement est pris [...]

[72] Plus loin, au paragraphe 89, la CAF souligne ce qui suit :

Il y a une date importante que le juge de première instance aurait dû retenir : le 29 décembre 2004, la date à laquelle le Règlement est entré en vigueur, la dernière date pertinente en ce qui a trait à l'évaluation de la question de légalité. Peu importe les conditions préalables que l'on veut appliquer, la légalité du Règlement ne pouvait pas être évaluée sur la foi de faits survenus après la date de la prise du Règlement. [...]

[73] En ce qui concerne la décision de désigner les États-Unis, la CAF a conclu ce qui suit :

« Une fois que [...] le GC a tenu compte de ces quatre facteurs de manière appropriée et qu'il est arrivé à la conclusion que le pays candidat se conforme aux articles pertinents des Conventions, il n'y a plus rien qui puisse faire l'objet d'un contrôle judiciaire » (*CCR 2008*, au par. 78).

[74] Compte tenu des observations claires formulées par la CAF dans l'arrêt *CCR 2008*, et malgré les arguments solides des avocats des demandeurs, je suis liée par l'arrêt *CCR 2008*. Bien que les demandeurs aient quelque peu reformulé les arguments sur la question de l'excès de pouvoir dans le cadre des présentes demandes de contrôle judiciaire, la décision de la CAF fournit, selon moi, une réponse complète aux arguments fondés sur l'excès de pouvoir même si les demandeurs les présentent maintenant.

[75] J'ai examiné les décisions invoquées par les demandeurs (*Katz, Thorne's, Wildlands League c Ontario (Natural Resources and Forestry)*, 2016 ONCA 741), mais je ne considère pas que celles-ci permettent la prise en compte par notre Cour de faits survenus après la date de prise du Règlement pour se prononcer sur la légalité de celui-ci. Ces décisions précisent que le contrôle judiciaire des règlements « se limite normalement à la question de leur incompatibilité avec l'objet de la loi ou à l'inobservation d'une condition préalable prévue par la loi » (*Katz*, au par. 27). Cette question a été abordée dans l'arrêt *CCR 2008*.

[76] Dans l'arrêt *CCR 2008*, la CAF souligne aux paragraphes 74, 75, 76 et 78 que l'article 101 de la LIPR n'exige pas une « conformité effective » ou rigoureuse. De plus, le libellé du paragraphe 102(3) ne fait pas référence à la conformité effective avec la Convention sur les réfugiés ou la Convention contre la torture, mais plutôt à la conformité avec les facteurs énoncés au paragraphe 102(2) de la LIPR qui sont évalués.

[77] Les arguments des demandeurs concernant le caractère suffisant du suivi ont également été abordés par la CAF aux paragraphes 92 à 97 de l'arrêt *CCR 2008*. Pour la période

postérieure à l'arrêt *CCR 2008*, M. Baril confirme, dans son affidavit, que la production de rapports sur l'ETPS s'est poursuivie. M. Baril déclare qu'IRCC a préparé des rapports en décembre 2016, en mars 2017 et en février 2018, bien qu'il reconnaisse que ces rapports n'aient pas été soumis au gouverneur en conseil.

[78] Des versions expurgées des rapports au ministre ont été déposées à titre de pièces relatives au contre-interrogatoire de M. Baril. Bien que le contenu de ces rapports n'ait pas été produit en preuve, ces derniers prouvent que des rapports ont continué à être présentés après le décret de 2015. Par conséquent, je suis d'avis que l'obligation de procéder au suivi de l'examen des facteurs et de faire rapport « si les circonstances le justifient », tel qu'il est indiqué dans le décret de 2015, a été respectée. Par ailleurs, les arguments des demandeurs concernant le décret de 2015 constituent une tentative de contester le décret lui-même, ce qui outrepassé le mandat du présent contrôle judiciaire.

[79] Dans l'ensemble, les demandeurs ne m'ont pas convaincu que le critère nécessaire au réexamen de la nature contraignante de la décision de la CAF sur la question de l'excès de pouvoir a été satisfait en l'espèce. Même si les circonstances factuelles des demandeurs en l'espèce diffèrent de celles qui ont été portées à la connaissance de la CAF en 2008, les arguments juridiques visant les mêmes dispositions législatives sur lesquels la CAF s'est prononcée en 2008 ne diffèrent pas.

[80] Je conclus donc que la question de savoir si l'article 159.3 du RIPR est *ultra vires* de la LIPR a été tranchée par la CAF en 2008 et je ne vois aucune raison d'aller à l'encontre d'une décision qui a force de précédent.

L'ETPS viole-t-elle l'article 7 de la Charte?

[81] L'article 7 de la Charte prévoit que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

Observations des demandeurs

[82] Les demandeurs soutiennent qu'il existe un lien de causalité entre l'adhésion du Canada à l'ETPS et la violation des droits garantis par l'article 7, car les demandeurs d'asile dont la demande a été jugée irrecevable en vertu de l'ETPS sont emprisonnés à leur retour aux États-Unis. Ils allèguent que leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne est en jeu en raison de la pénalisation des demandeurs d'asile par les autorités américaines. Selon un rapport préparé par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies en juillet 2017, auquel M^{me} Anker fait référence dans son affidavit du 6 octobre 2017 (paragraphe 19), les États-Unis [TRADUCTION] « disposent aujourd'hui du plus grand système de détention d'immigrants au monde ».

[83] En plus d'être privé de sa liberté, le détenu se retrouve souvent privé de sa dignité humaine fondamentale, de soins médicaux et de nourriture. De plus, la détention empêche le détenu d'avoir recours aux services d'un avocat et augmente le risque de refoulement. Anwen Hughes affirme que les demandeurs d'asile peuvent être détenus pendant des mois sans que leur détention ne soit examinée.

Observations des défendeurs

[84] Les défendeurs soutiennent que même si l'article 7 s'applique compte tenu des faits en l'espèce, il existe des garanties dans la LIPR, un suivi de l'examen des facteurs énoncés au paragraphe 102(2) et des recours discrétionnaires. Ils notent également qu'il est possible de

demander le contrôle judiciaire des décisions de l'ASFC. De plus, les défendeurs font valoir que la Charte ne s'applique pas au droit américain ni aux actes des autorités américaines.

Analyse

a) *Article 7 – Principes généraux*

[85] Les considérations relatives à l'article 7 comportent deux volets. Premièrement, le demandeur doit démontrer que la loi contestée porte atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. Si tel est le cas, l'article 7 s'applique. Une fois que l'article 7 entre en jeu, le demandeur doit démontrer que l'atteinte aux droits garantis par l'article 7 n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale (*Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, au par. 55 [*Carter*]).

[86] Les principes de justice fondamentale concernent le caractère arbitraire, la portée excessive et le caractère totalement disproportionné (*Carter*, au par. 72). « La question à se poser dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 7 est celle de savoir si une disposition législative intrinsèquement mauvaise prive qui que ce soit du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; un effet totalement disproportionné, excessif ou arbitraire sur une seule personne suffit pour établir l'atteinte au droit garanti à l'art. 7 » (*Canada (Procureur général) c Bedford*, 2013 CSC 72 [*Bedford*], au par. 123).

[87] Pour commencer, je tiens à souligner qu'étant donné qu'ils se trouvent au Canada, les demandeurs ont individuellement le droit de faire valoir une revendication fondée sur la Charte

(*Singh c Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 RCS 177, au par. 35). De plus, le fait que M^{me} Mustefa ait été renvoyée aux États-Unis ne l'empêche pas de faire valoir une revendication fondée sur la Charte (*Kreishan c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, par. 78 [*Kreishan*]).

[88] Afin d'évaluer correctement les arguments relatifs à l'article 7, il est important de comprendre le processus qui se déroule en application de l'ETPS lorsqu'un demandeur arrive à un PDE terrestre canadien et présente une demande d'asile.

[89] Dans son affidavit, Sharon Spicer, directrice de la division Opérations d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs et gestion de cas pour l'ASFC, décrit ce processus en détail. Il commence par un entretien avec un agent d'examen de l'ASFC qui prend une décision initiale sur l'admissibilité au titre de l'article 101 de la LIPR, en se prononçant notamment sur la question de savoir si l'une des exceptions prévues par l'ETPS s'applique. Les exceptions à l'ETPS sont énoncées à l'article 101(1)e) de la LIPR et comprennent, entre autres, les personnes dont des membres de leur famille immédiate sont citoyens canadiens ou résidents permanents et les mineurs non accompagnés. À la suite de cette évaluation, l'agent d'examen établit un rapport circonstancié à l'intention du délégué du ministre en application de l'article 44 de la LIPR, qui décrit les motifs d'interdiction de territoire.

[90] M^{me} Spicer explique que le délégué du ministre examine ce rapport et informe le demandeur d'asile des résultats. Si la demande d'asile du demandeur est recevable, la demande est renvoyée à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Si sa demande n'est pas

recevable, le délégué du ministre prend une mesure d'exclusion, qui a un effet immédiat et le renvoi a lieu dès que possible. Si l'agent d'examen de l'ASFC détermine qu'un demandeur ne relève pas de l'une des exceptions, et que sa demande est donc irrecevable en raison de l'application de l'ETPS, l'agent n'a pas de pouvoir discrétionnaire à exercer.

[91] L'ASFC prend des dispositions pour que le demandeur soit renvoyé aux États-Unis 1) en informant ses homologues américains que le demandeur est renvoyé, 2) en envoyant un avis de renvoi aux autorités américaines ou 3) en reconduisant le demandeur aux États-Unis.

[92] En l'espèce, chacune des demandes d'asile des demandeurs a été jugée irrecevable en raison de l'ETPS. L'ASFC a renvoyé M^{me} Mustefa aux États-Unis où elle a été immédiatement emprisonnée.

b) *Applicabilité – Liberté*

[93] Chacun des demandeurs doit démontrer que les dispositions contestées ont un effet préjudiciable, ou pourrait avoir pareil effet, sur son droit à la liberté et à la sécurité ou limitent ce droit et qu'il existe un lien de causalité suffisant entre la conclusion d'irrecevabilité au titre de l'ETPS et le préjudice subi (*Bedford*, au par. 58 et 75). Au paragraphe 75 de l'arrêt *Bedford* (citant l'arrêt *Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44), la Cour suprême a souligné la nécessité de l'existence d'« un lien de causalité suffisant entre [l'effet] imputable à l'État et le préjudice subi par [le demandeur] » pour que l'article 7 entre en jeu. La Cour a également noté que la norme du lien de causalité suffisant n'exige pas que la

mesure législative ou autre reprochée à l'État soit l'unique ou la principale cause du préjudice subi par le demandeur; il y est satisfait par déduction raisonnable, suivant la prépondérance des probabilités. Cela exige l'existence d'un lien réel, et non hypothétique (*Bedford*, au par. 76).

[94] La question qui se pose en relation avec l'article 7 est de savoir si les actes des fonctionnaires canadiens, c'est-à-dire le renvoi des demandeurs dont la demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'ETPS aux États-Unis, où ils seront emprisonnés par les autorités américaines, constituent un lien de causalité suffisant pour mettre en jeu le droit à la liberté et à la sécurité de la personne. La preuve démontre clairement que le préjudice subi le plus important est l'emprisonnement. Il existe également des préjudices connexes relatifs aux conditions de détention et au risque accru de refoulement.

[95] Dans le cas de la demanderesse M^{me} Mustefa, après que sa demande a été jugée irrecevable, elle a été renvoyée aux États-Unis par des agents de l'ASFC et immédiatement mise en détention par les autorités américaines. Elle a été détenue au centre de détention de Clinton pendant un mois et maintenue en isolement pendant une semaine. Elle a été libérée sous caution le 9 mai 2017.

[96] La preuve de l'emprisonnement de M^{me} Mustfa est convaincante. Dans son affidavit, elle explique qu'elle ne savait pas combien de temps elle serait détenue ou placée en isolement. Elle décrit son séjour en isolement comme [TRADUCTION] « une expérience terrifiante, aliénante et psychologiquement traumatisante ». M^{me} Mustefa, qui est musulmane, croit qu'on lui a donné du porc, bien qu'elle ait dit aux gardes qu'elle ne pouvait pas en consommer pour des raisons

religieuses. M^{me} Mustefa indique avoir sauté des repas parce qu'elle n'avait pas accès à une nourriture appropriée et avoir perdu près de 15 livres. Elle souligne également qu'après être sortie de l'isolement, elle a été détenue avec des personnes condamnées pour des infractions criminelles. Elle explique que l'établissement était d'un [TRADUCTION] « froid glacial » et qu'aucun des détenus n'était autorisé à utiliser des couvertures pendant la journée.

M^{me} Mustefa dit qu'elle [TRADUCTION] « se sentait effrayée, seule et confuse en tout temps » et qu'elle [TRADUCTION] « n'avait aucune idée quand elle allait être libérée ni si elle le serait un jour ».

[97] Les déposants anonymes H.I., L.M., N.O., P.Q., R.S., T.U., V.W., X.Y. et Z.Z. ont tous été détenus par les autorités américaines après s'être vu refuser l'entrée au motif de l'irrecevabilité de leur demande d'asile au titre de l'ETPS. Dans leurs affidavits, les déposants N.O., P.Q., T.U. et V.W. affirment que l'ASFC les a livrés directement aux autorités américaines. En ce qui concerne la déposante L.M., l'ASFC aurait également remis son téléphone cellulaire directement aux autorités américaines.

[98] Les avocats qui fournissent une assistance aux personnes détenues ont également témoigné par affidavit. Ruby Robinson, Carol Anne Donahue, Ramon Irizarry et Ryan Witmer travaillent pour des organisations qui fournissent des services juridiques aux personnes détenues après leur retour aux États-Unis dans le contexte de l'ETPS. M^{me} Donahue note que dans le centre de détention où elle offre ses services, la plupart des personnes sont détenues de deux semaines à deux mois. M. Witmer fait remarquer que presque tous les rapatriés au titre de l'ETPS qu'il a rencontrés ont été détenus pendant trois à cinq semaines sans caution.

M. Witmer déclare également que les tentatives de demande d'asile au Canada peuvent être utilisées par les autorités américaines pour justifier une caution importante et le maintien en détention.

[99] Les avocats décrivent leurs rencontres avec leurs clients en détention et le fait que ceux-ci passent des semaines en détention avant d'obtenir une audience de cautionnement. Lors du contre-interrogatoire, Anwen Hughes a confirmé que la durée moyenne de détention est de 31 jours.

[100] Les atteintes aux droits garantis par l'article 7 qui sont le fait d'acteurs autres que ceux de notre propre gouvernement 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. Dans ce contexte, un lien causal suffisant est un lien dans lequel « la participation du Canada est un préalable nécessaire » à l'atteinte et « où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne » (*Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, au par. 54 [*Suresh*]). Le Canada « ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale uniquement parce que l'atteinte en cause serait le fait d'autrui » (*Suresh*, au par. 54). Par conséquent, le fait que les rapatriés au titre de l'ETPS soient emprisonnés par les autorités américaines ne libère pas les actes des fonctionnaires canadiens de toute considération.

[101] Le témoignage de Sharon Spicer confirme que les agents de l'ASFC informent les autorités américaines que les demandeurs d'asile au titre de l'ETPS sont renvoyés aux

États-Unis. Les agents de l'ASFC participent au retour physique des demandeurs entre les mains des autorités américaines. Ce comportement ne fait pas du Canada un « acteur passif » et fait en sorte qu'il existe un « lien suffisant » (*Suresh*, au par. 55) avec les actes répréhensibles. J'en conclus que les actes des fonctionnaires canadiens, à savoir le renvoi des demandeurs dont la demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'ETPS aux autorités américaines, participent à un processus qui mène à la détention.

[102] Je tiens également à souligner qu'aucun des facteurs relatifs à la sécurité ou à la criminalité, tels qu'ils sont énoncés à l'alinéa 101(1)f) de la LIPR, n'a été considéré comme pertinent à l'égard de l'un ou l'autre des demandeurs en l'espèce lorsque leur demande a été jugée irrecevable au titre de l'ETPS.

[103] L'emprisonnement de M^{me} Mustefa illustre bien l'atteinte à la liberté qui découle directement d'un constat d'irrecevabilité au titre de l'alinéa 101(1)e) de la LIPR. Je conclus, à la lumière de la preuve, que les demandeurs dont la demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'ETPS sont renvoyés aux États-Unis par les fonctionnaires canadiens où ils sont immédiatement et automatiquement emprisonnés par les autorités américaines. Cela est suffisant pour établir que le droit à la liberté garanti par l'article 7 est en jeu.

c) *Applicabilité – Sécurité de la personne*

[104] Dans l'affaire *Singh* (par. 47), la Cour suprême a déclaré que l'expression « "sécurité de sa personne" doit englober tout autant la protection contre la menace d'un châtime corporel

ou de souffrances physiques, que la protection contre le châtement lui-même ». Dans l'arrêt *États-Unis c Burns*, 2001 CSC 7, au paragraphe 59 [*Burns*], la Cour suprême a estimé qu'une extradition qui met potentiellement une vie en danger prive une personne du droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Même si l'arrêt *Burns* portait sur l'extradition et l'application éventuelle de la peine de mort, il est pertinent dans la mesure où les deux cas de figure impliquent la quasi-certitude d'une détention qui met en jeu la liberté et parfois la sécurité de la personne. De plus, dans l'arrêt *Suresh*, la Cour suprême a souligné au paragraphe 44 que « l'expulsion d'un réfugié vers un pays où il risque la torture peut compromettre sa liberté, sa sécurité et, peut-être, sa vie ».

[105] La demanderesse ABC craint le gang MS-13 advenant son retour forcé, ou son refoulement, au Salvador. Les demandeurs font valoir qu'il existe un risque réel qu'elle soit renvoyée au Salvador à la lumière de l'interprétation de l'expression « particular social group » ([TRADUCTION] « groupe social particulier ») par le droit d'asile américain, et compte tenu de l'exigence selon laquelle les demandeurs d'asile doivent prouver la motivation de leur persécuteur. Selon eux, cela est incompatible avec la Convention sur les réfugiés. Les demandeurs d'asile font également valoir que, compte tenu de la décision américaine *Matter of A-B-*, les victimes ne seront probablement pas en mesure de prouver que la protection de l'État n'est pas normalement accessible. Elizabeth Kennedy, l'experte des demandeurs concernant les conditions au Salvador, rapporte qu'entre 2013 et 2015, plus de 70 personnes qui ont été expulsées des États-Unis vers le Salvador ont été assassinées à leur retour.

[106] Dans le cas d'ABC, je suis convaincue que les éléments de preuve permettent de conclure que le risque de refoulement pour elle est réel et non spéculatif si elle avait été détenue aux États-Unis. J'estime que cette conclusion est fondée sur les éléments de preuve établissant les difficultés vécues par les personnes détenues pour présenter une demande d'asile. Il existe des éléments de preuve démontrant l'existence d'obstacles empêchant l'accès à des conseils juridiques et l'obtention des documents nécessaires pour établir le bien-fondé d'une demande d'asile aux États-Unis.

[107] M^{me} Hughes décrit les difficultés auxquelles sont confrontées les personnes détenues, notamment : les détenus n'ont pas les moyens de faire des appels téléphoniques, les personnes en dehors du centre de détention ne peuvent pas communiquer avec les détenus parce qu'elles ne peuvent pas les appeler, des éléments de preuve sont perdus en raison des transferts entre les centres de détention et les détenus n'ont pas accès à des traducteurs, service auquel ils pourraient avoir besoin pour remplir les formulaires requis.

[108] M. Witmer, un avocat qui travaille avec les détenus, décrit l'existence de problèmes de [TRADUCTION] « communication de base » comme un obstacle à la présentation d'une demande d'asile. Il précise que les détenus sont incapables de laisser des messages en fournissant un numéro de rappel. Il note également que si de nombreux détenus sont habitués à communiquer avec les membres de leur famille par courrier électronique, par les médias sociaux et au moyen d'applications de communication en ligne, ils n'ont pas accès à ces services lorsqu'ils sont en détention.

[109] De plus, M^e Timothy Warden-Hertz estime que, dans les centres de détention desservis par son organisation, le Northwest Detention Center (NWDC), 80 % à 85 % des personnes détenues n'ont pas d'avocat et doivent se représenter elles-mêmes. Il estime que 75 % des demandes d'asile provenant du NWDC sont rejetées, alors que la moyenne nationale est de 52 % de demandes rejetées.

[110] Le recours à l'isolement cellulaire et les conditions générales de détention sont également des facteurs qui soulèvent la question de l'atteinte au droit à la sécurité d'une personne.

M^{me} Mustefa, P.Q. et R.S. ont toutes trois été placées en isolement dès leur arrivée dans les centres de détention américains. R.S. a été privée de nourriture et n'a pas eu la possibilité de se laver pendant les trois premiers jours passés en isolement. R.S. affirme qu'après avoir pu parler à d'autres détenus au titre de l'ETPS, elle a réalisé que [TRADUCTION] « tout le monde serait placé en isolement à son arrivée en prison » (par. 32 de l'affidavit de R.S.).

[111] De plus, M^{me} Mustefa, J.K., P.Q. et R.S. décrivent les centres de détention comme anormalement froids. J.K. indique avoir été incapable de dormir à cause du froid; P.Q. affirme avoir demandé des couvertures supplémentaires, mais n'en a reçu aucune jusqu'à ce qu'elle ait de la fièvre et doive consulter un médecin; et R.S. déclare que lorsque les prisonniers se blottissaient les uns contre les autres pour se réchauffer, les gardiens leur retiraient les couvertures.

[112] J.K. affirme qu'elle a prétendu ne pas avoir besoin de soins médicaux pour éviter d'être menottée. R.S. décrit les soins médicaux dans son établissement de détention comme étant

inadéquats. Elle a observé que l'infirmière de son centre de détention ignorait les détenus noirs tout en faisant tout son possible pour traiter les problèmes médicaux des détenus blancs. Elle indique que l'infirmière [TRADUCTION] « nous ignorait et ne répondait tout simplement pas à nos préoccupations » (par. 35 de l'affidavit de R.S.).

[113] Ces circonstances soulèvent la question de l'atteinte au droit à la sécurité de la personne et découlent directement des actes posés par des fonctionnaires canadiens, soit le renvoi des demandeurs d'asile aux États-Unis où ils sont emprisonnés. Dans ce contexte, ce sont les conséquences de la détention et non l'état actuel du droit américain en matière d'asile qui soulève la question de l'atteinte au droit à la sécurité de la personne.

[114] La sécurité de la personne doit englober tout autant la protection contre la menace d'un châtiment corporel ou de souffrances physiques (*Singh*, au par. 47); les récits des détenus révèlent qu'ils ont souffert physiquement et psychologiquement à cause de leur détention et qu'ils couraient un risque réel de ne pas pouvoir revendiquer leur statut de réfugié.

[115] J'arrive à la conclusion que les éléments de preuve établissent que les conditions auxquelles sont confrontées les personnes détenues, telles qu'elles ont été exposées précédemment, mettent en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti par l'article 7 de la Charte.

d) *Conclusion – Applicabilité*

[116] Ayant conclu que la détention ainsi que les difficultés et les risques qui en découlent constituent une atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne au sens de l'article 7 de la Charte, je dois maintenant déterminer si cette restriction est conforme aux principes de justice fondamentale.

e) *Les principes de justice fondamentale*

[117] Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour suprême s'est exprimée comme suit au paragraphe 125 de ses motifs :

[...] Pour les besoins de l'art. 7, l'effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est-il conforme aux principes de justice fondamentale? En ce qui concerne le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, il faut se demander si, de prime d'abord, l'objet de la disposition présente un lien avec ses effets et si l'effet préjudiciable est proportionné à cet objet.

[118] Bien qu'il puisse y avoir un « chevauchement important » entre les principes (le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale), la question est de savoir si la disposition « n'est pas suffisamment liée à son objectif ou, dans un certain sens, qu'elle va trop loin pour l'atteindre [...] » (*Bedford*, au par. 107). Lors de l'examen de ces principes, l'objectif ou l'objet de la disposition doit être identifié.

[119] Dans l'arrêt *CCR 2008*, la CAF a défini l'objectif législatif de l'ETPS au paragraphe 75 comme suit :

[...] l'objectif du régime mis en place par le législateur est le partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile avec des pays signataires qui se conforment aux articles pertinents des Conventions et qui ont des antécédents acceptables en matière de respect des droits de la personne. [...]

[120] C'est ce qui ressort du préambule de l'ETPS, qui est libellé ainsi :

CONSIDÉRANT que le Canada est partie à la Convention relative au statut des réfugiés (la « Convention ») de Genève du 28 juillet 1951 et au Protocole relatif au statut des réfugiés de New York du 31 janvier 1967 (le « Protocole ») et que les États-Unis sont parties au Protocole, et réaffirmant leur obligation d'accorder protection aux réfugiés présents sur leur territoire, conformément à ces instruments;

RECONNAISSANT en particulier les obligations juridiques internationales des parties en vertu du principe du non-refoulement énoncé dans la Convention et dans le Protocole, ainsi qu'en vertu de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (la « Convention contre la torture ») de New York du 10 décembre 1984, et réaffirmant leurs obligations mutuelles de promotion et de protection des droits de la personne et des liberté (*sic*) fondamentales;

[121] Les défenseurs recommandent la prudence dans le recours à l'analyse de l'objectif législatif énoncée dans l'arrêt *CCR 2008*, faisant valoir que la CAF ne traitait que de la question de l'excès de pouvoir. Je ne souscris pas à cette affirmation, car elle laisse entendre que l'objectif législatif change en fonction des fins pour lesquelles il est évalué.

[122] L'objectif législatif de « partage des responsabilités » fournit le cadre permettant d'examiner si la disposition législative est disproportionnée ou si sa portée est trop grande. Les parties n'ont pas fait valoir que les dispositions législatives étaient arbitraires.

f) *La portée excessive*

[123] Dans l'arrêt *Bedford* (au par. 101), la Cour suprême affirme qu'une disposition a une portée excessive lorsqu'elle va trop loin et empiète sur un comportement sans lien avec son objectif. Dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême a confirmé au paragraphe 85 de ses motifs que l'analyse de la portée excessive doit mettre l'accent sur « l'incidence de la mesure sur les personnes dont la vie, la liberté ou la sécurité est restreinte ».

[124] Les demandeurs allèguent que les actes des autorités canadiennes, qui ont renvoyé les demandeurs d'asile au titre de l'ETPS aux États-Unis, où ils sont emprisonnés par les autorités américaines, n'ont aucun lien avec l'objectif de « partage des responsabilités » de l'ETPS. Selon les demandeurs, la portée de cet objectif est excessive. Ils font également valoir que cette privation de liberté est sans rapport aucun avec l'objectif de l'ETPS et qu'elle est donc aussi totalement disproportionnée.

[125] En réponse, les défendeurs soutiennent que dans les arrêts *Bedford* et *Carter*, les répercussions des dispositions législatives étaient sous le contrôle du Canada, contrairement à la présente affaire, où le comportement répréhensible est hors du contrôle du Canada. Les défendeurs font valoir que les questions soulevées concernent les autorités et les politiques américaines et échappent donc au contrôle du Canada. En tout état de cause, les défendeurs allèguent que la LIPR comporte des garanties de protection contre la portée excessive puisqu'il existe des recours discrétionnaires.

[126] Les défendeurs s'appuient sur des décisions statuant que la Charte n'entre pas en jeu au moment du renvoi du Canada. Récemment, dans l'arrêt *Tapambwa c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34 (au par. 81), la CAF a abordé cette question et a cité un certain nombre de jugements invoqués par les défendeurs. Au paragraphe 87 de l'arrêt *Tapambwa*, la CAF a conclu comme suit :

[...] notre Cour a conclu que les personnes qui ne peuvent pas faire l'objet d'un ERAR complet, tout comme les appelants en l'espèce, voient leurs risques liés à l'article 7 évalués à l'étape du renvoi. La façon d'évaluer les risques liés à l'article 7 pour les demandeurs qui sont interdits d'ERAR est un processus dans le cadre duquel « un seul décideur est requis pour examiner le risque et, s'il est convaincu que la preuve est suffisante, reporte le renvoi et transmet à un autre décideur l'examen du risque » (Atawnah au para. 27). Le refus d'un décideur de reporter le renvoi peut être contesté devant la Cour fédérale; le sursis au renvoi peut être obtenu dans l'attente de l'issue d'une procédure de contrôle judiciaire. La Cour fédérale peut, et elle le fait souvent, examiner une demande de sursis à l'exécution de la mesure de renvoi d'une manière plus complète que ne peut le faire un agent d'immigration dans le cadre d'une demande de report [...] les droits dont disposent les personnes qui sont renvoyées en l'absence de fondement d'un ERAR n'étaient « pas illusoires », mais réels et exécutoires.

[127] Les appelants dans l'arrêt *Tapambwa* avaient fait l'objet d'une évaluation des risques par la SPR (au par. 77). En fait, dans les jugements liés aux cas d'interdiction de territoire ou d'exclusion, le demandeur a fait l'objet d'une certaine évaluation des risques auxquels il est confronté. Or, en l'espèce, ce n'est pas le cas pour les demandeurs, qui, parce que leur demande a été jugée irrecevable au titre de l'ETPS, n'ont fait l'objet d'aucune forme d'évaluation des risques. Les faits relatifs aux demandeurs dans l'affaire qui nous occupe sont différents de ceux de l'arrêt *Tapambwa*.

[128] J'estime que les jugements dans lesquels il a été conclu que les droits garantis par l'article 7 ne sont pas mis en cause à l'étape du renvoi se distinguent des présentes demandes par leurs faits. En l'espèce, les demandeurs n'ont fait l'objet d'aucune évaluation de leurs risques ou du bien-fondé de leur demande d'asile en raison de l'ETPS. Ils sont renvoyés aux États-Unis en vertu de l'ETPS, étant entendu qu'ils auront accès à un processus de détermination du statut de réfugié équitable. Toutefois, la preuve démontre que la conséquence immédiate pour les demandeurs dont la demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'ETPS est l'emprisonnement, et ce, uniquement pour avoir tenté de présenter une demande d'asile au Canada. L'objectif de « partage des responsabilités » de l'ETPS devrait comprendre une certaine garantie d'accès à un processus de détermination du statut de réfugié équitable.

[129] De plus, l'arrêt *Tapambwa* se distingue de la présente affaire au motif que dans l'arrêt *Tapambwa*, l'argument fondé sur la Charte était hypothétique, car il n'y avait pas de fondement factuel au soutien de l'allégation selon laquelle les demandeurs seraient exposés à un risque lors de leur renvoi (*Tapambwa*, aux par. 77 à 90). Dans la présente affaire, les demandeurs ont fourni la preuve factuelle nécessaire de M^{me} Mustefa et d'autres personnes pour servir de fondement factuel à leur revendication fondée sur la Charte.

[130] Bien que deux des demandeurs aient eu accès à des avocats qui ont pu présenter des demandes de sursis en leur nom, cela ne doit pas être considéré comme une indication que de telles ressources sont facilement disponibles. Il est clair que cela a été accompli grâce à des efforts extraordinaires, qui ne seraient généralement pas accessibles à ceux qui arrivent à un

PDE terrestre. Malgré l'argument avancé par les défendeurs selon lequel il existe des garanties, celles-ci sont, à mon avis, largement hors de portée et sont donc « illusoires ».

[131] Je conclus que les dispositions législatives de l'ETPS ont une portée excessive, car la privation du droit à la liberté des rapatriés au titre de l'ETPS (leur détention aux États-Unis) n'a aucun lien avec le « mal qu'avait à l'esprit le législateur » (le partage des responsabilités relativement aux réfugiés avec un pays qui respecte les Conventions) (*Carter*, au par. 85).

g) *Le caractère totalement disproportionné*

[132] L'analyse de la disproportion totale au regard d'une disposition législative donnée ne tient pas compte des avantages de la loi pour la société. Au contraire, elle met en balance l'effet préjudiciable sur l'intéressé avec l'objet de la loi. Un effet totalement disproportionné sur une seule personne suffit (*Bedford*, au par. 121 et 122).

[133] Les défendeurs font valoir qu'il existe un certain nombre de protections contre l'effet totalement disproportionné de l'ETPS. Tout d'abord, ils soutiennent que le critère est de savoir si l'effet du droit étranger « choquerait la conscience » (*Suresh*, au par. 18). Les défendeurs soulignent également que selon l'arrêt *Burns* (au par. 36), la Cour suprême du Canada a confirmé que nous ne pouvons pas appliquer notre Charte à un État étranger. En tout état de cause, les défendeurs s'appuient sur l'arrêt *Suresh et Revell c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262 [*Revell*], pour soutenir que dans le contexte d'une mesure de renvoi, l'application de l'ETPS n'a pas de portée excessive ou disproportionnée.

[134] Comme il a été mentionné précédemment, il existe une distinction importante entre les faits des causes en matière de renvoi et les faits de la présente affaire. En l'espèce, les demandes d'asile présentées par les demandeurs n'ont pas été examinées à la lumière des faits qui leur sont propres au Canada et il n'y a jamais d'évaluation du risque pour les demandeurs. Dans les jugements portant sur des mesures de renvoi, comme *Suresh et Revell*, les tribunaux ont statué qu'il y avait eu un examen suffisant du bien-fondé des demandes et des « soupapes de sécurité » pour évaluer les demandes de protection. Les demandeurs en l'espèce – ABC, DE, FG, M^{me} Mustefa et la famille Homs/Al-Nahass – n'ont bénéficié d'aucune considération semblable de leurs demandes de protection.

[135] La question est de savoir si la preuve de l'effet de l'ETPS démontre que la privation de la Charte est « sans rapport aucun » avec les objectifs de la loi. Le témoignage de M^{me} Mustefa, et celui des dix déposants anonymes, démontre que l'emprisonnement découle automatiquement d'un constat d'irrecevabilité au titre de l'ETPS. Les demandeurs déboutés sont détenus sans égard à leur situation, à leur culpabilité morale ou à leurs actes. Ils sont souvent détenus sans libération sous caution et sans qu'il y ait de véritable processus de révision de leur détention. Si le partage des responsabilités peut être un objectif valable, il doit être soupesé en fonction de l'effet qu'il a sur la vie de ceux qui tentent de demander le statut de réfugié au Canada et qui sont renvoyés aux États-Unis au nom de « l'efficacité administrative » (*Bedford*, au par. 121). À mon avis, il est impossible de justifier l'emprisonnement dans l'intérêt de l'efficacité administrative.

[136] Les risques de détention et d'atteinte à la sécurité de la personne, qui sont facilités par l'ETPS, sont totalement disproportionnés par rapport aux avantages administratifs de l'ETPS, qui était destinée à aider le Canada et les États-Unis à partager les responsabilités relativement aux réfugiés d'une manière conforme à la Convention sur les réfugiés (*CCR 2008*, au par. 75). Selon moi, l'effet de ne pas pouvoir présenter de demande d'asile au titre de l'ETPS est totalement disproportionné et sans rapport aucun avec l'objectif de la loi (*Bedford*, au par. 120). Le partage des responsabilités ne peut être contrebalancé par l'emprisonnement ou les effets néfastes des conditions de détention cruelles et inhabituelles, l'isolement cellulaire et le risque de refoulement. À mon avis, conclure le contraire déborderait « complètement le cadre des normes reconnues dans notre société libre et démocratique » (*Bedford*, au par. 120).

[137] La disproportion totale peut être établie en fonction de l'effet sur une seule personne. À mon avis, le témoignage de M^{me} Mustefa satisfait à lui seul à ce critère et suffit à « choqu[er] la conscience ».

h) *Conclusion – Article 7*

[138] Les demandeurs ont fourni des éléments de preuve importants démontrant les risques et les défis auxquels sont confrontés les demandeurs dont la demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'ETPS lorsqu'ils sont renvoyés aux États-Unis. Bien que le système américain ait fait l'objet de nombreux débats et critiques, il n'appartient pas à la Cour de comparer les deux systèmes ni de se prononcer sur le système d'asile des États-Unis. L'accent est davantage mis en l'espèce sur les conséquences qui se produisent lorsqu'un demandeur

d'asile est renvoyé aux États-Unis au titre de l'ETPS. La preuve établit que le comportement des fonctionnaires canadiens dans l'application des dispositions de l'ETPS provoquera certaines réactions connues de la part des fonctionnaires américains. À mon avis, le risque de détention dans l'intérêt du respect [TRADUCTION] « administratif » des dispositions de l'ETPS ne peut être justifié. Le Canada ne peut pas fermer les yeux sur les conséquences dont a été victime M^{me} Mustefa dans ses efforts pour adhérer à l'ETPS. La preuve démontre clairement que les personnes renvoyées aux États-Unis par des fonctionnaires canadiens sont détenues à titre de sanction.

[139] L'imposition d'une sanction pour le simple fait d'avoir demandé le statut de réfugié n'est pas conforme à l'esprit ou à l'intention de l'ETPS ou des Conventions à l'origine de sa création.

[140] Pour ces motifs, je conclus que les demandeurs ont établi l'existence d'une violation de l'article 7 de la Charte.

La violation de l'article 7 est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?

[141] L'article premier de la Charte est libellé comme suit :

La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[142] Dans l'arrêt *R. c Nur*, 2015 CSC 15, la Cour suprême a exposé, au paragraphe 111 de ses motifs, les considérations relatives à l'article premier une fois que la violation d'un droit garanti par la Charte a été établie. L'État doit démontrer :

[...] que la loi a un objectif réel et urgent et que le moyen choisi est proportionnel à cet objectif. Une loi est proportionnelle (1) lorsqu'il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et cet objectif, (2) que le moyen choisi est de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et (3) qu'il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables de ses dispositions et leurs effets bénéfiques.

[143] Dans le cadre de l'article premier, la charge de la preuve incombe aux défendeurs et ceux-ci ont besoin d'éléments de preuve pour s'en acquitter. Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour suprême explique comme suit les considérations relatives à l'article premier (au par. 125) :

Pour les besoins de l'article premier, il faut plutôt se demander si l'effet préjudiciable sur les droits des personnes est proportionné à l'objectif urgent et réel de défense de l'intérêt public. La justification fondée sur l'objectif public prédominant constitue l'axe central de l'application de l'article premier [...]

[144] Le procureur général doit démontrer que la violation des droits individuels par une loi peut être justifiée. Je souligne ce qui suit dans l'arrêt *Bedford* :

[129] On a affirmé que la disposition qui violait un droit garanti à l'art. 7 avait peu de chances d'être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte (Renvoi sur la MVA, p. 518). L'importance des droits fondamentaux protégés par l'art. 7 appuie cette remarque. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît par ailleurs qu'il peut se présenter des situations dans lesquelles l'article premier a un rôle à jouer (voir, p. ex., l'arrêt *Malmo-Levine*, par. 96-98). On ne peut écarter la possibilité que l'État soit en mesure de démontrer que l'atteinte à un droit garanti à l'art. 7 est justifiée en vertu de l'article premier de la Charte, selon l'importance de l'objectif législatif et la nature de l'atteinte à un droit garanti par l'art. 7.

[145] Les défendeurs soutiennent que l'objectif urgent et réel de l'alinéa 101(1)e) et de l'article 102 de la LIPR, qui est le partage des responsabilités, a été atteint. Ils s'appuient sur le témoignage par affidavit de M. Badour, qui explique les défis auxquels le régime de protection des réfugiés canadien devrait faire face si le volume de demandeurs d'asile devait augmenter. Il affirme que si l'ETPS était inopérant, il serait raisonnable de supposer qu'il y aurait une augmentation du nombre de demandeurs d'asile. Selon les défendeurs, la viabilité globale du régime de protection des réfugiés est menacée s'il y a pareille augmentation. M. Badour déclare qu'il y aurait des répercussions sur l'espace nécessaire pour héberger des demandeurs d'asile et sur les délais de traitement des demandes d'immigration. M. Badour indique également que le régime serait ainsi soumis à davantage de pressions, ce qui entraînerait un accroissement des délais de traitement et des coûts connexes. Selon les défendeurs, cela fait pencher la balance en faveur du gouvernement (*Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, aux par. 65-72).

[146] Les défendeurs font également valoir que, bien que les demandeurs d'asile déboutés soient détenus aux États-Unis, il existe une procédure de contrôle des motifs de la détention équitable. Ils soulignent le fait que M^{me} Mustefa a finalement été libérée, tout comme huit des neuf déposants anonymes détenus. À mon avis, le fait que les détenus aient été libérés ne prouve pas qu'il existe une procédure de contrôle équitable. Par ailleurs, le fait de laisser entendre que ceux qui sont emprisonnés seront ultimement libérés ne constitue pas une preuve suffisante d'une atteinte minimale.

[147] L'argument le plus solide avancé par les défendeurs pour justifier l'ETPS est la viabilité du régime de protection des réfugiés au Canada si le nombre de demandeurs d'asile devait augmenter. Toutefois, je suis d'avis que les éléments de preuve présentés par les défendeurs sur ce point sont peu convaincants. Dans le passé, le Canada a fait preuve de souplesse pour s'adapter aux variations du nombre de réfugiés en fonction des besoins. Ayant constaté que l'application de l'ETPS entraîne la violation de droits garantis par l'article 7 de la Charte, je ne vois aucune raison logique de continuer à permettre l'application des dispositions de l'ETPS à cette catégorie étroite de demandeurs d'asile, alors que la preuve révèle qu'ils seront emprisonnés à leur retour aux États-Unis.

[148] Le traitement de cette catégorie étroite de demandeurs d'asile qui arrivent des États-Unis à un PDE terrestre par rapport à d'autres qui arrivent des États-Unis, mais qui bénéficient des exceptions prévues par l'ETPS, est difficile à concilier (*Kreishan*, au par. 71). Bien qu'il ait pu y avoir des motifs justifiables en 2004, lorsque l'ETPS a été adoptée, il n'est pas établi que cette [TRADUCTION] « exclusion » réponde à un quelconque objectif justifiable à l'heure actuelle.

[149] Les défendeurs n'ont pas produit suffisamment d'éléments de preuve pour s'acquitter du fardeau de justification imposé par l'article premier, car l'atteinte aux droits des demandeurs d'asile par l'ETPS est plus que minimale et les effets préjudiciables (détention et menaces à la sécurité de la personne) ne sont pas proportionnels aux effets bénéfiques (efficacité administrative).

[150] Je conclus que les défendeurs ne se sont pas acquittés du fardeau de la preuve qui leur incombait au titre de l'article premier.

L'ETPS viole-t-elle l'article 15 de la Charte?

[151] Outre la contestation fondée sur l'article 7 de la Charte, les demandeurs soutiennent également que, même si l'ETPS s'applique à tous, elle viole l'article 15 de la Charte parce qu'elle a des répercussions disproportionnées sur les femmes. Les demandeurs allèguent que cela est dû à l'effet du droit américain en matière d'asile et aux demandes présentées à titre de [TRADUCTION] « groupe social particulier » où la plupart des demandes sont faites en fonction du sexe. Ils s'appuient sur les témoignages de M^{me} Anker et de M^{me} Musalo, qui expliquent les développements récents en matière de droit d'asile aux États-Unis concernant la catégorie [TRADUCTION] « groupe social particulier », en particulier les nouvelles restrictions qui sont apparues par suite de l'affaire *Matter of A-B*.

[152] M^{me} Anker explique dans son affidavit du 26 juin 2018 que l'affaire *Matter of A-B* a redéfini la doctrine des acteurs non étatiques aux États-Unis de manière à la rendre plus restrictive. Dans cette décision, le procureur général a limité l'application de la doctrine des acteurs non étatiques aux [TRADUCTION] « circonstances exceptionnelles » dans lesquelles l'État [TRADUCTION] « tolère la conduite et lorsque les "actes des persécuteurs peuvent être attribués" à l'État » (par. 10 de l'affidavit du 26 juin 2018 de M^{me} Anker; *Matter of A-B* 22 I&N 318 (A.G. 2018) p. 317). M^{me} Anker affirme au paragraphe 8 de son affidavit de juin 2018 que cette exigence différente est une dérogation au [TRADUCTION] « principe fondamental du

droit des réfugiés selon lequel l'absence de protection de l'État sera constatée lorsque l'État ne veut pas ou ne peut pas, malgré sa volonté, fournir une protection contre des préjudices graves causés par un acteur non étatique ». Les demandeurs font valoir que cette décision, en plus d'autres facteurs préexistants, comme la définition restrictive de [TRADUCTION] « groupe social particulier » au sens du droit américain, augmente le risque de refoulement pour ceux qui présentent des demandes au titre de cette catégorie.

[153] Les demandeurs font également valoir que le délai de prescription d'un an aux États-Unis a une incidence disproportionnée sur les femmes, étant donné qu'il arrive souvent qu'elles ne soient pas en mesure de respecter ce délai en raison de la nature de leurs demandes. Ils soutiennent que compte tenu de la nature de la persécution dont elles sont victimes, les femmes sont moins susceptibles de révéler les actes de persécution dans le délai d'un an, en raison des normes sociales de leur pays d'origine où pareils actes sont considérés comme des questions privées et/ou familiales.

[154] Comme j'ai conclu que l'ETPS viole l'article 7 de la Charte, je décline de répondre à la contestation fondée sur l'article 15 de la Charte (*Carter*, au par. 93).

La Cour devrait-elle refuser d'examiner la demande de M^{me} Mustefa?

[155] Les défendeurs font valoir que M^{me} Mustefa n'a pas une [TRADUCTION] « conduite irréprochable » parce qu'elle a commis une [TRADUCTION] « inconduite grave » au moment où

elle a présenté sa demande d'asile et que la Cour devrait donc refuser d'examiner sa demande de contrôle judiciaire.

[156] Lorsqu'elle est arrivée au PDE, M^{me} Mustefa a déclaré qu'elle pouvait bénéficier d'une exception au titre de l'ETPS en application du sous-alinéa 159.5)b)(ii) du Règlement parce qu'elle avait de la famille au Canada. M^{me} Mustefa a d'abord inscrit deux hommes comme ses oncles sur les formulaires qu'elle a présentés. Toutefois, ces hommes étaient en fait les cousins de M^{me} Mustefa, et non pas ses oncles. Elle a ensuite désigné son véritable oncle, M. Mustefa, comme étant un membre de la famille prêt à aider. À ce moment, M. Mustefa ne résidait pas au Canada, mais il était présent au Canada lorsque M^{me} Mustefa a tenté de présenter une demande d'asile; c'est lui qui l'a conduit à la frontière.

[157] Lorsqu'elle a été interrogée à ce sujet, M^{me} Mustefa a dit qu'elle utilise le terme « oncle » pour s'adresser à des parents masculins plus âgés en signe de respect. À la lumière de cette information, en désignant ses cousins comme membres de sa famille prêts à l'aider, je ne pense pas qu'elle ait eu l'intention de tromper l'agent de l'ASFC ou qu'elle ait commis une inconduite grave. Par ailleurs, l'ASFC n'a constaté aucune inconduite de sa part. En conséquence, j'accepte son témoignage.

[158] En tout état de cause, comme j'ai conclu à une violation de l'article 7 de la Charte, j'accueille sa demande de contrôle judiciaire sur cette base.

XI. QUESTIONS CERTIFIÉES

[159] Les parties proposent conjointement les questions suivantes à la certification :

1. La désignation des États-Unis d'Amérique comme « tiers pays sûr » au titre de l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* est-elle *ultra vires* de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?
2. L'effet combiné de l'alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et de l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* entraîne-t-il une ou plusieurs violations du paragraphe 15(1) et/ou de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et, dans l'affirmative, cette violation ou ces violations sont-elles justifiées au regard de l'article premier de la Charte?

[160] Dans les circonstances, je suis convaincu que ces questions satisfont au critère de l'arrêt *Lunyamila c Canada (Sécurité publique et protection civile)*, 2018 CAF 22, exposés au paragraphe 46.

[161] Je certifie donc les deux questions.

XII. CONCLUSION

[162] Pour les motifs exposés précédemment, je conclus que les dispositions édictant l'ETPS violent les droits garantis par l'article 7 de la Charte. J'ai également conclu que cette violation

n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la Charte. En conséquence, l'alinéa 101(1)e) de la LIPR et l'article 159.3 du Règlement sont inopérants en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car ils violent l'article 7 de la Charte.

[163] Afin de permettre au législateur de répondre, je suspends la présente déclaration d'invalidité pour une période de six mois à compter de la date de la présente décision.

[164] Comme il n'y a pas eu de demande quant aux dépens, je n'en adjugerai aucuns.

JUGEMENT dans les dossiers IMM-2977-17, IMM-2229-17 et IMM-775-17

LA COUR STATUE que :

1. Les demandes de contrôle judiciaire sont accueillies.
2. L'alinéa 101(1)e) de la LIPR et l'article 159.3 du Règlement sont inopérants en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car ils violent l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
3. Cette déclaration d'invalidité est suspendue pour une période de six mois à compter de la date de la présente décision.
4. Les questions suivantes sont certifiées :
 - 1) La désignation des États-Unis d'Amérique comme « tiers pays sûr » au titre de l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* est-elle *ultra vires* de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

- 2) L'effet combiné de l'alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et de l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* entraîne-t-il une ou plusieurs violations du paragraphe 15(1) et/ou de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et, dans l'affirmative, cette violation ou ces violations sont-elles justifiées au regard de l'article premier de la Charte?
5. Aucuns dépens ne sont adjugés.

« Ann Marie McDonald »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIERS : IMM-2977-17
LE CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS ET
AL c MIRC ET AL

IMM-2229-17
NEDIRA JEMAL MUSTEFA c MIRC ET AL

IMM-775-17
MOHAMMAD MAJD MAHER HOMSI ET AL v
MIRC ET AL

LIEU DE L'AUDIENCE : TORONTO (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : DU 4 AU 8 NOVEMBRE 2019

JUGEMENT ET MOTIFS : LA JUGE MCDONALD

**DATE DU JUGEMENT ET
DES MOTIFS :** LE 22 JUILLET 2020

COMPARUTIONS :

Andrew Brouwer
Heather Neufeld
Michael Bossin
Leigh Salsberg
Erin Simpson
Kate Webster
Prasanna Balasundaram
Joshua Blum
Jared Will

POUR LES DEMANDEURS

Martin Anderson
David Knapp
Charles Julian Jubenville
Lucan Gregory
Laura Upans

POUR LES DÉFENDEURS

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Bureau du droit des réfugiés
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR LES DEMANDEURS
LE CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS,
AMNISTIE INTERNATIONALE ET
LE CONSEIL CANADIEN DES ÉGLISES

Downtown Legal Services
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR LES DEMANDEURS
ABC, DE, FG ET
NEDIRA JEMAL MUSTEFA

Jared Will & Associates
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR LES DEMANDEURS
MOHAMMAD MAJD MAHER HOMSI
HALA MAHER HOMSI
KARAM MAHER HOMSI
REDA YASSIN AL NAHASS

Procureur général du Canada
Ministère de la Justice du Canada
Bureau régional de l'Ontario
Toronto (Ontario)

POUR LES DÉFENDEURS