

À la croisée du chemin Roxham et de la rhétorique politique : démystifier l'Entente sur les tiers pays sûrs

Hélène Mayrand et Andrew Smith-Grégoire

Volume 48, numéro 3, 2018

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1076188ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1076188ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Mayrand, H. & Smith-Grégoire, A. (2018). À la croisée du chemin Roxham et de la rhétorique politique : démystifier l'Entente sur les tiers pays sûrs. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 48(3), 321–375.
<https://doi.org/10.7202/1076188ar>

Résumé de l'article

L'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers (*Entente sur les tiers pays sûrs*) fait l'objet de nombreuses critiques. Signé dans l'objectif de contrer la recherche du meilleur pays d'asile (asylum shopping), l'Entente sur les tiers pays sûrs empêche les demandeurs d'asile qui ont transité par les États-Unis ou le Canada de présenter une demande d'asile dans l'autre pays, sous réserve de certaines exceptions. Le fait que l'Entente sur les tiers pays sûrs ne s'applique qu'aux points d'entrée situés à une frontière terrestre a entraîné une augmentation des entrées irrégulières au Canada, en particulier depuis 2017. Dès son adoption, l'Entente sur les tiers pays sûrs a été soumise à de nombreuses contestations judiciaires. C'est dans ce contexte que les auteurs analysent sa mise en oeuvre en droit canadien et les problèmes que l'entente soulève. Ainsi, les auteurs soutiennent que cette entente est contreproductive, puisqu'elle n'encadre pas efficacement le traitement des demandes d'asile en provenance des États-Unis. De plus, ils présentent l'historique des nombreuses contestations judiciaires relevées à son sujet, dont la dernière décision de la Cour fédérale de 2020 concluant que l'Entente sur les tiers pays sûrs porte atteinte à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés.

À la croisée du chemin Roxham et de la rhétorique politique : démystifier l'Entente sur les tiers pays sûrs

par Hélène MAYRAND*
et Andrew SMITH-GRÉGOIRE**

L'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers (Entente sur les tiers pays sûrs) fait l'objet de nombreuses critiques. Signé dans l'objectif de contrer la recherche du meilleur pays d'asile (asylum shopping), l'Entente sur les tiers pays sûrs empêche les demandeurs d'asile qui ont transité par les États-Unis ou le Canada de présenter une demande d'asile dans l'autre pays, sous réserve de certaines exceptions. Le fait que l'Entente sur les tiers pays sûrs ne s'applique qu'aux points d'entrée situés à une frontière terrestre a entraîné une augmentation des entrées irrégulières au Canada, en particulier depuis 2017. Dès son adoption, l'Entente sur les tiers pays sûrs a été soumise à de nombreuses contestations judiciaires. C'est dans ce contexte que les auteurs analysent sa mise en œuvre en droit canadien et les problèmes que l'entente soulève. Ainsi, les auteurs soutiennent que cette entente est contreproductive, puisqu'elle n'encadre pas efficacement le traitement des demandes d'asile en provenance des États-Unis. De plus, ils présentent l'historique des nombreuses contestations judiciaires relevées à son sujet, dont la dernière décision de la Cour fédérale de 2020 concluant que l'Entente sur les tiers pays sûrs porte atteinte à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés.

* Professeure agrégée, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

** Avocat, Aide juridique Abitibi-Témiscamingue.

The Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for cooperation in the examination of refugee status claims from nationals of third countries (Safe Third Country Agreement) has been subject to criticism since its adoption. Aimed at addressing asylum shopping, the agreement prevents asylum seekers, who have transited through one country, from applying for asylum in the other, subject to certain exceptions. The fact that the agreement applies only to land border ports of entry has led to an increase in irregular entries into Canada, particularly since 2017. The agreement has been the subject of numerous legal challenges. Against this backdrop, the authors analyze the implementation of the agreement in Canadian law and the issues it raises. They argue that the agreement is counterproductive, as it fails to effectively promote the orderly processing of refugee claims from the United States. They also examine the historical background of the numerous legal challenges to the agreement, including the latest Federal Court decision of 2020 which found that the agreement violates section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOMMAIRE

Introduction	325
I. De la recherche du meilleur pays d’asile à la notion de tiers pays sûr	329
II. L’Entente sur les tiers pays sûrs	336
III. Une entente contreproductive	343
A. Hausse de ressources requises pour appliquer l’Entente sur les tiers pays sûrs.....	344
B. Tentatives de pallier une entente contreproductive	348
IV. Les États-Unis : un tiers pays sûr?	352
A. Historique des contestations judiciaires.....	352
i. <i>Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) (1^{re} instance 1989)</i>	353
ii. <i>Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (CF 2007)</i>	354
iii. <i>Canada c. Conseil canadien pour les réfugiés (CAF 2008)</i>	358
B. Nouvelle contestation : <i>Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (CF 2020)</i>	361
i. Arguments de droit administratif.....	362
ii. Arguments constitutionnels en vertu de l’article 7 de la Charte.....	363
iii. Arguments constitutionnels en vertu de l’article 15 de la Charte.....	370
Conclusion	372

Introduction

L'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers (Entente sur les tiers pays sûrs)¹, suscite l'ire de plusieurs depuis son entrée en vigueur. Il fait l'objet de contestations, certains proposant sa suspension² ou encore attaquant la légalité de la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr³. Cet accord empêche les demandeurs d'asile qui ont transité par les États-Unis ou le Canada de présenter une demande d'asile dans l'autre pays lorsqu'ils arrivent à un point d'entrée situé à une frontière terrestre, sous réserve de certaines exceptions.

¹ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers*, 5 décembre 2002, R.T.C., (entré en vigueur au Canada le 29 décembre 2004) (ci-après « Entente sur les tiers pays sûrs »).

² Par exemple : BLOC QUÉBÉCOIS, *Plateforme politique du Bloc québécois*, (2019), en ligne : <https://www.blocquebecois.org/wp-content/uploads/2019/10/Plateforme_Bloc2019_web-1.pdf>, p. 9; Texte collectif, « L'immigration "illégale" n'existe pas », *Le Devoir*, 7 mars 2017, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/493312/traversees-irregulieres-pour-revendiquer-l-asile-au-canada-l-immigration-illegale-n-existe-pas?fbclid=IwAR2DPldFk54EBDge-Ep1TxH3RNnoCBXW-Fso8z8kKv8HZmDF5k8DI5JSPT0#>>>; INSTITUT BROADBENT, « Petition : Suspend Safe Third Country Agreement with the United States », en ligne : <https://www.broadbentinstitute.ca/petition_suspend_safe_third_country_agreement_with_the_united_states>.

³ *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 534 (CAF); *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236 (ci-après « *Conseil canadien des Églises (CSC)* »); *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2007 CF 1262 (ci-après « *Conseil canadien pour les réfugiés (CF 2007)* »); *Canada c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2008 CAF 229 (autorisation d'appel rejetée, C.S.C. 2009-02-05, 32820) (ci-après « *Conseil canadien pour les réfugiés (CAF 2008)* »); *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada, Applicants' Further Memorandum of Fact and Law*, IMM-2977-17/IMM-775-17/IMM-2229-17 (CF); *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 770 (ci-après « *Conseil canadien pour les réfugiés (CF 2020)* »).

Depuis 2017, le Canada a vu le nombre de demandeurs d'asile venant des États-Unis, son unique voisin avec qui il partage une frontière terrestre, augmenter de façon considérable, en particulier à la suite de l'élection du président Donald Trump. Afin de ne pas être soumis à l'Entente sur les tiers pays sûrs et dans le but de pouvoir déposer une demande d'asile au Canada, plusieurs ont choisi d'emprunter des routes secondaires, comme le désormais célèbre chemin Roxham au Québec, où se concentrent les entrées irrégulières au pays⁴. C'est ainsi que du début de l'augmentation significative des entrées irrégulières en février 2017 jusqu'à la fermeture de la frontière canado-américaine en mars 2020, résultant de la pandémie de la COVID-19, 58 255 personnes sont entrées au Canada de façon irrégulière⁵.

Quoique certains aient pu le laisser entendre⁶, ce mouvement migratoire n'est pas clandestin, puisque les personnes en question se présentent immédiatement aux agents de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) à leur arrivée au Canada. Ces derniers les attendent à la frontière; une fois en sol canadien, les demandeurs d'asile suivent le même processus de demande d'asile que ceux qui se présentent à un point d'entrée officiel et dont la demande n'est pas irrecevable en raison de l'Entente sur les tiers pays sûrs⁷. De plus, les passages irréguliers ne sont pas illégaux. En effet,

⁴ En 2018, 96 % des demandeurs d'asile entrés irrégulièrement au pays sont passés par le chemin Roxham : LA PRESSE CANADIENNE, « Le chemin Roxham est un choix populaire chez les demandeurs d'asile "irréguliers" », *Le Droit*, 14 mai 2018, en ligne : <<https://www.ledroit.com/actualites/le-chemin-roxham-est-un-choix-populaire-chez-les-demandeurs-dasile-irreguliers-216b84a3bde21b3f2748a9f86aed45e5>>.

⁵ COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, *Statistiques relatives aux personnes arrivées à la suite d'un passage irrégulier à la frontière*, 2020, en ligne : <<https://irb-cisr.gc.ca/fr/statistiques/Pages/Statistiques-relatives.aspx>> (à jour au 9 septembre 2020).

⁶ Voir, par exemple, les déclarations du chef du Parti conservateur du Canada, Andrew Scheer : Jean-François MORISSETTE, « Andrew Scheer veut s'attaquer à l'immigration clandestine au Canada », *Radio-Canada*, 28 mai 2019, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1172342/andrew-scheer-immigration-illegale-canada-entente-pays-tiers-surs>>.

⁷ Tous les actes de procédure sont les mêmes et prévus par la loi; voir : GOUVERNEMENT DU CANADA, *Demander l'asile : toutes les lois sont appliquées*

la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)⁸ précise que les demandeurs d'asile ne peuvent être accusés d'une infraction liée à leur entrée irrégulière, par exemple du fait de ne pas détenir les documents et les autorisations pour entrer au Canada ou encore de ne pas s'être présentés à un point d'entrée officiel⁹. La position du Canada s'appuie sur l'obligation enchâssée dans la *Convention relative au statut des réfugiés* selon laquelle les États ne peuvent imposer de sanctions pénales aux réfugiés en raison de leur entrée irrégulière dans le pays d'accueil¹⁰. Finalement, il est important de noter que les personnes arrivant des États-Unis qui évitent l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs et qui peuvent ainsi déposer leur demande d'asile au Canada ne sont pas pour autant de « faux réfugiés », contrairement à ce que d'aucuns prétendent¹¹. Par exemple, le taux d'acceptation des demandes d'asile déposées à la suite d'un passage irrégulier au Canada est légèrement inférieur à celui des autres demandes d'asile faites

et le processus est suivi rigoureusement, 1 mai 2019, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/campagnes/passage-irreguliers-frontiere-asile/aucun-sejour-automatique.html>>; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, par. 5 (ci-après « affaire *Kreishan* »).

⁸ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 (ci-après « LIPR »).

⁹ *Id.*, art. 133; voir aussi à ce sujet : Guy GENDRON, « Les migrants empruntant le chemin Roxham pour entrer au Canada sont-ils des “illégaux” ? », *Radio-Canada*, 17 octobre 2019, en ligne : <<https://cbc.radio-canada.ca/fr/ombudsman/revisions/2019-10-09>>; de façon plus générale, voir Louise ARBOUR, « Immigrants illégaux, un terme à proscrire », *Le Devoir*, 14 août 2017, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/505624/immigrants-illegaux-un-terme-a-proscrire?fbclid=IwAR3oSjQDAD2hT4A4O96Q2o1JBCnb2Kbd-qmlJviC9mehcUAY4iywfjQocU>>.

¹⁰ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 2545, art. 31 : le principe est plus restreint cependant que ce que la LIPR prévoit, car il s'applique aux réfugiés qui arrivent « directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée »; James C. HATHAWAY et Michelle FOSTER, *The Law of Refugee Status*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 29.

¹¹ Voir, par exemple, Christian LEUPRECHT, « The End of the (Roxham Road), Seeking Coherence on Canada's Border-migration Compact », *Macdonald-Laurier Institute*, décembre 2019, p. 4, en ligne : <https://macdonaldlaurier.ca/files/pdf/20191108_MLI_ROXHAM_ROAD_Leuprecht_PAPER_FWeb.pdf?mc_cid=f0bfa4676f&mc_eid=38a00fb976>.

aux points d'entrée officiels, soit 46 % pour 2018 (comparativement à 55 %) et 50 % pour 2019 (comparativement à 59 %) ¹².

Dans ce contexte hautement politisé et judiciairisé, nous voulons apporter un éclairage sur l'Entente sur les tiers pays sûrs. Pour ce faire, nous la contextualiserons en premier lieu à la lumière de la notion de recherche du meilleur pays d'asile (*asylum shopping*) ¹³ et du développement du concept de tiers pays sûr. En deuxième lieu, nous expliquerons sa mise en œuvre en droit canadien puis nous examinerons les enjeux qui y sont liés. En troisième lieu, nous exposerons la raison pour laquelle cette entente ne permet pas d'atteindre l'un de ses objectifs qui consiste à favoriser un traitement ordonné des demandes d'asile, mais entraîne plutôt un fardeau important pour le Canada qui doit mettre en place des ressources additionnelles afin de faire face aux entrées irrégulières. En quatrième et dernier lieu, nous présenterons les nombreuses contestations judiciaires menées en vue d'invalider la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr, dont la dernière décision de juillet 2020 de la Cour fédérale dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (CF 2020) qui conclut que la mise en œuvre de l'Entente sur les tiers pays sûrs viole l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ¹⁴. Quoique notre article se concentre davantage sur la période avant

¹² Pour les passages irréguliers, on compte 3 307 demandes accueillies sur 7 134 demandes traitées en 2018 et 7 792 demandes accueillies sur 15 561 demandes traitées en 2019 : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, préc., note 5; pour toutes les demandes d'asile traitées en 2018, 14 790 demandes ont été accueillies sur 26 805 : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, « Demandes d'asile par pays présenté comme pays de persécution – 2018 », en ligne : <<https://irb-cisr.gc.ca/fr/statistiques/asile/Pages/SPRStat2018.aspx>>; pour toutes les demandes d'asile traitées en 2019, on dénombre 25 034 demandes accueillies sur 42 491 : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, « Demandes d'asile par pays présenté comme pays de persécution – 2019 », en ligne : <<https://irb-cisr.gc.ca/fr/statistiques/asile/Pages/SPRStat2019.aspx>>.

¹³ *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Zeng*, 2010 CAF 118, par. 1 (ci-après « affaire Zeng »).

¹⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « Charte »); *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020), préc., note 3.

la pandémie de la COVID-19, il tient compte des récents développements concernant la fermeture de la frontière canado-américaine en mars 2020 ainsi que des pratiques américaines de refoulement des demandeurs d'asile dans ce contexte.

I. De la recherche du meilleur pays d'asile à la notion de tiers pays sûr

La recherche du meilleur pays d'asile (*asylum shopping*) désigne deux situations différentes : la présentation d'une demande d'asile dans un autre pays que celui où une personne a obtenu les attributs relatifs à la citoyenneté et où elle ne craint pas la persécution ; et le transit à travers un pays considéré comme sécuritaire sans y déposer une demande d'asile afin de le faire dans un autre pays¹⁵. Ces mouvements migratoires sont motivés par l'existence de conditions plus favorables dans certains pays, eu égard notamment aux processus de demande d'asile, à l'accès à l'éducation et aux services sociaux, aux possibilités d'emploi, à la langue, à la présence de membres de la famille, etc.¹⁶ De tels mouvements sont considérés comme irréguliers lorsqu'ils impliquent l'entrée dans le pays sans les autorisations ou documents nécessaires, par exemple par l'usage de faux documents¹⁷.

Le phénomène de la recherche du meilleur pays d'asile n'est pas nouveau. Son statut de problème à résoudre a fait son apparition au cours des années 80, alors que plusieurs pays d'accueil de réfugiés ont vu une augmentation des demandes formulées à l'intérieur de leurs frontières par des demandeurs d'asile s'étant déplacés jusqu'au pays d'accueil¹⁸. En 1980,

¹⁵ COMITÉ EXÉCUTIF DU PROGRAMME DU HAUT-COMMISSAIRE, *Problème des réfugiés et des demandeurs d'asile se déplaçant de façon irrégulière d'un pays où ils ont déjà trouvé une protection*, Conclusion n° 58 (XL), Doc. off. ExCom, 40^e sess., Doc. N.U. 12A (A/44/12/Add.1), (1989) (ci-après « Conclusion n° 58 (XL) »).

¹⁶ Ségolène BARBOU DES PLACES et Hélène OGER, « Making the European Migration Regime: Decoding Member States' Legal Strategies », (2004) 6-4 *Eur. J. Migr. Law* 353, 369.

¹⁷ Conclusion n° 58 (XL), préc., note 15.

¹⁸ David A. MARTIN, « The New Asylum Seekers », dans David A. MARTIN (dir.), *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980s. The Ninth Sokol Colloquium*

en l'espace de quelque mois seulement, les États-Unis ont reçu 125 000 demandeurs d'asile venant de Cuba, alors que leur nombre total atteignait des sommets¹⁹. Parallèlement, l'Europe de l'Ouest enregistrerait 158 000 demandes d'asile faites à l'intérieur de ses frontières, alors que seules 20 000 demandes avaient été recensées en 1976²⁰. À l'époque des premières manifestations de la recherche du meilleur pays d'asile et dans l'objectif de ralentir l'afflux important de demandeurs d'asile et de réfugiés vers les pays présentant les meilleurs systèmes d'accueil des réfugiés, une sorte de concurrence a commencé à s'installer entre les différents pays d'Europe où les États ont cherché à rendre leurs conditions d'accueil moins bonnes que celles de leurs voisins afin que les réfugiés choisissent de s'établir par-delà leurs frontières²¹.

Les demandes d'asile formulées à l'intérieur des frontières d'un pays d'accueil revêtent un caractère particulier : elles lient les États en étant destinataires puisqu'ils ont l'obligation, selon le principe de non-refoulement de l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés*, d'en faire un examen avant de décider de renvoyer ou d'accueillir un demandeur d'asile. Au contraire des programmes de réinstallation qui permettent aux pays d'accueil de sélectionner les réfugiés qui se trouvent à l'étranger et hors de leur pays d'origine²², les demandes d'asile faites dans le pays d'accueil obligent les États à déployer immédiatement des ressources afin d'offrir aux réfugiés les services auxquels ils ont droit²³. Ces demandes faites à l'intérieur des pays d'accueil limitent ainsi le contrôle de ces derniers sur leurs politiques migratoires, car elles ne permettent pas la sélection préalable des réfugiés ou encore l'instauration de quotas²⁴. Le

on International Law, Dordrecht, Springer Netherlands, 1988, p. 1, à la p. 6; S. BARBOU DES PLACES et H. OGER, préc., note 16.

¹⁹ D. MARTIN, préc., note 18, p. 6.

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*, p. 4; S. BARBOU DES PLACES et H. OGER, préc., note 16, p. 369.

²² Sur le Programme de réinstallation dans le contexte canadien, voir Shauna LABMAN, *Crossing Law's Border: Canada's Refugee Resettlement Program*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2019.

²³ Voir les droits prévus dans la *Convention relative au statut des réfugiés*, préc., note 10.

²⁴ D. MARTIN, préc., note 18, p. 6.

Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) précise que ces déplacements secondaires irréguliers à partir d'un pays où un réfugié a trouvé protection entraînent un effet déstabilisant sur les efforts internationaux structurés afin de trouver des solutions appropriées pour les réfugiés²⁵.

C'est dans ce contexte du phénomène de l'augmentation des migrations entre les pays d'accueil et du nivellement par le bas des conditions d'accueil, en particulier en Europe, que le HCR a adopté en 1989 la Conclusion n° 58 (XL) concernant le *Problème des réfugiés et des demandeurs d'asile se déplaçant de façon irrégulière d'un pays où ils ont déjà trouvé une protection*²⁶. Cette conclusion a jeté les bases du concept de tiers pays sûr et de l'adoption d'accords le mettant en œuvre. En effet, elle reconnaît que les demandeurs d'asile et les réfugiés ayant trouvé protection dans un pays ne devraient normalement pas se déplacer de façon irrégulière dans le but de trouver une solution durable dans un autre pays²⁷. Lorsqu'ils agissent de cette façon, le HCR mentionne qu'ils peuvent être retournés dans le premier pays où ils ont trouvé refuge si, dans ce pays, les demandeurs d'asile et les réfugiés sont protégés contre le refoulement et qu'ils peuvent y demeurer dans le respect des standards minimaux de droits de la personne jusqu'à ce qu'une solution durable soit trouvée. Le HCR souligne également que les déplacements irréguliers peuvent être encadrés de façon efficace par voie d'actions concertées entre pays, en consultation avec ses propres instances²⁸.

La position du HCR exprimée dans la Conclusion n° 58 (XL) a servi d'appui aux concepts de tiers pays sûr et de pays de premier asile comme façon de répondre aux migrations irrégulières des demandeurs d'asile et des réfugiés. Le concept de tiers pays sûr se distingue de celui de pays de premier asile. Celui-ci est le premier pays atteint par un demandeur d'asile fuyant des persécutions et où il a reçu ou aurait pu recevoir la protection

²⁵ Conclusion n° 58 (XL), préc., note 15.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*, par. e).

²⁸ *Id.*, par. c).

nécessaire²⁹. Le concept de tiers pays sûr s'avère plus englobant, car il fait référence à la fois au premier pays d'asile et à un autre pays par lequel le demandeur d'asile a transité, et même potentiellement à un pays dit sécuritaire dans lequel le demandeur d'asile n'a jamais mis les pieds³⁰. Ainsi, la notion de tiers pays sûr inclut celle de premier pays d'asile, mais un tiers pays sûr n'est pas nécessairement le premier pays d'asile³¹. Nous nous concentrerons dans notre article sur la notion de tiers pays sûr qui, par exemple, permet au Canada de retourner des demandeurs d'asile guatémaltèques aux États-Unis (tiers pays sûr), même si ceux-ci ont d'abord transité par le Mexique (pays de premier asile) avant de trouver refuge aux États-Unis.

Les États s'appuient sur le droit international pour justifier le concept de tiers pays sûr, en particulier sur le principe de non-refoulement. Enchâssé dans l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés*, ce principe prohibe l'expulsion directe ou indirecte d'un réfugié **seulement** dans un pays où le réfugié risque d'être persécuté pour l'un des motifs de cette convention. *A contrario*, il permet l'expulsion vers un autre pays dit sûr³². L'autre obligation de non-refoulement reconnue en droit international, soit celle de l'article 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*³³ s'applique de façon similaire. Cette convention interdit effectivement l'expulsion, le refoulement ou l'extradition seulement vers un État dans lequel une personne serait à risque d'être soumise à la torture. Contrairement au principe de non-refoulement de la *Convention relative au statut des réfugiés*, il n'y a aucune exception à cette obligation.

²⁹ Savitri TAYLOR, « Protection Elsewhere/Nowhere », (2006) 18-2 *Int. J. Refug. Law*. 283, 289.

³⁰ *Id.*, 309. Nous rapportons ici l'interprétation préconisée par l'Australie dans sa politique migratoire, bien que la légalité du transfert d'un migrant vers un pays avec lequel il n'a aucun lien soit, au mieux, douteuse.

³¹ María-Teresa GIL-BAZO, « The Safe Third Country Concept in International Agreements on Refugee Protection », (2015) 33-1 *Neth. Q. of Hum. Rights* 42.

³² *Id.*, p. 44; S. TAYLOR, préc., note 29, 287.

³³ *Convention de l'ONU contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Rés. 39/46, Doc. Off. A.G. N.U., 39^e session, Doc. N.U. A/39/708 (1984) (ci-après « Convention contre la torture »).

Le droit international prévient également une partie du phénomène de la recherche du meilleur pays d'asile par la clause d'exclusion de l'article 1 E) de la *Convention relative au statut des réfugiés*³⁴. Celle-ci fait en sorte qu'un réfugié ayant établi sa résidence dans un pays d'accueil dans lequel il possède « les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays » se verra exclu de la protection d'un autre pays d'accueil³⁵. Cependant, les États ne peuvent exclure selon cette disposition les demandeurs d'asile transitant par un pays pour se rendre à un autre plus attrayant, car ils n'y ont pas établi leur résidence³⁶. Ainsi, la clause d'exclusion vise les personnes qui ont un statut de citoyens *de facto* : puisque c'est une disposition d'exception, les conditions d'application de cet article sont exhaustives³⁷.

Malgré l'élaboration du concept de tiers pays sûr, sa définition concrète est sujette à débats³⁸. Le courant prédominant en droit international fait de la protection effective la caractéristique essentielle d'un tiers pays sûr. Tel est le critère préconisé par le HCR lorsqu'il fait référence au renvoi des migrants vers un autre État³⁹. La définition de ce que constitue une protection effective en droit international n'est pas clairement arrêtée, mais

³⁴ Voir l'affaire *Zeng*, préc., note 13.

³⁵ *Id.* Pour des exemples d'application de la clause d'exclusion dans le contexte canadien, voir : *Fleurisca c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2019 CF 810; *Milfort-Laguere c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2019 CF 1361; *Augustin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2019 CF 1232. Voir aussi : HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *UNHCR Note on the Interpretation of Article 1E of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, (2004), en ligne : <<https://www.refworld.org/pd/fid/49c3a3d12.pdf>>.

³⁶ HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, préc., note 35, 2-3.

³⁷ J. HATHAWAY et M. FOSTER, préc., note 10, 500-509.

³⁸ S. TAYLOR, préc., note 29, 289.

³⁹ *Id.*; HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *An Overview of Protection Issues in Europe: Legislative Trends and Positions Taken by UNHCR*, (1995), p. 23, en ligne : <<https://www.unhcr.org/publications/euroseries/46e65e1e2/overview-protection-issues-europe-legislative-trends-positions-taken-unhcr.html>>.

la doctrine a mis en évidence certaines conditions fondées sur les directives du HCR⁴⁰. Pour être reconnu comme un pays tiers sûr, un État doit donc :

- consentir à la réadmission du demandeur d'asile;
- ne pas constituer un État persécuteur pour le demandeur;
- offrir des garanties pour assurer le respect des droits de la *Convention relative au statut des réfugiés* et de la Convention contre la torture;
- respecter les droits de la personne internationaux et régionaux;
- offrir des garanties que le demandeur d'asile pourra présenter sa demande selon une procédure juste et équitable, en tenant compte notamment de ses vulnérabilités spécifiques et, dans le contexte canadien, de l'accès à l'aide juridique et à la représentation par avocat;
- être partie à la *Convention relative au statut des réfugiés* ainsi qu'au *Protocole relatif au statut des réfugiés*⁴¹;
- offrir une solution durable au réfugié⁴².

Le transfert vers un pays tiers sûr ne doit pas conduire à un refoulement indirect ou « à la chaîne », en vertu duquel un pays renvoie un demandeur d'asile vers un pays tiers, ce dernier le retournant dans son pays d'origine où il risque d'être persécuté⁴³.

Pour contrer la recherche du meilleur pays d'asile et mettre en œuvre le concept de tiers pays sûr à la suite de la Conclusion n° 58 (XL) du HCR,

⁴⁰ S. TAYLOR, préc., note 29; Stephen H. LEGOMSKI, « Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection », (2003) 15-4 *Int. J. Refug. Law.* 567, 573; Isaac A. BINKOVITZ, « State Practice with Respect to the Safe Third Country Concept: Criteria for Determining that a State Offers Effective Protection for Asylum Seekers and Refugees », (2018) 50-3 *George. Wash. Int. Law Rev.* 581.

⁴¹ SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DES NATIONS UNIES, *Protocole relatif au statut des réfugiés*, Rés. 2198 (XXI), Doc. Off. A.G. N.U., 21^e session, Doc. N.U. A/6586 (1966).

⁴² I. BINKOVITZ, préc., note 40, 584; St.H. LEGOMSKI, préc., note 40.

⁴³ I. BINKOVITZ, préc., note 40, 618.

les pays se sont tournés vers l'adoption de mesures multilatérales, bilatérales ou encore unilatérales⁴⁴. La logique derrière l'adoption de ces accords et lois repose sur la prémisse qu'un réfugié est en mesure de bénéficier d'une protection équivalente à celle du pays d'accueil dans le tiers pays sûr⁴⁵. Les accords sur les tiers pays sûrs, multilatéraux ou bilatéraux, permettent de désigner ces pays, de faciliter le renvoi des demandeurs d'asile inadmissibles et de partager entre les États la responsabilité de l'examen des demandes d'asile⁴⁶. Pour répondre à la recherche du meilleur pays d'asile et aux demandes d'asile multiples, le premier accord sur les tiers pays sûrs, soit la *Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes – Convention de Dublin*⁴⁷, a été conclu en Europe en 1990 avant d'entrer en vigueur en 1997⁴⁸. Elle établit un mécanisme détaillé pour déterminer l'État chargé d'examiner la demande d'asile. Cette convention, dont l'objet est de mettre un terme au nivellement par le bas des conditions d'accueil des demandeurs d'asile, n'a comme signataire au départ que 12 pays européens⁴⁹. De nos jours, elle s'applique à tous les pays de l'Union européenne; notons qu'elle a été révisée à deux reprises et que la dernière version est connue sous le vocable de *Règlement Dublin III*⁵⁰. Lors de l'adoption de la première version dans la Convention de Dublin, celle-ci été

⁴⁴ St.H. LEGOMSKI, préc., note 40, 575.

⁴⁵ S. TAYLOR, préc., note 29, 287-288.

⁴⁶ M.-T. GIL-BAZO, préc., note 31, 48; Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, préambule.

⁴⁷ *Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes – Convention de Dublin*, 15 juin 1990, (1997), journal officiel n° C 254 01 (ci-après « Convention de Dublin »).

⁴⁸ M.-T. GIL-BAZO, préc., note 31, 66.

⁴⁹ Convention de Dublin, préc., note 47. Ces pays sont la Belgique, le Danemark, l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, la France, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal et le Royaume-Uni.

⁵⁰ *Règlement établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride*, Règlement n° 604/2013 du Parlement Européen et du conseil, 26 juin 2013, JOUE.

accueillie favorablement par le HCR⁵¹. Certains autres États ont plutôt choisi une approche unilatérale pour mettre en œuvre le concept de tiers pays sûr dans la législation interne, comme c'est le cas pour l'Australie⁵² ou l'Afrique du Sud⁵³. Au Canada, il a fallu attendre les années 2000 pour que l'Entente sur les tiers pays sûrs voie le jour.

II. L'Entente sur les tiers pays sûrs

La notion de tiers pays sûr apparaît en droit canadien dès 1988, la loi prévoyant la possibilité pour le gouvernement canadien de désigner des tiers pays sûrs et d'y renvoyer les demandeurs d'asile ayant pu y présenter une demande⁵⁴. Le Canada reconnaissait ainsi que, « dans le cas où un réfugié aurait pu demander la protection d'un autre pays sûr, il est raisonnable et approprié de lui demander de retourner dans ce pays et de profiter de cette occasion⁵⁵ ».

La désignation d'un tiers pays sûr par le Canada se fait par voie réglementaire par le gouverneur en conseil. Comme cela a été confirmé dans l'affaire *Canada c. Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008)⁵⁶, le gouverneur en conseil doit considérer les facteurs suivants, énumérés au

⁵¹ St.H. LEGOMSKI, préc., note 40, 580; HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Note générale sur la notion de pays et sur le statut de réfugié*, 42^e sess, EC/SCP/68, (26 juillet 1991), par. 14.

⁵² S. TAYLOR, préc., note 29, 287; *Australian Migration Act*, 1958, compilation No. 140, art. 91D.

⁵³ M.-T. GIL-BAZO, préc., note 31, 52; *2011 Immigration Amendment Act (Act 13/2011)*, Republic of South Africa Government Gazette, Regulation Gazette, Vol. 587, No. 37679, 22 May 2014.

⁵⁴ *Loi modifiant la Loi sur l'Immigration de 1976 et d'autres lois en conséquence*, projet de loi n° C-55 (sanctionné – 21 juillet 1988), 2^e sess., 33^e légis. (Can.), art. 15; Sasha BAGLEY et Martin JONES, *Refugee Law*, 2^e éd., coll. « Essentials of Canadian Law », Toronto, Irwin Law, 2017, p. 14; *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), préc., note 3, par. 5.

⁵⁵ *Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés – Résumé de l'étude d'impact de la réglementation*, entré en vigueur le 29 décembre 2004 (décret), (2002) 43 Gaz. Can. II 3203, p. 3241 (ci-après « Résumé de l'étude d'impact de la réglementation »).

⁵⁶ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), préc., note 3, par. 73-78.

paragraphe 102 (2) de la LIPR, pour désigner des pays comme tiers pays sûrs :

- le fait que ces pays sont parties à la *Convention relative au statut des réfugiés* et à la Convention contre la torture;
- leurs politiques et usages en ce qui touche la revendication du statut de réfugié au sens de la *Convention relative au statut des réfugiés* et les obligations découlant de la Convention contre la torture;
- leurs antécédents en matière de respect des droits de la personne;
- 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.

Le paragraphe 102 (3) de la LIPR prévoit également que le gouverneur en conseil assurera le suivi de l'examen de ces conditions pour chacun des pays désignés⁵⁷.

Il faudra attendre le 5 décembre 2002 pour que l'Entente sur les tiers pays sûrs soit adopté; il entrera en vigueur le 29 décembre 2004⁵⁸. Comme le rappelle son préambule et conformément au concept de tiers pays sûr, l'Entente sur les tiers pays sûrs a pour objectifs de partager la responsabilité entre le Canada et les États-Unis pour le traitement des demandes d'asile, d'établir une stratégie commune afin de favoriser un traitement ordonné de celles-ci, et ce, dans le respect des droits des réfugiés, en particulier du principe de non-refoulement⁵⁹. La Cour d'appel fédérale a reconnu ces objectifs dans l'affaire *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*⁶⁰. Dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), cette cour a aussi invoqué des objectifs similaires en ce qui a trait à l'article 102 de la LIPR : « le partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile

⁵⁷ *Id.*, par. 73.

⁵⁸ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1.

⁵⁹ *Id.*; Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, préc., note 55, préambule et p. 3241-3242.

⁶⁰ Affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 4.

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 personne⁶¹ ».

Conformément à ses objectifs, l'Entente sur les tiers pays sûrs encadre le processus de recevabilité des demandes d'asile présentées tant au Canada qu'aux États-Unis. Cependant, nous adopterons ici la perspective d'un demandeur d'asile qui transite par les États-Unis et qui souhaite déposer sa demande d'asile au Canada et nous nous concentrerons sur la mise en œuvre de cet accord en droit canadien. Celle-ci a été assurée par l'adoption en 2004 des articles 159.1 à 159.7 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (RIPR)⁶², l'article 159.3 désignant les États-Unis comme tiers pays sûr.

La principale fonction de l'Entente sur les tiers pays sûrs est de rendre irrecevable, en vertu de l'alinéa 101 (1) e) de la LIPR, une demande d'asile déposée par une personne venant du pays sûr, sous réserve de certaines exceptions. En effet, cette personne doit soumettre sa demande dans le premier pays de séjour, soit, dans le cas qui nous occupe, les États-Unis⁶³. L'Entente sur les tiers pays sûrs ne s'applique cependant qu'aux **points d'entrée situés à une frontière terrestre**⁶⁴. Elle exclut donc les chemins situés en dehors des postes frontaliers officiels, tel le chemin Roxham, les ports ainsi que les aéroports sous réserve de mesures spécifiques pour la personne expulsée des États-Unis par avion qui est en transit au Canada⁶⁵. Cette application restreinte de l'accord avait pour objet

⁶¹ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), préc., note 3, par. 75.

⁶² *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (Gaz. Can. II) (ci-après « RIPR »).

⁶³ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art. 1 et 4.

⁶⁴ *Id.*, art. 4; RIPR, préc., note 62, art. 159.4. Cependant, les décrets adoptés dans le contexte de la pandémie de COVID-19 sont venus atténuer la portée de cette exception. Il en sera question plus loin dans notre article.

⁶⁵ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art. 5 b); RIPR, préc., note 62, art. 159.4 (2); dans ce dernier cas, la personne en transit au Canada après avoir été expulsée des États-Unis par avion soit poursuit le transit vers le pays tiers si sa demande d'asile a été rejetée aux États-Unis, soit doit retourner aux États-Unis pour qu'y soit examinée sa demande d'asile.

de faciliter sa mise en œuvre, en particulier pour établir que la personne vient bel et bien du pays sûr⁶⁶. Comme plusieurs l'ont souligné, cette restriction est à l'origine des passages irréguliers au Canada⁶⁷.

Certaines personnes sont exemptées de l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs et pourront ainsi déposer une demande d'asile au Canada. C'est le cas pour les citoyens américains ou apatrides ayant leur résidence habituelle aux États-Unis⁶⁸, les mineurs non accompagnés⁶⁹ et les personnes possédant un visa valide afin de pénétrer sur le territoire canadien ou ne requérant pas de visa à cet effet et ayant un visa américain⁷⁰. L'Entente sur les tiers pays sûrs ne s'applique pas non plus aux personnes ayant un membre de la famille présent au Canada, soit le conjoint de fait ou l'époux, les enfants, les parents, les sœurs et frères, les grands-parents, les petits-enfants, l'oncle, la tante, la nièce et le neveu⁷¹. Ce membre de la famille doit

⁶⁶ CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Le règlement sur les tiers pays sûrs*, Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, 2^e sess., 37^e légis., décembre 2002, p. 11.

⁶⁷ Danielle BEAUDOIN, « Cette entente qui incite à traverser irrégulièrement la frontière », *Radio-Canada*, 8 avril 2017, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1018824/entente-tiers-pays-surs-explication-debat-suspension>>; les chefs de partis politiques Andrew Scheer, Maxime Bernier et Yves-François Blanchet ont notamment signalé cette « faille » dans la loi lors de la dernière campagne électorale : Émilie DUBREUIL, « Chemin Roxham : “il n’y a plus rien à voir ici” », *Radio-Canada*, 18 octobre 2019, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1350521/saint-bernard-lacolle-chemin-roxham-migrants-elections>>; Aaron HUTCHINS, « Into Canada through a Loophole », *Macleans*, 1^{er} août 2018, en ligne : <<https://archive.macleans.ca/article/2018/8/1/into-canada-through-a-loophole>>.

⁶⁸ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art 2; RIPR, préc., note 62, art. 159.2.

⁶⁹ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art. 4 (2) c); RIPR, préc., note 62, art. 159.5 e).

⁷⁰ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art. 4 (2) d); RIPR, préc., note 62, art. 159.5 f) et g). Les citoyens britanniques d'outre-mer ainsi que les ressortissants des pays suivants sont actuellement visés par l'exception de l'article 159.5 g) du RIPR : Antigua-et-Barbuda, Bahamas, Barbade, Botswana, Chypre, Grèce, Malte, Namibie, Papouasie-Nouvelle-Guinée, République de Corée (sud), Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Saint-Vincent, îles Salomon, Swaziland, État indépendant du Samoa.

⁷¹ RIPR, préc., note 62, art. 159.1 (« membre de la famille »).

posséder un statut autre que celui de visiteur sur le territoire canadien, soit l'un des statuts suivants :

- citoyen canadien;
- personne protégée;
- résident permanent;
- personne en attente d'une décision concernant une demande de résidence permanente pour des motifs humanitaires et faisant l'objet d'un sursis de renvoi pour des raisons d'ordre humanitaire ou d'intérêt public;
- être âgé d'au moins 18 ans et avoir déposé une demande d'asile au Canada;
- être âgé d'au moins 18 ans et être titulaire d'un permis de travail ou d'un permis d'études valide⁷².

L'Entente sur les tiers pays sûrs prévoit également une exception fondée sur l'intérêt public permettant à l'un des deux États d'examiner une demande d'asile d'une personne qui serait normalement irrecevable⁷³. Alors que les États-Unis ont choisi une application individuelle de cette exception, en tenant compte des particularités du demandeur d'asile, le Canada a plutôt opté pour une approche réglementaire s'appliquant à tous et ne laissant aucune discrétion⁷⁴. Le gouvernement canadien a ainsi adopté une exception à l'article 159.6 du RIPR fondée sur l'intérêt public dans le cas des personnes faisant face à la peine de mort aux États-Unis ou dans d'autres pays⁷⁵. Avant 2009, une autre exception fondée sur l'intérêt public était

⁷² Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art. 4 (2); RIPR, préc., note 62, art. 159.5 a)-159.5 d).

⁷³ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art. 6.

⁷⁴ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2007), préc., note 3, par. 291-304; voir aussi : HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, « UNHCR Comments on the Proposed Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations, Relating to the Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries », en ligne : <https://ccrweb.ca/sites/ccrweb.ca/files/static-files/regula_11.html>.

⁷⁵ RIPR, préc., note 62, art. 159.6.

prévue pour les demandeurs d'asile venant de pays dont le Canada avait suspendu les renvois pour des raisons d'ordre humanitaire⁷⁶. Cette exception n'est cependant plus en vigueur.

Voici la procédure applicable pour mettre en œuvre l'Entente sur les tiers pays sûrs par les autorités canadiennes⁷⁷. Lorsqu'un demandeur d'asile se présente à un point d'entrée située à une frontière terrestre, un premier agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) détermine l'admissibilité de la personne de façon plus générale quant aux motifs d'interdiction de territoire⁷⁸, puis la recevabilité de sa demande d'asile en vertu de l'article 101 de la LIPR, y compris les exceptions prévues au RIPR. À noter qu'il appartient au demandeur d'asile sujet à se voir appliquer l'Entente sur les tiers pays sûrs de démontrer par prépondérance de preuve que cette entente ne le concerne pas⁷⁹. Une fois que l'admissibilité et la recevabilité de la demande d'asile ont été évaluées, l'agent de l'ASFC prépare un rapport circonstancié en vertu de l'article 44 de la LIPR, qu'il soumet à l'attention du délégué du ministre. Le délégué analyse le rapport en question et les notes de l'agent et effectue une autre entrevue en personne du demandeur d'asile pour confirmer ou non l'admissibilité et la recevabilité de sa demande. Quand la décision est rendue, souvent le jour même, le demandeur d'asile est informé de façon orale et par écrit. L'irrecevabilité de la demande entraîne l'interdiction de territoire, et la personne fera l'objet d'une mesure de renvoi⁸⁰. Le renvoi sera effectué par un agent d'exécution⁸¹. Une fois aux États-Unis, le demandeur d'asile peut alors déposer une demande d'asile aux États-Unis ou encore poursuivre la

⁷⁶ C'était le paragraphe 159.6 c) du RIPR, maintenant abrogé.

⁷⁷ Voir en particulier : *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, Respondents' Further Memorandum of Argument, IMM-2977-17/IMM-775-17/IMM-2229-17 (Cour fédérale), par. 18 et suiv. (ci-après « Respondents' Further Memorandum of Argument »); *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2007), préc., note 3, par. 34-36.

⁷⁸ Pour les interdictions de territoire, voir la LIPR, préc., note 8, art. 34-42.

⁷⁹ S. BAGLEY et M. JONES, préc., note 54, p. 279.

⁸⁰ LIPR, préc., note 8, art. 48-49. L'irrecevabilité selon l'article 101(1)e) de la LIPR entraîne une interdiction de territoire selon son article 41 et une mesure d'exclusion selon le sous-alinéa 228(1)(c)(iii) du RIPR.

⁸¹ Affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 124.

procédure déjà entamée s'il y avait déjà déposé une demande d'asile, y compris une procédure de renvoi si la demande avait été rejetée⁸².

Lorsque l'Entente sur les tiers pays sûrs s'applique, il n'y a que très peu de recours possibles à un demandeur d'asile pour empêcher son renvoi vers les États-Unis. Le délégué du ministre n'a pas de discrétion pour effectuer une analyse des risques liés au renvoi au moment de l'analyse de la recevabilité de la demande selon l'article 101 (1) e) de la LIPR⁸³. De plus, la procédure d'examen des risques avant renvoi (ERAR) est explicitement exclue dans ce cas⁸⁴. Certains recours restreints demeurent envisageables pour éviter le renvoi dans des cas particuliers et sujets à une décision discrétionnaire, soit une demande de permis de séjour temporaire conformément à l'article 24 de la LIPR, la levée, pour des motifs humanitaires, des critères d'irrecevabilité pour déposer une demande d'asile ou d'ERAR en vertu de l'article 25.1 de la LIPR, et l'octroi du statut de résident permanent dans l'intérêt public prévu à l'article 25.2 de la LIPR⁸⁵. Selon le paragraphe 48 (2) de la LIPR, un agent d'exécution peut également surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi, lorsqu'elle ne peut être exécutée en raison de circonstances exceptionnelles basées sur « un risque de mort, de sanctions excessives ou de traitement inhumain⁸⁶ ».

Pour contester la décision concernant l'irrecevabilité de la demande d'asile en raison de l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs, une demande en contrôle judiciaire de la décision en Cour fédérale peut être déposée sur autorisation préalable de cette cour⁸⁷. Un sursis de la mesure de

⁸² S. BAGLEY et M. JONES, préc., note 54, p. 278-279.

⁸³ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2007), préc., note 3, par. 36.

⁸⁴ LIPR, préc. note 8, art. 112 (2) b); *Kreishan*, préc., note 7, par. 16.

⁸⁵ Respondents' Further Memorandum of Argument, préc., note 77, par. 25, 27, et 74.

⁸⁶ *Id.*, par. 26, 175; *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, par. 51 (ci-après « affaire *Baron* »); *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CAF 144 (autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 2016-12-01, 37122), par. 13 (ci-après « affaire *Atawnah* »); affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 124.

⁸⁷ LIPR, préc. note 8, art. 72(1).

renvoi peut en outre être décidé par la Cour fédérale en attendant le résultat de la demande de contrôle judiciaire⁸⁸.

L'Entente sur les tiers pays sûrs prévoit des mesures pour que les parties la modifient et y mettent fin. En effet, les parties peuvent convenir de changements ou d'ajouts par écrit⁸⁹. De plus, tant le Canada que les États-Unis peuvent la suspendre sans autre formalité que celle de donner un avis écrit à l'autre partie⁹⁰. La durée de la suspension sera de trois mois et pourra être renouvelée. Il n'y a pas de limite quant au nombre de renouvellements de la période de suspension. Cette dernière peut également être décidée de concert. Les parties peuvent aussi dénoncer l'Entente sur les tiers pays sûrs et y mettre fin par avis écrit de six mois⁹¹.

III. Une entente contreproductive

Étant donné son application restreinte aux points d'entrée située à une frontière terrestre et avant la fermeture de la frontière canado-américaine en mars 2020, l'Entente sur les tiers pays sûrs a contribué de façon significative aux entrées irrégulières au Canada. La hausse des demandes d'asile résultant des passages irréguliers a engendré la mise en place de ressources additionnelles pour l'établissement d'un système parallèle, principalement au chemin Roxham, en vue d'accueillir les demandeurs d'asile et d'assurer le traitement de leur demande. Ce faisant, l'Entente sur les tiers pays sûrs ne permet pas, contrairement à ce qui est énoncé en son préambule, un traitement ordonné des demandes d'asile au Canada. Elle se révèle plutôt contreproductive, car elle entraîne des coûts considérables pour le Canada. Comme nous le verrons dans cette section, la

⁸⁸ *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm LR (2d) 123, 86 NR 302 (CAF); les critères pour octroyer le sursis sont les suivants :

- 1) il existe une question sérieuse à trancher dans la demande de contrôle judiciaire;
- 2) le demandeur subirait un préjudice irréparable s'il était renvoyé du Canada;
- 3) compte tenu de la situation des deux parties, la prépondérance des inconvénients milite en faveur de l'octroi du sursis.

⁸⁹ Entente sur les tiers pays sûrs, préc., note 1, art. 10 (4).

⁹⁰ *Id.*, art. 10 (3).

⁹¹ *Id.*, art. 10 (2).

solution n'est pas de restreindre davantage l'accès des demandeurs d'asile au territoire canadien, mais bien de mettre un terme à cette entente.

A. Hausse de ressources requises pour appliquer l'Entente sur les tiers pays sûrs

Le nombre de demandeurs d'asile a augmenté de façon significative depuis 2017. Alors que le nombre total de demandes déposées en territoire canadien était de 23 870 en 2016⁹², il a presque doublé en 2017, passant à 50 390⁹³. De ces demandes, près de la moitié proviennent de personnes entrées de façon irrégulière au Canada à partir des États-Unis, soit 20 593 demandeurs d'asile appréhendés entre les points d'entrée en 2017. En comparaison, environ 2 000 personnes qui ont déposé leurs demandes d'asile à un point d'entrée officiel au Canada ont été jugées irrecevables en 2017 en application de l'Entente sur les tiers pays sûrs⁹⁴.

Le nombre d'entrées irrégulières a baissé depuis 2017, mais il demeure tout de même élevé considérant la période précédant l'élection de Donald Trump et même celle d'avant l'entrée en vigueur de l'Entente sur les tiers pays sûrs en 2004. En effet, le nombre total de demandes d'asile est de 55 040 pour 2018 et de 64 050 pour 2019. Une proportion significative résulte des demandes d'asile déposées au Canada en dehors des points d'entrée officiels dans le but principal d'éviter l'Entente sur les tiers pays sûrs, soit 44 % des demandes d'asile pour 2018⁹⁵ et 25 % pour 2019. Selon

⁹² GOUVERNEMENT DU CANADA, *Demandes d'asile par année – 2011-2016*, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/refugies/demandes-asile/demande-asile.html>>.

⁹³ COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, préc., note 5; GOUVERNEMENT DU CANADA, *Demandes d'asile par année – 2017*, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/refugies/demandes-asile/demandes-asile-2017.html>>.

⁹⁴ A. HUTCHINS, préc., note 67, p. 47.

⁹⁵ En 2018, il y a eu 47 039 demandes : GOUVERNEMENT DU CANADA, *Demandes d'asile par année – 2018*, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/refugies/demandes-asile/demandes-asile-2018.html>>; au total, 20 603 de ces demandes ont été faites par des personnes qui

les dernières statistiques, 58 255 personnes ont franchi la frontière canado-américaine de façon irrégulière depuis février 2017, moment où l'ASFC a commencé à comptabiliser ces statistiques, jusqu'en mars 2020 lors de la fermeture de la frontière canado-américaine⁹⁶. Au début de l'année 2017, une étude du Canada Institute du Wilson Center affirmait que l'Entente sur les tiers pays sûrs aurait permis de réduire le nombre de demandes d'asile depuis son entrée en vigueur⁹⁷. Cette conclusion doit être remise en question à la lumière des données colligées depuis 2017, alors que le nombre de demandes d'asile dépasse largement les niveaux précédant l'entrée en vigueur de cet accord en 2004⁹⁸.

Au Canada, l'augmentation des entrées irrégulières a nécessité l'ajout de ressources additionnelles. Les demandeurs d'asile sont bien au fait de l'application restreinte de l'Entente sur les tiers pays sûrs aux points d'entrée situés à une frontière terrestre. Après des passages dangereux qui ont notamment entraîné la mort de M. Wilson Reynoso Vega⁹⁹ et l'amputation des doigts de MM. Razak Iyal et Seidu Mohammed¹⁰⁰, les

ont franchi la frontière de manière irrégulière : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, préc., note 5.

⁹⁶ En 2019, on comptait 64 050 demandes : GOUVERNEMENT DU CANADA, *Demandes d'asile par année – 2019*, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/refugies/demandes-asile/demandes-asile-2019.html>>; 16 137 de ces demandes ont été faites par des personnes ayant franchi la frontière de manière irrégulière : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, préc., note 5.

⁹⁷ Benn PROCTOR, « Fleeing to Canada on Foot: Reviewing the Canada-U.S. Safe Third Country Agreement », (2017) *Canada Institute, Wilson Center*, p. 6, en ligne : <https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/article/fleeing_to_canada_on_foot_stca_final_04-04-2017.pdf>.

⁹⁸ *Id.* : voir en particulier le tableau à la page 6 où le nombre le plus élevé de demandes d'asile enregistrées avant l'entrée en vigueur de l'Entente sur les tiers pays sûrs atteignait 44 714 en 2001.

⁹⁹ Selena ROSS, « Dominican Man Dies on Quebec-N.Y. Border, Trying to Reach his Daughter », *The Montreal Gazette*, 21 mai 2019, en ligne : <<https://montrealgazette.com/news/local-news/dominican-man-dies-on-quebec-n-y-border-trying-to-reach-his-daughter>>.

¹⁰⁰ Kelly Geraldine MALONE, « Amputé de ses doigts, un réfugié vit d'espoir », *La Presse*, 30 décembre 2018, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/>>

passages irréguliers se sont concentrés sur le chemin Roxham où les autorités canadiennes ont mis en place des infrastructures et une procédure pour accueillir les demandeurs d'asile. La création de ce système parallèle a exigé des ressources additionnelles : agents de la GRC; équipes médicales; tentes pour l'accueil des demandeurs d'asile; transports vers les centres de détention; centres de détention temporaires, comme le Stade olympique, à l'occasion d'afflux importants; agents d'immigration pour traiter les demandes; services publics; etc.¹⁰¹.

Les ressources additionnelles requises pour faire face à l'immigration irrégulière ont des conséquences financières importantes pour le Canada. Avant la hausse de 2017, l'Entente sur les tiers pays sûrs aurait fait économiser 2 milliards au gouvernement canadien sur dix ans en diminuant le nombre de demandes d'asile déposées au Canada depuis 2004, selon une estimation effectuée par le Canada Institute du Wilson Center fondée sur le coût de 14 000 \$ par réfugié déterminé par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)¹⁰². Cette estimation ne semble pas justifiée, en particulier depuis 2017 avec les entrées irrégulières largement sous-estimées par les autorités canadiennes¹⁰³.

national/201812/30/01-5209541-ampute-de-ses-doigts-un-refugie-vit-despoir.php>; THE CANADIAN PRESS, « Man who Lost Fingers after Crossing Border Urges Liberals not to Pass New Refugee Law », *Global News*, 9 mai 2019, en ligne : <<https://globalnews.ca/news/5259083/seidu-mohammed-liberals-asylum-law/>>.

¹⁰¹ Yves GIROUX, « Coût de la migration irrégulière à la frontière sud du Canada », Ottawa, Bureau du directeur parlementaire du budget, 2018, en ligne : <https://www.pbo-dpb.gc.ca/web/default/files/Documents/Reports/2018/Irregular%20migrants/Irregular_Migration_Report_FINAL_FR_2018-11-29.pdf> p. 9; A. HUTCHINS, préc., note 67.

¹⁰² B. PROCTOR, préc., note 97, p. 6; A. HUTCHINS, préc., note 67, p. 46.

¹⁰³ B. PROCTOR, préc., note 97, p. 6; on estimait que 34 149 demandes d'asile avaient été déposées au Canada peu importe le lieu du dépôt (points d'entrée ou bureaux intérieurs) mais le total s'élevait plutôt à 50 390 demandes déposées, dont 20 593 correspondant à des entrées irrégulières : GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 93.

Alors que le gouvernement fédéral a prévu 173,2 millions de dollars sur deux ans pour les coûts additionnels aux diverses agences fédérales ainsi que 13 millions pour les prestations des services d'aide juridique dans le budget de 2018¹⁰⁴, cette somme ne couvrirait qu'une partie des coûts. Selon le rapport du directeur parlementaire du budget, elle devrait plutôt s'élever à 340 millions de dollars pour 2017-2018 et à 396 millions de dollars en 2019-2020, sans compter le remboursement des dépenses des provinces¹⁰⁵. L'estimation faite par le directeur parlementaire du budget concerne les coûts pour les organisations fédérales à partir de l'entrée irrégulière jusqu'à la décision en dernière instance sur la demande d'asile, y compris la possibilité d'un contrôle judiciaire en Cour fédérale et les coûts liés au renvoi¹⁰⁶. Cette hausse est attribuable en grande partie à la prolongation du délai de traitement des demandes¹⁰⁷. Trois nouveaux juges ont d'ailleurs été ajoutés à la composition de la Cour fédérale en avril 2019 pour faire face à la hausse des contrôles judiciaires des demandeurs d'asile¹⁰⁸.

Certains coûts reviennent également aux provinces, en particulier au Québec où plus de 90 % des passages s'effectuent¹⁰⁹. Après avoir annoncé 50 millions de dollars pour les provinces du Québec, de l'Ontario et du Manitoba dans le budget de 2018¹¹⁰, le gouvernement fédéral a accepté de verser 250 millions au gouvernement québécois pour les entrées irrégulières

104 Y. GIROUX, préc., note 101, p. 5 et 6.

105 *Id.*, p. 1

106 *Id.*, p. 3 et 4.

107 *Id.*, p. 10.

108 *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 19 mars 2019 et mettant en œuvre d'autres mesures*, projet de loi n° C-97 (dépôt et 1^{re} lecture – 8 avril 2019), 1^{re} sess., 42^e légis. (Can), section 17 de la partie 4 (ci-après « projet de loi n° C-97 »).

109 GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le gouvernement du Canada versera 250 millions de dollars au Québec pour l'aider à payer les frais liés à la migration irrégulière*, (2019), en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/nouvelles/2019/08/le-gouvernement-du-canada-versera-250-millions-de-dollars-au-quebec-pour-laider-a-payer-les-frais-lies-a-la-migration-irreguliere.html>>.

110 Y. GIROUX, préc., note 101, p. 15.

de 2017 et de 2018¹¹¹. À ces coûts purement chiffrés en termes économiques s'ajoutent les coûts humains associés à un passage irrégulier¹¹².

B. Tentatives de pallier une entente contreproductive

Le gouvernement canadien aurait abordé avec le gouvernement américain la question de renégocier l'Entente sur les tiers pays sûrs pour étendre son application aux entrées irrégulières depuis au moins l'année 2018¹¹³. À défaut d'obtenir un accord au printemps 2019, le gouvernement canadien a plutôt adopté unilatéralement l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR comme nouveau motif d'irrecevabilité d'une demande dans le projet de loi n° C-97 adopté en juin 2019¹¹⁴. Cette mesure prévue pour contrer le phénomène de la recherche du meilleur pays d'asile empêchera une partie des arrivées irrégulières en provenance des États-Unis, soit environ 3 500 demandes d'asile par année de l'avis des ministres de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté ainsi que de la Sécurité frontalière et de la Réduction du crime organisé au moment de l'adoption de la loi¹¹⁵. Cette nouvelle mesure ne règle toutefois pas l'ensemble du problème des entrées irrégulières au Canada. L'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR s'applique seulement aux personnes ayant déjà déposé une demande d'asile aux États-Unis de même que dans d'autres pays qui ont une entente permettant l'échange de renseignements en matière d'immigration, soit l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni¹¹⁶. À cet égard, les entrées irrégulières de

¹¹¹ GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 109.

¹¹² Voir, par exemple, le témoignage de Seidu Mohammed lors de l'étude du projet de loi n° C-97, Chambre des communes, Comité permanent des finances, « Témoignages », FINA-211, 9 mai 2019, en ligne : <<https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/FINA/reunion-211/temoignages>>.

¹¹³ Michelle CARBERT et Adrian MORROW, « Canada, U.S. Move to Redraft Border Treaty to Cut Flow of Asylum Seekers », *The Globe and Mail*, 1^{er} avril 2019, en ligne : <https://www.theglobeandmail.com/politics/article-us-moves-to-open-talks-with-canada-on-asylum-seeker-treaty/>.

¹¹⁴ Projet de loi n° C-97, préc., note 108.

¹¹⁵ Marie VASTEL, « Le gouvernement libéral serre la vis aux demandeurs d'asile », *Le Devoir*, 10 avril 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/politique/canada/551813/le-gouvernement-liberal-serre-a-la-vis-aux-demandeurs-d-asile>>.

¹¹⁶ Voir la partie 19.1 du RIPR.

personnes venant des États-Unis et qui n'ont pas déposé de demande d'asile dans ces pays avant de se rendre au Canada sont toujours à prévoir.

Dans la foulée de l'adoption de diverses mesures pour freiner la propagation de la COVID-19, les gouvernements du Canada et des États-Unis ont convenu de fermer la frontière entre les deux pays à partir du 21 mars 2020, y compris pour les demandeurs d'asile¹¹⁷. Dans le contexte canadien, une série de décrets ont été adoptés. S'appliquant du 21 mars 2020 au 21 avril 2020, les premiers décrets prévoient que tout étranger, y compris les demandeurs d'asile, sera refoulé à la frontière, sauf certaines exceptions pour les citoyens américains, les apatrides et les mineurs non accompagnés¹¹⁸. Ces décrets ont été vivement critiqués par le milieu universitaire et les organismes de défense des droits de la personne, puisqu'ils mettent en danger la vie des demandeurs d'asile et sont contraires à l'obligation de non-refoulement en droit international¹¹⁹. Une telle approche ne semble pas justifiée non plus dans le contexte de la pandémie,

¹¹⁷ CANADA, « Le premier ministre annonce la conclusion d'un accord frontalier temporaire avec les États-Unis », en ligne : <<https://pm.gc.ca/fr/nouvelles/communiqués/2020/03/20/premier-ministre-annonce-la-conclusion-dun-accord-frontalier>>.

¹¹⁸ *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, entré en vigueur le 20 mars 2020, (2020) 154 Gaz. Can. I, 768, en ligne : <<http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2020/2020-04-04/html/order-decret-fra.html#dd1>>; ce décret a été abrogé et remplacé le 26 mars 2020, pour clarifier les exceptions, par le *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis*, entré en vigueur le 26 mars 2020, (2020) 154 Gaz. Can. I, 778, en ligne : <<http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2020/2020-04-04/html/order-decret-fra.html#de1>>.

¹¹⁹ Voir par exemple : Brian HILL et Andrew RUSSEL, « Coronavirus: Closing Canada's Border to Refugees Violates International Law, Experts Say », *Global News*, 20 mars 2020, en ligne : <<https://globalnews.ca/news/6710312/coronavirus-border-closure-international-law/>>; MÉDECINS SANS FRONTIÈRES, RÉSEAU JURIDIQUE CANADIEN VIH/SIDA et AMNISTIE INTERNATIONALE, « Public Health and International Legal Obligations First: Closing Canada's Border to Refugee Claimants is Dangerous and Illegal, and Must Be Reversed », 30 mars 2020, en ligne : <https://www.doctorswithoutborders.ca/sites/default/files/statement_on_covid_migration_measures_msf_amnesty_hivlegalfund_march30_2020.pdf>.

alors que d'autres mesures auraient pu être adoptées, comme la quarantaine et les contrôles sanitaires tels qu'ils sont proposés notamment par le HCR et l'Organisation mondiale de la santé (OMS)¹²⁰.

À partir du 22 avril 2020, la frontière est de nouveau ouverte pour les demandeurs d'asile, mais seulement s'ils se présentent à un point d'entrée situé sur la frontière terrestre entre le Canada et les États-Unis, ce qui exclut ainsi les demandeurs d'asile traversant la frontière de façon irrégulière, par exemple via le chemin Roxham¹²¹. Certaines exceptions sont prévues pour les citoyens américains, les apatrides, les mineurs non accompagnés ou encore selon une décision discrétionnaire fondée sur l'intérêt national ou public. Cette fermeture a fait baisser le nombre de demandes d'asile de personnes arrivées au Canada par les États-Unis à la suite d'un passage irrégulier, passant de 3 465 demandes d'asile de janvier à mars 2020 à seulement 356 demandes d'asile d'avril à juin 2020¹²². Il semble donc que le gouvernement canadien a profité du contexte de pandémie pour fermer la porte, du moins temporairement et selon certaines exceptions, à l'entrée irrégulière de demandeurs d'asile au Canada¹²³.

¹²⁰ HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME (HCDH), ORGANISATION INTERNATIONALE POUR LES MIGRATIONS (OIM), HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS (HCR) et ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS), « Les droits et la santé des réfugiés, des migrants et des apatrides doivent être protégés dans le cadre des efforts de lutte contre le Covid-19 », 31 mars 2020, en ligne : <<https://www.unhcr.org/fr/news/press/2020/3/5e843e08a/droits-sante-refugies-migrants-apatrides-doivent-etre-proteges-cadre-efforts.html>>; voir aussi HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS (HCR), « Key Legal Considerations on Access to Territory for Persons in Need of International Protection in the Context of the COVID-19 Response », 16 mars 2020, en ligne : <<https://data2.unhcr.org/en/documents/details/75349>>.

¹²¹ *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, entré en vigueur le 22 avril 2020 (décret), (2020) 154 Gaz. Can. I, 879, en ligne : <<http://gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2020/2020-05-02/html/order-decret-fra.html>>.

¹²² COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ AU CANADA, préc., note 5.

¹²³ Au moment d'écrire ces lignes, ces mesures sont en vigueur jusqu'au 21 janvier 2021, mais elles seront probablement renouvelées pour une plus longue période.

Finalement, le resserrement des exigences liées au dépôt d'une demande d'asile au Canada peut avoir comme effet de mener les demandeurs d'asile vers l'immigration clandestine, qui peut être plus dangereuse. Comme nous l'avons précisé en introduction, les entrées des demandeurs d'asile répertoriées dans notre article sont irrégulières, mais elles ne sont ni clandestines ni illégales. Les règles plus strictes, telles que celles qui sont prévues par l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR, les décrets adoptés dans le contexte de la pandémie de COVID-19 refoulant les demandeurs d'asile qui arrivent des États-Unis ou d'autres qui pourraient être envisagés pour rendre applicable l'Entente sur les tiers pays sûrs à toute entrée, irrégulière ou non, diminueront certes le nombre de personnes se présentant aux agents canadiens d'immigration. Cependant, le nombre de celles qui tenteront de traverser la frontière de façon dangereuse et sans se présenter aux autorités canadiennes, dans l'espoir de ne pas être refoulées à la frontière, risque fort probablement d'augmenter¹²⁴. Lors de l'adoption de l'Entente sur les tiers pays sûrs en 2002, le rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration était déjà bien au fait de cette problématique et, plutôt que de suggérer un resserrement des règles, avait formulé la recommandation suivante :

Le Comité recommande que le processus de surveillance de la mise en œuvre de l'Entente prévoie un suivi rigoureux des

Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis), entré en vigueur le 18 décembre 2020 (décret), (2020) TR/2020-1128 (Gaz. Can. I), en ligne : <<http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2020/2020-12-26/html/order-decret-fra.html>>.

¹²⁴ CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, préc. note 66, p. 11; AMNISTIE INTERNATIONALE et CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS, *Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country*, 2017, p. 13, en ligne : <<https://ccrweb.ca/sites/ccrweb.ca/files/stca-submission-2017.pdf>>; CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS, *Closing the Front Door on Refugees: Report on the First Year of the Safe Third Country Agreement*, 2005, p. 30, en ligne, <<https://ccrweb.ca/sites/ccrweb.ca/files/closingdoordec05.pdf>>; Jaymie HEILMAN, « The Deadly Consequences of Proposed Canadian Asylum Restriction », *The Conversation*, 14 mai 2019, en ligne : <<http://theconversation.com/the-deadly-consequences-of-proposed-canadian-asylum-restrictions-116632>>; A. HUTCHINS, préc., note 67, p. 46.

questions de « mouvements irréguliers » et de l'introduction clandestine d'immigrants. Si l'Entente ne permet pas de réduire le nombre des demandes renvoyées à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et si l'augmentation du nombre d'entrées illégales au Canada devient évidente, le gouvernement devra être disposé à exercer son pouvoir en matière de suspension ou de résiliation de l'Entente¹²⁵.

Ainsi, le fait que l'Entente sur les tiers pays sûrs ne permet pas un traitement ordonné des demandes d'asile en provenance des États-Unis et est plutôt contreproductive, ce qui entraîne des coûts considérables pour le Canada, est une raison en soi pour y mettre un terme. Cependant, la solution ne consiste pas à augmenter les restrictions en vue de déposer une demande d'asile au Canada et à étendre davantage l'application de cette entente à toutes les entrées, régulières ou irrégulières. Une telle solution mettrait en danger la vie des demandeurs d'asile. De plus, comme nous le verrons ci-dessous, l'Entente sur les tiers pays sûrs pose de sérieuses questions quant au respect des droits des demandeurs d'asile qui sont retournés aux États-Unis.

IV. Les États-Unis : un tiers pays sûr?

La contestation des États-Unis comme tiers pays sûrs n'est pas nouvelle. Pour analyser la récente décision dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020) en l'attente de l'issue de l'appel en Cour d'appel fédérale, nous présenterons dans un premier temps l'historique jurisprudentiel dans lequel cette décision s'inscrit. Dans un deuxième temps, nous analyserons en profondeur la décision dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020) à la lumière de la jurisprudence récente.

A. Historique des contestations judiciaires

Avant l'adoption de l'Entente sur les tiers pays sûrs, la possibilité même que le Canada puisse désigner un État comme tiers pays sûr a été contestée dès l'adoption de cette notion en droit canadien dans l'affaire

¹²⁵

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, préc. note 66, p. 12.

Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1^{re} instance 1989). Le second recours datant des années 2000 s'est concentré plus directement sur la désignation des États-Unis comme tiers pays sûrs, comme c'est le cas dans la nouvelle contestation de 2020. La décision de la Cour fédérale dans *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada* (CF 2007) ainsi que celle de la Cour d'appel fédérale dans *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008) sont donc présentées.

i. *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1^{re} instance 1989)

Dans l'affaire *Conseil canadien des Églises* (1^{re} instance 1989)¹²⁶, un premier recours avait été intenté par le Conseil canadien des églises en vertu de la Charte afin d'invalider de nombreuses dispositions adoptées lors de la réforme législative de 1988, y compris la nouvelle disposition prévoyant la possibilité pour le Canada de désigner un tiers pays sûr¹²⁷. Ce recours est allé jusqu'à la Cour suprême du Canada qui a décidé dans l'affaire *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (CSC 1992)¹²⁸ que ce dernier n'avait pas la qualité pour agir considérant l'ensemble de la demande, puisqu'il existait une autre manière raisonnablement efficace ou pratique de soumettre la question à la cour, soit des recours contestant des dispositions particulières par des demandeurs d'asile directement touchés.

ii. *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada* (CF 2007)

À la suite de l'adoption en 2004 de l'article 159.3 du RIPR désignant les États-Unis comme tiers pays sûr en vertu de l'article 102 de la LIPR, un autre recours a été intenté pour attaquer directement cette désignation. Dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2007)¹²⁹, trois organismes de défense de l'intérêt des demandeurs d'asile et des réfugiés, soit le Conseil

¹²⁶ *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 3.

¹²⁷ *Loi modifiant la Loi sur l'immigration de 1976 et d'autres lois en conséquence*, S.C. 1988, c. 35, art. 114 (1) a).

¹²⁸ *Conseil canadien des Églises* (CSC), préc., note 3.

¹²⁹ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2007), préc., note 3.

canadien pour les réfugiés, le Conseil canadien des Églises et Amnistie internationale, ainsi qu'un demandeur d'asile colombien se trouvant aux États-Unis ont déposé une demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale pour invalider la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr. Dans ce cas, le demandeur d'asile d'origine colombienne avait vu sa demande refusée aux États-Unis, puisqu'il avait omis de la présenter durant l'année suivant son arrivée aux États-Unis, ce qui constitue un motif d'irrecevabilité de la demande d'asile en droit américain¹³⁰. Il ne s'était cependant pas présenté à la frontière canadienne et n'avait pas fait l'objet d'une décision concernant l'irrecevabilité de sa demande d'asile selon l'alinéa 101(1)e) de la LIPR. Les demandeurs attaquaient la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr et les articles y afférents du RIPR en s'appuyant sur les principes du droit administratif et sur la Charte. Ils attaquaient également le défaut par le gouverneur en conseil d'assurer un suivi de la désignation selon le paragraphe 102(3) de la LIPR.

Le juge Phelan de la Cour fédérale a donné raison aux demandeurs, invalidant ainsi la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr¹³¹. Il a conclu d'abord que les demandeurs avaient la qualité pour agir et que, bien que le demandeur d'asile d'origine colombienne ne se soit pas présenté à la frontière canadienne et n'ait pas été l'objet d'une décision au sujet de l'irrecevabilité de sa demande, il serait absurde d'exiger qu'il le fasse¹³².

Au regard des arguments de droit administratif, le juge Phelan a déterminé que la décision du gouverneur en conseil de désigner un tiers pays sûr devait se fonder sur tous les facteurs énumérés au paragraphe 102(2) de la LIPR. À son avis, les États-Unis ne respectaient pas ces facteurs, et le gouverneur en conseil ne pouvait ainsi adopter l'Entente sur les tiers pays sûrs et les articles 159.1 à 159.7 du RIPR. La décision du gouverneur en conseil de désigner les États-Unis comme tiers pays sûr était déraisonnable, car les politiques et les usages de ce pays étaient contraires à l'obligation de

¹³⁰ *Id.*, par. 13.

¹³¹ *Id.*, par. 338.

¹³² *Id.*, par. 47, 48, et 51.

non-refoulement de la *Convention relative au statut des réfugiés* et de la Convention contre la torture.

Pour ce qui est de l'analyse du respect par les États-Unis des obligations de la *Convention relative au statut des réfugiés*, le juge Phelan a conclu en premier lieu que le délai de prescription d'un an pour déposer une demande d'asile est contraire à l'obligation de non-refoulement¹³³. En droit américain, les demandeurs d'asile qui ne peuvent déposer leur demande en raison du délai de prescription d'un an ont tout de même la possibilité de réclamer un sursis de renvoi. Or, les critères pour obtenir ce sursis sont plus restreints que ceux pour obtenir l'asile. Ainsi, le juge Phelan était d'avis que le délai de prescription d'un an faisait en sorte de permettre le renvoi de certains réfugiés, en particulier ceux qui fondent leur demande d'asile sur le sexe et certains groupes minoritaires¹³⁴.

En deuxième lieu, le juge Phelan a décidé que les exclusions du statut de réfugié pour criminalité prévue par l'article 1(f) de la *Convention relative au statut des réfugiés* et l'exception de l'obligation de non-refoulement lorsqu'il existe une menace à la sécurité du pays ou un danger pour la communauté, telles qu'elles sont appliquées en droit américain, créent un grave risque de refoulement¹³⁵. En particulier, les infractions pour terrorisme ne prévoient pas de moyen de défense en cas de contrainte ou de coercition comme c'est le cas en droit canadien¹³⁶. Le droit américain permet ainsi d'exclure de sa protection des demandeurs d'asile qui fournissent un appui matériel à des groupes terroristes sans en avoir l'intention, ou encore sous la contrainte ou la coercition.

En troisième lieu, le juge Phelan a estimé que les demandes d'asile fondées sur le sexe étaient interprétées de façon différente aux États-Unis par rapport au Canada et au sens dégagé en droit international, ce qui augmente les risques de refoulement de réfugiés. La jurisprudence

¹³³ *Id.*, par. 144-164.

¹³⁴ *Id.*, par. 145 et 239.

¹³⁵ *Id.*, par. 191 et 239.

¹³⁶ *Id.*, par. 165-191.

américaine n'est pas constante dans son traitement de ce motif de persécution, en particulier pour les femmes réclamant une protection contre la violence familiale qui ne se trouve pas toujours reconnue comme motif de persécution¹³⁷.

Certains arguments avancés par les demandeurs ont été également considérés pour inférer que la décision du gouverneur en conseil était déraisonnable¹³⁸, soit l'idée que la détention rendrait plus difficiles le recours à l'avocat et la procédure de renvoi accéléré. Le juge Phelan a déclaré qu'il n'y avait pas assez de preuves pour conclure que ces deux pratiques étaient contraires à l'obligation de non-refoulement, mais qu'elles soulevaient tout de même des préoccupations¹³⁹.

En ce qui a trait à l'analyse du respect par les États-Unis de la Convention contre la torture, le juge Phelan a statué que, en droit américain, l'interdiction de non-refoulement vers un pays où une personne risque la torture était interprétée de façon restrictive, ce qui permettait « l'expulsion d'une personne vers un pays où elle sera probablement torturée » contrairement à l'obligation de non-refoulement¹⁴⁰.

Le juge Phelan a aussi affirmé que le Canada n'avait pas rempli ses obligations quant au suivi de la désignation selon le paragraphe 102(3) de la LIPR¹⁴¹. Malgré l'adoption par le gouverneur en conseil de directives pour mettre en œuvre une procédure de suivi, le juge a conclu que les usages et les politiques des États-Unis n'avaient pas « fait l'objet d'un suivi systématique et permanent en conformité avec la Convention relative aux réfugiés et avec la Convention contre la torture¹⁴² ».

Sur le plan des arguments de droit constitutionnel, le juge Phelan a décidé que la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr

¹³⁷ *Id.*, par. 198-206, et 239.

¹³⁸ *Id.*, par. 238 et 229.

¹³⁹ *Id.*, par. 229 et 231.

¹⁴⁰ *Id.*, par. 259.

¹⁴¹ *Id.*, par. 275.

¹⁴² *Id.*, par. 269.

contrevenait aux articles 7 et 15 de la Charte et n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. Il a précisé que la Charte s'applique aux demandeurs d'asile qui relèvent des fonctionnaires canadiens de l'immigration et qui sont retournés aux États-Unis¹⁴³. Étant donné ses conclusions selon lesquelles les États-Unis contreviennent aux obligations de non-refoulement de la *Convention relative au statut des réfugiés* et de la Convention contre la torture, le juge Phelan pensait également que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité enchâssé dans l'article 7 de la Charte était compromis¹⁴⁴. Cette violation a été jugée non conforme aux principes de justice fondamentale, en particulier dans le contexte où l'agent d'immigration décidant de l'irrecevabilité de la demande n'a pas de discrétion pour exclure un demandeur d'asile de l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs, et ce, contrairement à la possibilité inscrite dans son article 6, à la pratique des États-Unis fondée sur ce dernier et à une recommandation du HRC en ce sens¹⁴⁵. L'absence de discrétion, en plus du fait que l'Entente sur les tiers pays sûrs ne s'applique qu'aux arrivées à un point d'entrée terrestre, a permis au juge Phelan de conclure que cette entente a une « portée trop large » ou « arbitraire »¹⁴⁶.

En outre, le juge Phelan s'est prononcé à savoir que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr était contraire à l'article 15 de la Charte, car elle discrimine les femmes et les personnes venant de certains pays susceptibles de donner lieu au genre de demandes d'asile que les États-Unis peuvent rejeter; le juge faisait référence en particulier à la Colombie où les contributions financières à des groupes criminels sous la contrainte sont courantes¹⁴⁷.

¹⁴³ *Id.*, par. 281.

¹⁴⁴ *Id.*, par. 283-285.

¹⁴⁵ *Id.*, par. 291-304; HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, préc., note 74.

¹⁴⁶ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2007), préc., note 3, par. 312.

¹⁴⁷ *Id.*, par. 315-333.

iii. *Canada c. Conseil canadien pour les réfugiés (CAF 2008)*

Dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de première instance aux motifs que la désignation et le suivi avaient été faits en conformité avec la loi et en considérant les facteurs pertinents. Pour les motifs majoritaires, le juge Noël a précisé d'abord que la contestation devait viser la légalité des articles pertinents du RIPR et l'excès de pouvoir du gouverneur général pour les adopter, soumis à la norme de contrôle de la décision correcte, plutôt que la décision de désigner les États-Unis comme tiers pays sûr¹⁴⁸. La question pertinente était donc de déterminer si l'Entente sur les tiers pays sûrs et les articles du RIPR excèdent les pouvoirs conférés dans l'article 102 de la LIPR¹⁴⁹. Selon le juge Noël, le test approprié n'était pas d'établir si les États-Unis se conforment de façon effective et rigoureuse aux conventions internationales, mais plutôt si le gouverneur en conseil avait pris en considération les facteurs énumérés au paragraphe 102(2) de la LIPR comme conditions préalables à la désignation d'un pays¹⁵⁰. Ainsi, l'aspect pertinent est que le gouverneur en conseil « a tenu compte des facteurs décrits au paragraphe 102(2) et, de bonne foi, a désigné les États-Unis à titre de pays qui se conforme aux articles pertinents des Conventions et qui respecte les droits de la personne¹⁵¹ ».

Le juge Noël a critiqué également le juge Phelan pour avoir tenu compte indistinctement de la preuve avant et après la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr et soulevé la question du suivi postérieur à la désignation alors qu'elle ne faisait pas partie du contrôle judiciaire. En effet, la question de l'excès de pouvoir du gouverneur en conseil d'adopter les articles du RIPR devait se fonder seulement sur la période antérieure à l'adoption de ceux-ci, ce que le juge Phelan a omis de faire¹⁵². En ce qui a trait à la question de l'absence de suivi, cet élément est pertinent seulement si le juge conclut que la désignation avait été faite valablement. Le recours

¹⁴⁸ *Id.*, par. 51-63.

¹⁴⁹ *Id.*, par. 64 et 66.

¹⁵⁰ *Id.*, par. 75 et 78.

¹⁵¹ *Id.*, par. 80; voir aussi le paragraphe 78.

¹⁵² *Id.*, par. 70, 81, 88-90.

approprié aurait été un mandamus pour forcer le gouverneur en conseil à exécuter son obligation¹⁵³. Le juge Noël s'est avancé cependant pour inférer que, même si la question du suivi avait été analysée, l'obligation du paragraphe 102(3) de la LIPR aurait été remplie par les directives adoptées par le gouvernement prévoyant la façon de revoir les quatre facteurs du paragraphe 102(2) de la LIPR, le suivi effectué par le HCR ainsi que le rapport déposé en 2006¹⁵⁴.

Au sujet de la question de la conformité avec la Charte, le juge Noël était d'avis qu'elle ne pouvait être effectuée dans l'abstrait et qu'elle devait se fonder sur le contexte factuel approprié où un demandeur d'asile se présente à un poste frontalier et fait l'objet d'une décision concernant l'irrecevabilité de sa demande au Canada¹⁵⁵. Comme le demandeur d'origine colombienne ne s'était pas présenté à la frontière canadienne, le juge Noël a refusé d'aborder la question de la conformité de la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr avec les articles 7 et 15 de la Charte¹⁵⁶.

Dans des motifs concourants, le juge Evans de la Cour d'appel fédérale déclarait aussi que le juge de première instance n'aurait pas dû se prononcer sur la contestation de la validité des articles du RIPR sur la base des arguments à la fois de droit administratif et de droit constitutionnel¹⁵⁷. Rappelons que ces dispositions réglementaires s'appliquent seulement lorsqu'un demandeur d'asile se présente aux agents canadiens¹⁵⁸. De plus, le jugement déclaratoire d'invalidité tel qu'il avait été formulé avait une portée trop générale, et n'était pas adapté à l'objet véritable de la législation canadienne, soit empêcher le renvoi d'un demandeur d'asile vers la persécution ou la torture contrairement à l'obligation de non-refoulement¹⁵⁹.

¹⁵³ *Id.*, par. 83, 87, et 90.

¹⁵⁴ *Id.*, par. 92, 96-97.

¹⁵⁵ *Id.*, par. 98-103

¹⁵⁶ *Id.*, par. 104.

¹⁵⁷ *Id.*, par. 107.

¹⁵⁸ *Id.*, par. 109 et 114.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 115.

Le juge Evans a expliqué dans ses motifs la façon dont il faudrait contester l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs. Au lieu de remettre en question la validité de l'ensemble des articles 159.1 à 159.7 du RIPR, le juge Evans s'est appuyé sur l'affaire *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*¹⁶⁰ pour énoncer qu'un demandeur d'asile qui fait l'objet d'une décision concernant l'irrecevabilité de sa demande et qui serait sujet à un risque de refoulement direct ou indirect contraire à la *Convention relative au statut des réfugiés* ou à la Convention contre la torture pourra déposer une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire en vue d'éviter son refoulement¹⁶¹. L'évaluation des risques serait effectuée au moment du contrôle et en tenant compte de la situation particulière du demandeur¹⁶². Le juge Evans a proposé également que les dispositions réglementaires puissent ne pas s'appliquer valablement dans un tel cas¹⁶³.

Le juge Evans a aussi recommandé la mise en place d'une procédure permettant l'évaluation des risques liés à un renvoi direct ou indirect par le délégué du ministre qui décide de l'irrecevabilité de la demande. À son avis, une telle évaluation des risques serait nécessaire dans certains cas. Bien qu'elle puisse « se traduire par une augmentation du temps et des ressources nécessaires pour statuer sur l'admissibilité¹⁶⁴ », il ne voyait « aucune solution de rechange valable si les demandeurs du statut de réfugié ne font pas l'objet de refoulement indirect en violation de leurs droits garantis par la Charte et la LIPR¹⁶⁵ ». Il a terminé son analyse en précisant qu'« [i]l ne fait aucun doute que des lignes directrices seront élaborées afin d'aider les agents à prendre des décisions concernant l'admissibilité¹⁶⁶ ». Ces directives n'ont pourtant pas vu le jour.

¹⁶⁰ *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

¹⁶¹ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), préc., note 3, par. 123.

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ *Id.*, par. 124.

¹⁶⁴ *Id.*, par. 125.

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ *Id.*

B. Nouvelle contestation : *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (CF 2020)

À la suite des changements de politiques et d'usages des États-Unis en matière d'immigration depuis l'élection du président Donald Trump, un nouveau recours a été intenté en 2017 par le Conseil canadien pour les réfugiés, le Conseil canadien des églises et Amnistie internationale ainsi que des demandeurs d'asile¹⁶⁷. Ils contestent devant la Cour fédérale la légalité de la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr et soumettent que l'Entente sur les tiers pays sûrs viole les articles 7 et 15 de la Charte. Le 22 juillet 2020, la juge McDonald a conclu que les articles de mise en œuvre des articles 101(1)e) de la LIPR et 159.3 du RIPR sont contraires à l'article 7 de la Charte. La décision fut portée en appel devant la Cour d'appel fédérale¹⁶⁸. L'exécution du jugement de la Cour fédérale a été suspendue par la Cour d'appel fédérale en attendant la décision finale de cette même cour¹⁶⁹.

Les arguments avancés pour la nouvelle contestation s'appuient en grande partie sur la décision du juge Phelan de 2007 ainsi que sur les problèmes déjà soulevés à cette époque concernant le droit américain, mais qui ont été exacerbés sous l'administration Trump. Les demandeurs ont également appris de la contestation antérieure. En effet, le recours regroupe des demandeurs d'asile qui se sont présentés à la frontière canadienne et qui ont fait l'objet d'une décision à propos de l'irrecevabilité de leur demande. Certains ont été renvoyés aux États-Unis, tandis que d'autres bénéficient d'un sursis de renvoi. La preuve en appui au dossier inclut des affidavits de

¹⁶⁷ La qualité pour agir des organisations demanderessees a été reconnue dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2017 CF 1131.

¹⁶⁸ GOUVERNEMENT DU CANADA, « Le gouvernement du Canada interjettera appel de la décision de la Cour fédérale concernant l'Entente sur les tiers pays sûrs », 21 août 2020, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/securite-publique-canada/nouvelles/2020/08/le-gouvernement-du-canada-interjettera-appel-de-la-decision-de-la-courfederale-concernant-lentente-sur-les-tiers-pays-surs.html>>.

¹⁶⁹ *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2020 CAF 181.

nombreux experts et d'individus, avocats, professeurs et personnes travaillant dans des organismes de défense des droits des réfugiés, spécialisés en droit et politiques du droit de l'asile tant au Canada qu'aux États-Unis¹⁷⁰. Le dossier est étayé en outre par les affidavits des demandeurs ainsi que de neuf autres personnes détenus à leur retour aux États-Unis en application de l'Entente sur les tiers pays sûrs et d'une autre personne détenue alors qu'elle tentait d'entrer au Canada par le chemin Roxham¹⁷¹. En contrepartie, le dossier des défendeurs s'appuie sur les affidavits d'individus travaillant pour le gouvernement canadien et sur deux nouveaux affidavits d'experts, en plus de la documentation déjà réunie pour le recours précédent¹⁷².

i. Arguments de droit administratif

Sur le plan des arguments de droit administratif, les demandeurs contestent le maintien de la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr, qui serait déraisonnable. Ce maintien outrepasserait les pouvoirs du gouverneur en conseil d'adopter l'article 159.3 du RIPR, et les conditions législatives nécessaires à cet égard n'auraient pas été remplies¹⁷³. La juge McDonald a conclu qu'elle était liée par la décision de la Cour d'appel fédérale de 2008 selon laquelle une fois qu'il est démontré que le gouverneur en conseil a considéré les facteurs du paragraphe 102(2) de la LIPR et qu'il a effectué un suivi de ceux-ci en vertu de son paragraphe 102(3), notamment par l'adoption de directives et de rapports, il a exercé son pouvoir réglementaire de désigner les États-Unis comme tiers pays sûr et d'en assurer le suivi de bonne foi et conformément à la loi¹⁷⁴.

¹⁷⁰ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020), préc., note 3, par. 31-32; Applicants' Further Memorandum of Fact and Law, préc., note 3, par. 11-12.

¹⁷¹ Applicants' Further Memorandum of Fact and Law, préc., note 3, par. 12.

¹⁷² *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020), préc., note 3, par. 33-34; Respondents' Further Memorandum of Argument, préc. note 77.

¹⁷³ Applicants' Further Memorandum of Fact and Law, préc., note 3, par. 66.

¹⁷⁴ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020), préc., note 3, par. 71-80; voir aussi l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), préc., note 3, par. 78, 80, 92 et 96-97.

ii. Arguments constitutionnels en vertu de l'article 7 de la Charte

L'article 7 de la Charte ne s'applique qu'en dernier recours en droit canadien, dans les cas où une personne serait, par son renvoi, sujette à un risque de mort, de torture ou encore de peine cruelle ou inusitée¹⁷⁵. Pour faire valoir cet article, il faut en premier lieu que le demandeur prouve qu'il existe un « lien de causalité suffisant » entre la mesure et l'atteinte, selon la balance des probabilités¹⁷⁶. En second lieu, le demandeur doit démontrer que l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est contraire aux principes de justice fondamentale, ces derniers ayant un contenu à la fois matériel et procédural¹⁷⁷.

Les demandeurs invoquent deux principaux arguments pour justifier la violation de l'article 7 de la Charte. D'abord, ils prétendent que les demandeurs d'asile retournés aux États-Unis font face à un risque réel de détention à leur retour dans des conditions inhumaines et comme mesure punitive pour avoir cherché refuge au Canada. Ils appuient leurs prétentions notamment sur des cas précis où le fait que des personnes avaient déposé une demande d'asile au Canada ou étaient en processus de révision d'une décision a justifié l'imposition à leur retour aux États-Unis de montants élevés de caution comme conditions de libération ou encore le maintien en détention sans possibilité de mise en liberté¹⁷⁸. Plusieurs, y compris la demanderesse M^{me} Nedira Jemal Mustefa, ont été détenus en isolement, dans le froid et sans accès à de la nourriture appropriée ou à des soins médicaux. Ensuite, les demandeurs attaquent la procédure actuelle selon laquelle le renvoi aux États-Unis se fait sans l'examen de la demande d'asile ou des risques liés au renvoi, y compris à savoir si les demandeurs en

¹⁷⁵ Affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 68, se référant à l'affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34 (autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 2019-07-11, 38589).

¹⁷⁶ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 RCS 1101, par. 76; affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 83.

¹⁷⁷ *Suresh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2002 CSC 1, par. 113; affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 85

¹⁷⁸ Applicants' Further Memorandum of Fact and Law, préc., note 3, par. 106, 107.

question ont bel et bien accès à l'asile aux États-Unis. Ainsi, le risque de refoulement serait une conséquence inhérente de cette procédure. Tout en reconnaissant qu'il est difficile de documenter les cas de refoulement par les États-Unis et leurs conséquences (mort, agression sexuelle, torture, etc.), les demandeurs font référence à des études portant sur ces pratiques¹⁷⁹.

La juge McDonald en est venue à la conclusion que la liberté et la sécurité de la personne sont mises en danger par l'Entente sur les tiers pays sûrs. Dans sa décision, elle ne traite pas de façon distincte le risque de refoulement de la détention aux États-Unis pour conclure que « les conditions auxquelles sont confrontées les personnes détenues... mettent en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti par l'article 7 de la Charte¹⁸⁰ ». Ainsi, la juge McDonald concentre son analyse sur les conditions de détention qui occasionnent des souffrances physiques et psychologiques et qui rendent plus difficile la formulation d'une demande d'asile. Elle appuie sa conclusion sur plusieurs témoignages de personnes qui ont fait l'objet de détention ou qui travaillent auprès des demandeurs d'asile aux États-Unis.

En ce qui concerne la seconde partie du test de l'article 7 de la Charte, la juge McDonald estime que les atteintes à la liberté et à la sécurité de la personne ne sont pas faites en conformité avec les principes de justice fondamentale, puisque la loi a une portée excessive et est manifestement disproportionnée¹⁸¹. La portée des dispositions se révèle trop large, car l'objet de l'Entente sur les tiers pays sûrs – le partage de la responsabilité pour le traitement des demandes d'asile – est outrepassé par ses effets pratiques, soit la détention aux États-Unis¹⁸². Il n'y a pas de procédure permettant aux agents d'immigration qui mettent en œuvre cette entente d'effectuer une évaluation individualisée des risques. À cet effet, la juge précise ceci :

[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

¹⁷⁹ *Id.*, par. 117.

¹⁸⁰ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020), préc., note 3, par. 115.

¹⁸¹ *Id.*, par. 119 et suiv.

¹⁸² *Id.*, par. 131.

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.

Pour ce qui est du caractère disproportionné des dispositions, la juge McDonald est d'avis que la détention aux États-Unis qui résulte de l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs choque les consciences. En effet, « [l]e 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 refoulement¹⁸³ ». Elle souligne que les demandeurs n'ont jamais fait l'objet d'une évaluation du risque lié à leur renvoi¹⁸⁴.

La juge McDonald a également conclu que la violation de l'article 7 de la Charte n'était pas justifiée au regard de 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)¹⁸⁵ ». Un des avantages avancés par les ministres comme justification de l'atteinte est celui de diminuer les demandes d'asile au Canada. Comme le souligne la juge, le Canada a pu, par le passé, « s'adapter aux variations du nombre de réfugiés en fonction des besoins¹⁸⁶ ». De plus, comme nous l'avons vu précédemment, ce n'est pas un avantage réel considérant que l'Entente sur les tiers pays sûrs entraîne une hausse des

183 *Id.*, par. 136.

184 *Id.*, par. 134.

185 *Id.*, par. 149.

186 *Id.*, par. 147.

entrées irrégulières au pays et que d'autres mesures moins attentatoires auraient été possibles. Par exemple, le Canada aurait pu mettre en œuvre l'exception fondée sur l'intérêt public conformément à l'article 6 de l'Entente sur les tiers pays sûrs en ayant recours à une évaluation individualisée par le délégué du ministre. Ce dernier aurait ainsi la discrétion d'exempter certains demandeurs d'asile de l'application de cette entente considérant les risques de détention ou de refoulement indirect encourus par leur renvoi aux États-Unis.

La question à savoir s'il existe des garanties suffisantes permettant d'évaluer les risques dans le cas du renvoi aux États-Unis en application de l'Entente sur les tiers pays sûrs fera certainement l'objet de l'appel en Cour d'appel fédérale. La jurisprudence est constante sur le point que, pour respecter l'article 7 de la Charte, une évaluation individualisée des risques doit être effectuée avant le renvoi¹⁸⁷. C'est au moment du renvoi que cet article s'applique¹⁸⁸. Dans l'affaire *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, la Cour suprême mentionne que l'article 98 de la LIPR permettant d'exclure de la protection des demandeurs d'asile pour grande criminalité était conforme à la Charte, puisqu'une demande d'ERAR était également possible¹⁸⁹. Alors que ce type de demande était exclue dans l'affaire *Kreishan*¹⁹⁰, le juge Rennie s'est appuyé sur l'affaire *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*¹⁹¹ pour décréter que le sursis de renvoi décidé par l'agent d'exécution dans des cas très limités en vertu du paragraphe 48(2) de la LIPR est suffisant pour se conformer à l'article 7 de la Charte :

[124] Cependant, la manière dont sont appréciés les risques visés par l'article 7, auxquels sont exposés les demandeurs à qui l'ERAR est refusé, est un processus par lequel «un agent

¹⁸⁷ Affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 117; *Conseil canadien pour les réfugiés (CAF 2008)*, préc., note 3, par. 125; voir aussi l'affaire *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, par. 67 (ci-après « affaire *Febles* »); affaire *Atawnah*, préc., note 86, par. 12.

¹⁸⁸ Affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 118; affaire *Febles*, préc., note 187; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, par. 75.

¹⁸⁹ Affaire *Febles*, préc., note 187.

¹⁹⁰ LIPR, préc., note 8, art. 112 (2) b); affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 16.

¹⁹¹ Affaire *Atawnah*, préc., note 86.

d'exécution évalue le caractère suffisant de la preuve du 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 c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) 2016 CAF 144, au paragraphe 27).

La Cour fédérale a adopté ce raisonnement pour le nouveau motif d'irrecevabilité en vertu de l'alinéa 101(1)c.1) de la LIPR. Dans l'affaire *Seklani c. Canada (Sécurité publique et protection civile)*, décision rendue le lendemain de celle qui l'avait été dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020), le juge Gascon conclut que l'article 7 ne s'applique pas au moment de décider de l'irrecevabilité de la demande d'asile et que la demande d'ERAR, le sursis par l'agent d'exécution ou le contrôle judiciaire assorti d'une demande de sursis en Cour fédérale sont des « soupapes de sécurité » pour évaluer le risque associé au renvoi¹⁹².

La juge McDonald a raison de souligner que la présente affaire se distingue des autres décisions de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale. Dans l'affaire *Kreishan*, les demandes d'asile visées par une exception à l'Entente sur les tiers pays sûrs ont pu être examinées par la Section de la protection des réfugiés (SPR)¹⁹³. Dans les affaires *Febles* et *Seklani*, une demande d'ERAR était possible. La Cour d'appel fédérale pourrait tout de même appliquer le même raisonnement aux demandeurs d'asile visé par l'Entente sur les tiers pays sûrs. En effet, cette cour mentionne clairement dans l'affaire *Atawnah* que « [l]es risques que l'agent d'exécution est tenu de prendre en compte comprennent les risques qui n'ont jamais été examinés par un décideur compétent¹⁹⁴ » et donc viseraient potentiellement le cas où aucune évaluation des risques n'a été faite par le délégué du ministre décidant de l'irrecevabilité de la demande comme en l'espèce.

¹⁹² *Seklani c. Canada (Sécurité publique et protection civile)*, 2020 CF 778, par. 31.

¹⁹³ Affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 6.

¹⁹⁴ Affaire *Atawnah*, préc., note 86, par. 22, s'appuyant sur l'affaire *Etienne c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 415, par. 54.

Alors que les pouvoirs discrétionnaires de l'agent d'exécution ont été reconnus à plusieurs reprises pour que toute procédure de renvoi se conforme à l'article 7 de la Charte¹⁹⁵, ces pouvoirs demeurent limités, ceux-ci portant sur le refoulement direct qui impliquerait le « risque de mort, de sanctions excessives ou de traitement inhumain »¹⁹⁶ au moment du renvoi vers les États-Unis. Nous sommes d'avis que les pouvoirs de l'agent d'exécution ne sont pas assez étendus pour évaluer le risque indirect de refoulement, et ce, en particulier à la lumière des objectifs de l'Entente sur les tiers pays sûrs et de la LIPR qui reconnaissent l'importance de mettre en œuvre l'obligation de non-refoulement selon la *Convention relative au statut des réfugiés* et la Convention contre la torture et d'établir une procédure équitable respectueuse des droits et libertés fondamentales des demandeurs d'asile¹⁹⁷.

Dans l'affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* (CAF 2008), le juge Evans proposait plutôt dans ses motifs concourants que l'évaluation du risque soit faite par le délégué du ministre, qui déciderait de l'irrecevabilité de la demande d'asile en vertu de l'alinéa 101(1)e) de la LIPR. La procédure envisagée par le juge Evans permettrait d'évaluer les risques de refoulement direct ou indirect conformément à l'article 7 de la Charte, mais aussi aux articles 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* et 3 de la Convention contre la torture.

Si la Cour d'appel fédérale venait à décider que les pouvoirs limités de l'agent d'exécution d'évaluer le risque de mort, de sanctions excessives ou de traitement inhumain au moment du renvoi vers les États-Unis sont suffisants pour se conformer à l'article 7 de la Charte, une telle conclusion

¹⁹⁵ Affaire *Baron*, préc., note 86; affaire *Atawnah*, préc., note 86; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Shpati*, 2011 CAF 286; affaire *Kreishan*, préc., note 7.

¹⁹⁶ Affaire *Baron*, préc., note 86, par 51; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Shpati*, note 195, par. 41-42; CANADA, Bulletin opérationnel PRG-2014-22, intitulé « Procédures relatives à la considération de nouvelles allégations de risque par un agent dans le cadre d'une demande pour reporter un renvoi », en ligne : <<https://www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf10-fra.pdf>>; affaire *Atawnah*, préc., note 86, par. 15.

¹⁹⁷ LIPR, préc., note 8, art. 3 (2) e); voir aussi l'article 3 (2) c).

serait contraire au rapport de 2011 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Tout en se penchant sur la pratique canadienne de la « politique de retour direct » (*direct back policy*) selon laquelle le Canada renvoyait les demandeurs d'asile aux États-Unis directement dans l'attente d'une décision concernant la recevabilité de leur demande, pratique qui n'est plus en vigueur au Canada, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a tiré la conclusion suivante, pertinente quant à la présente contestation :

Pour s'assurer que le droit d'un demandeur d'asile de demander l'asile en vertu de l'article XXVII est préservé, avant de renvoyer un demandeur d'asile vers un pays tiers, l'État membre doit procéder à une évaluation individualisée de son cas, en tenant compte de tous les faits connus de la demande à la lumière des lois sur les réfugiés du pays tiers. S'il existe un doute quant à la capacité du demandeur d'asile à réclamer l'asile dans le pays tiers, l'État membre ne peut pas le renvoyer vers ce pays tiers¹⁹⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme a également jugé dans une décision de 2011 que, pour se conformer à leurs obligations internationales, les États doivent procéder à une évaluation individualisée et concrète de la situation dans un pays tiers et des risques de refoulement dans ce pays avant le renvoi, même si le pays est désigné comme sûr¹⁹⁹.

Le contrôle judiciaire et le sursis qui pourraient être accordés par la Cour fédérale, invoqués par les ministres et mentionnés dans les affaires *Atawnah* et *Kreishan*, ne peuvent, à notre avis, équivaloir à une évaluation individualisée du risque au moment du renvoi. Dans l'affaire *Kreishan*, le juge Rennie précise que la Cour fédérale bénéficie de pouvoirs élargis pour octroyer le sursis, contrairement à l'agent d'exécution²⁰⁰. Cependant, si la Cour fédérale devait conclure que la décision de renvoyer un demandeur d'asile aux États-Unis l'expose à la détention dans des conditions inhumaines ou au refoulement et contrevient ainsi à la Charte, sans que cette

¹⁹⁸ INTER-AM. COMM'N H.R., *John Doe et al. c. Canada, affaire 12.586*, (2011), Rapport No. 24/11, OEA/Ser.IV/II.141, doc. 29 1 2, par. 94 (notre traduction).

¹⁹⁹ *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, (2011) 53 EHRR 2 par. 342, 359.

²⁰⁰ Affaire *Kreishan*, préc., note 7, par. 126.

question du risque ait été décidée au préalable par un agent d'immigration, cela constituerait la preuve que le système actuel ne peut pas protéger les demandeurs d'asile.

iii. Arguments constitutionnels en vertu de l'article 15 de la Charte

Le deuxième argument constitutionnel formulé dans *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020) se fonde sur l'article 15 de la Charte, puisque la mise en œuvre de l'entente créerait de la discrimination. Pour avoir gain de cause, le demandeur doit démontrer que le critère à deux volets tel que formulé par la Cour suprême est reconstruit. Il faut répondre aux questions suivantes : « (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes²⁰¹? » Pour déterminer si la distinction crée un désavantage en perpétuant un préjugé, le tribunal peut tenir compte des désavantages préexistants dont peut être victime le groupe ainsi que de la nature du droit touché²⁰². En ce qui concerne le désavantage subi par l'application de stéréotypes, il dépend du degré de correspondance entre la différence de traitement et la situation réelle du groupe²⁰³. La disposition a pour objet de promouvoir l'égalité réelle entre les individus²⁰⁴.

Pour ce qui est de la première partie du critère, les demandeurs soutiennent que les dispositions relatives à l'irrecevabilité d'une demande d'asile en application de l'Entente sur les tiers pays sûrs nuisent aux femmes de manière disproportionnée en raison de leur sexe²⁰⁵. Ils se réfèrent en particulier à la décision de principe en droit américain, *Matter of A-B*²⁰⁶, dans laquelle la violence familiale ou associée aux groupes criminels a été rejetée comme motif de persécution fondé sur l'appartenance à un groupe social en vertu de la *Convention relative au statut des réfugiés*, ainsi qu'à la prescription d'un an pour déposer une demande d'asile qui touche

²⁰¹ *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, par. 17.

²⁰² *Id.*, par. 23.

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ *Id.*, par. 15.

²⁰⁵ Applicants' Further Memorandum of Fact and Law, préc., note 3, par. 97-96.

²⁰⁶ *Matter of A-B*, 27 I&N Dec. 316 (A.G. 2018).

davantage les femmes. Ils s'appuient sur les opinions des témoins experts. Quant à la seconde partie du critère, l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs impose un fardeau aux femmes, et elle ne répond pas à leurs besoins réels lorsque celles-ci demandent la protection au Canada. On y perpétue le stéréotype selon lequel les craintes de persécution des femmes sont moins dignes d'attention, ce qui contribue à un désavantage systématique persistant.

Ayant déjà conclu à la violation de l'article 7 de la Charte, la juge McDonald ne s'est pas prononcée sur son article 15²⁰⁷. Ce motif de contestation pourrait être de nouveau soulevé en Cour d'appel fédérale. Dans la contestation précédente, le juge Phelan avait conclu que la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr était discriminatoire, contrairement à l'article 15 de la Charte²⁰⁸. Cette conclusion n'a pas été analysée par la suite par la Cour d'appel fédérale. L'analyse du juge Phelan sur l'article 15 a été rendue avant la décision de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Kapp*, qui a clarifié le critère à deux volets pour déterminer s'il y a discrimination contrairement à la Charte. Les arguments alors avancés sont néanmoins compatibles avec l'état actuel du droit. La nouvelle contestation s'appuie sur la famille ABC, dont la mère a subi de la violence associée aux groupes criminels et dont la demande d'asile risque d'être rejetée aux États-Unis.

Il est vrai que l'Entente sur les tiers pays sûrs ne fait pas de distinction fondée sur le sexe. Cependant, sa mise en œuvre a un impact disproportionné pour les femmes. En effet, avant l'adoption de cette entente et des dispositions réglementaires afférentes, le Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration se préoccupait particulièrement de la protection des femmes contre la persécution fondée sur des motifs liés au sexe, compte tenu des différentes interprétations de ce motif pour reconnaître l'asile en droit américain et canadien. Le Comité a recommandé d'inclure dans le RIPR une exemption spécifique pour les victimes

²⁰⁷ *Conseil canadien pour les réfugiés* (CF 2020), préc., note 3, par. 154.

²⁰⁸ *Id.*, par. 333.

deviolenne familiale qui ne devraient pas être assujetties à l'Entente sur les tiers pays sûrs²⁰⁹. Sa recommandation n'a pourtant pas été retenue.

Par conséquent, la mise en œuvre du concept de tiers pays sûr en droit canadien a fait l'objet de nombreuses contestations devant les tribunaux depuis les 30 dernières années. Nonobstant l'issue du recours en Cour d'appel fédérale, le fait que l'Entente sur les tiers pays sûrs et ses dispositions de mise en œuvre sont contreproductives pour encadrer les demandes d'asile en provenance des États-Unis ainsi que les préoccupations quant au respect des droits des demandeurs d'asile et des réfugiés soulevées dans les diverses contestations judiciaires posent de sérieuses questions quant à la pertinence de les maintenir en vigueur.

Conclusion

Nous avons abordé dans notre article le concept de tiers pays sûr tel qu'il a été mis en œuvre en droit canadien. Ancré dans le droit et la pratique internationaux pour contrer le phénomène de la recherche du meilleur pays d'asile, l'Entente sur les tiers pays sûrs empêche les demandeurs d'asile qui ont transité par les États-Unis ou le Canada de présenter une demande d'asile dans l'autre pays lorsqu'ils arrivent à un point d'entrée situé à une frontière terrestre, sous réserve de certaines exceptions.

L'Entente sur les tiers pays sûrs fait l'objet de nombreuses critiques depuis son adoption. Sa mise en œuvre s'est révélée encore plus problématique depuis l'élection de Donald Trump à la présidence des États-Unis, en particulier à partir de l'année 2017. Par conséquent, le fait que l'Entente sur les tiers pays sûrs ne s'applique qu'aux points d'entrée situés à une frontière terrestre et le contexte politique aux États-Unis ont entraîné une augmentation des entrées irrégulières au Canada pour éviter l'application de l'accord. Une telle hausse des entrées irrégulières a imposé un fardeau économique et administratif important aux autorités canadiennes pour recevoir les demandeurs d'asile à l'extérieur des points d'entrée officiels et traiter leurs demandes. Certes, il est possible de prétendre que l'Entente sur les tiers pays sûrs est « au bénéfice » du Canada, puisqu'elle

²⁰⁹

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, préc., note 66, p. 10.

permet de retourner plus de demandeurs d'asile aux États-Unis que vice-versa. Cependant, comme les récents chiffres sur les demandes d'asile provenant des entrées irrégulières datant d'avant la fermeture de la frontière canado-américaine en mars 2020 le démontrent, le nombre de demandes suivant l'entrée en vigueur de l'Entente sur les tiers pays sûrs n'a cessé d'augmenter. Compte tenu de ces conséquences découlant de l'application de cet accord, celui-ci est contreproductif, et ne permet pas un traitement ordonné des demandes d'asile en provenance des États-Unis. Alors que plusieurs tentatives obliques ont été adoptées pour pallier les entrées irrégulières, aucune n'a réglé le problème à long terme. La solution est pourtant simple : mettre fin à l'Entente sur les tiers pays sûrs.

Même si l'Entente sur les tiers pays sûrs atteignait l'un de ses objectifs, soit de favoriser un traitement ordonné des demandes d'asile au Canada, elle ne permettrait pas d'assurer le respect du principe de non-refoulement et du respect des droits des demandeurs d'asile. Les nombreuses contestations portées devant les tribunaux canadiens pour invalider la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr et l'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs posent de sérieuses questions quant au respect de ce principe et de ces droits. Il n'y a pas actuellement de procédure permettant aux agents canadiens d'immigration mettant en œuvre l'accord d'effectuer une évaluation individualisée du risque de refoulement par les États-Unis. Cette situation se révèle d'autant plus choquante actuellement, compte tenu des pratiques américaines de refoulement dans le contexte de la pandémie de la COVID-19. À la suite du décret du Département américain de la santé et des services sociaux prenant effet le 20 mars 2020²¹⁰, plus de 20 000 personnes, y compris des enfants et des mineurs non accompagnés, ont été refoulées sans possibilité de déposer une demande

²¹⁰ DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *Notice of Order under Sections 362 and 365 of the Public Health Service Act Suspending Introduction of Certain Persons from Countries where a Communicable Disease Exists*, 85 Fed. Reg. 17060 (20 mars 2020), en ligne : <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2020-03-26/pdf/2020-06327.pdf>>.

d'asile, ce qui a été dénoncé par au-delà d'une centaine d'organisations et d'experts²¹¹.

Si l'Entente sur les tiers pays sûrs n'atteint pas les objectifs pour lesquels elle a été adoptée, pourquoi est-elle toujours en vigueur ? Selon nous, c'est essentiellement pour une raison politique. Ainsi que Ben Proctor l'énonce, si le Canada en venait à déclarer que les États-Unis ne sont pas un pays sûr, « [y]ou'd be poking [le président Trump] in the eye »²¹². Or, comme le souligne la professeure Audrey Macklin, « [i]f Trump actually understood how the Safe Third Country Agreement works, he'd be the first to cancel it²¹³ ». L'arrivée du nouveau président Joe Biden à la tête des États-Unis pourrait certes calmer le contexte politique ayant contribué aux entrées irrégulières au Canada. Il demeure tout de même difficile pour le Canada de se retirer unilatéralement de l'entente. Afin qu'aucune conclusion ne soit tirée quant à savoir si les États-Unis est, dans les faits, sûr, la solution optimale serait celle pour les États-Unis de se retirer de l'Entente sur les tiers pays sûrs, de façon unilatérale ou d'un commun accord avec le Canada.

Toutefois, la crainte d'un malaise politique avec les États-Unis ne devrait pas servir de motif au gouvernement canadien pour mettre en péril les droits des demandeurs d'asile. Dans le contexte actuel, il est grand temps de mettre fin à l'Entente sur les tiers pays sûrs. En attendant qu'une entente en ce sens soit conclue avec les États-Unis, nous estimons primordial d'assurer aux demandeurs d'asile l'accès à une détermination individualisée quant aux risques liés à leur renvoi aux États-Unis, et ce, pour garantir la

²¹¹ Lettre de Robert R. Redfield, directeur du Centers for Disease Control and Prevention, à Chad F. Wolf, secrétaire du Département de la sécurité intérieure : « Illegal Expulsions by the Department of Homeland Security under the March 20, 2020 Order by the Centers for Disease Control and Prevention », en ligne : <<https://www.humanrightsfirst.org/sites/default/files/LetteronDHSExpulsionsUnderCDCOrder.pdf>>; voir aussi les statistiques du gouvernement américain : US CUSTOM AND BORDER PROTECTION, « Nationwide Enforcement Encounters: Title 8 Enforcement Actions and Title 42 Expulsions », en ligne : <<https://www.cbp.gov/newsroom/stats/cbp-enforcement-statistics/title-8-and-title-42-statistics>>.

²¹² A. HUTCHINS, préc., note 67, p. 46.

²¹³ *Id.*, p. 45.

protection de leurs droits fondamentaux. Par exemple, le Canada pourrait mettre en œuvre l'exception fondée sur l'intérêt public conformément à l'article 6 de l'Entente sur les tiers pays sûrs et octroyer au délégué du ministre la discrétion nécessaire pour décider qu'une demande d'asile est tout de même recevable. Sans régler la question des entrées irrégulières, cette proposition conforme à la recommandation 10 du rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration et à celle du HCR²¹⁴ permettrait au moins de s'assurer que le Canada protège les droits fondamentaux des demandeurs d'asile visés par l'Entente sur les tiers pays sûrs.

²¹⁴ CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, préc., note 66, p. 14-15; HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, préc., note 74.