

IMM-7818-05  
2007 FC 1262

IMM-7818-05  
2007 CF 1262

**Canadian Council for Refugees, Canadian Council of Churches, Amnesty International, and John Doe**  
(Applicants)

v.

**Her Majesty the Queen** (Respondent)

*INDEXED AS: CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES v. CANADA (F.C.)*

Federal Court, Phelan J.—Toronto, February 5 and 6; Ottawa, November 29, 2007.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Judicial review challenging 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 (STCA) deeming foreign nationals entering Canada from “designated country” ineligible to make refugee claim — STCA authorized by Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 159.1-159.7 — Immigration and Refugee Protection Act, s. 102(1)(a) requiring Governor in Council (GIC) designate only countries complying with United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 33, Convention Against Torture, Art. 3 — Several issues in U.S. system identified as not complying with Conventions — Thus unreasonable for GIC to conclude U.S. “safe third country” — Application allowed.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — 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 (STCA), authorized by Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 159.1-159.7, providing foreign nationals entering Canada from “designated country” ineligible to make refugee claim — Entirely foreseeable genuine refugee claimants would be refouled if returned to U.S., thus sufficient causal connection between Canada, s. 7 rights deprivation — Fact STCA applying only to claimants arriving by land, Canadian immigration officers retaining no discretion to allow claim in Canada, leading to arbitrary results — Charter, s. 7 rights breached, not justified under s. 1.*

**Conseil canadien pour les réfugiés, Conseil canadien des Églises, Amnistie internationale, et M. Untel**  
(demandeurs)

c.

**Sa Majesté la Reine** (défenderesse)

*RÉPERTORIÉ : CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS C. CANADA (C.F.)*

Cour fédérale, juge Phelan—Toronto, 5 et 6 février; Ottawa, 29 novembre 2007.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Contrôle judiciaire contestant 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 (l’Entente) aux termes duquel le ressortissant étranger qui entre au Canada à partir d’un « pays désigné » est réputé irrecevable à présenter une demande d’asile — L’Entente est autorisée par les art. 159.1 à 159.7 du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés — L’art. 102(1)(a) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés oblige le gouverneur en conseil à désigner seulement les pays qui se conforment à l’art. 33 de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés et à l’art. 3 de la Convention contre la torture — Plusieurs volets du régime américain ne respectent pas les Conventions — Il n’était donc pas raisonnable de la part du gouverneur en conseil de conclure que les États-Unis sont un « pays tiers sûr » — Demande accueillie.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — 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 (l’Entente), qui est autorisé par les art. 159.1 à 159.7 du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés, dispose que le ressortissant étranger qui entre au Canada à partir d’un « pays désigné » est réputé irrecevable à présenter une demande d’asile — Il était tout à fait prévisible que des demandeurs d’asile authentiques seraient refoulés s’ils étaient renvoyés aux États-Unis; il y avait donc un lien de causalité suffisant entre le Canada et la négation des droits garantis par l’art. 7 — Le fait que l’Entente ne s’applique qu’aux demandeurs d’asile qui arrivent par voie terrestre et le fait que l’agent d’immigration*

*canadien ne dispose d'aucune latitude qui lui permettrait d'admettre un demandeur d'asile au Canada conduisent à des résultats arbitraires — Il y a atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la Charte, atteinte qui n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — 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 (STCA), authorized by Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 159.1-159.7, providing foreign nationals entering Canada from “designated country” ineligible to make refugee claim — Designation of U.S. as safe third country leading to discriminatory result as having much more severe impact on those falling into areas where U.S. not compliant with international conventions, exposing such people to risk based solely on method of arrival in Canada — Charter, s. 15 rights breached, not justified under s. 1.*

*Construction of Statutes — 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 (STCA) deeming foreign nationals entering Canada from “designated country” ineligible to make refugee claim — Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 102(3) requiring Governor in Council ensure continuing review of factors having to be met for country to be designated — Although no specific time frame established, IRPA, s. 102(3) requiring review on reasonably continuous basis consistent with facts, circumstances as they develop from time to time.*

This was an application for judicial review challenging 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 (STCA)*, which deems a foreign national who attempts to enter Canada at a land border from a “designated country” ineligible to make a refugee claim.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — 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 (l'Entente), qui est autorisé par les art. 159.1 à 159.7 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, dispose que le ressortissant étranger qui entre au Canada à partir d'un « pays désigné » est réputé irrecevable à présenter une demande d'asile — La désignation des États-Unis en tant que pays tiers sûr crée une situation discriminatoire étant donné qu'elle entraîne des conséquences beaucoup plus graves pour les personnes qui entrent dans des catégories à l'égard desquelles les États-Unis ne se conforment pas aux conventions internationales, les exposant à des risques sur le seul fondement du moyen qu'elles ont employé pour entrer au Canada — Il y a atteinte aux droits garantis par l'art. 15 de la Charte, atteinte qui n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.*

*Interprétation des lois — 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 (l'Entente) dispose que le ressortissant étranger qui entre au Canada à partir d'un « pays désigné » est réputé irrecevable à présenter une demande d'asile — L'art. 102(3) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) oblige le gouverneur en conseil à assurer le suivi de l'examen des facteurs à l'égard des pays qu'il désigne comme pays sûrs — Bien qu'aucun délai précis ne soit prévu, l'art. 102(3) de la LIPR impose un suivi assez constant pour qu'on puisse tenir compte de l'évolution des faits et de la situation.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire déposée en vue de contester 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 (l'Entente)* aux termes duquel le ressortissant étranger qui cherche à entrer au Canada à une frontière terrestre à partir d'un « pays désigné » est réputé irrecevable à présenter une demande d'asile.

Paragraph 102(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) provides that the Governor in Council (GIC) may designate a country that complies with Article 33 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Refugee Convention) and Article 3 of the Convention Against Torture (CAT). In deciding to designate a country, the GIC is required under subsection 102(2) of IRPA to consider four factors. These factors include whether the country is a party to the Refugee Convention and CAT, its policies, practices and obligations with respect to these Conventions, its human rights record, and whether it is a party to an agreement with the Government of Canada for the purpose of sharing responsibility with respect to refugee claims. Subsection 102(3) requires ongoing review by the GIC of any country it designates as safe under the Act.

The applicants argued that sections 159.1 to 159.7 (as enacted by SOR/2004-217, s. 2) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), SOR/2002-227, which authorized the STCA, and the designation of the U.S. as a “safe third country” are invalid and unlawful because the preconditions to enacting the Regulations were not met as the U.S. does not comply with certain international conventions protecting refugees. The applicants also argued that the Regulations and the STCA offend the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that the decision to declare the U.S. a designated country is unlawful pursuant to administrative law principles, the Charter and international law.

*Held*, the application should be allowed.

Sections 159.1 to 159.7 of the Regulations and the STCA are *ultra vires* as the conditions to the enactment of the Regulations, set out in subsection 102(1) of IRPA were not met.

Case law from the United Kingdom and the European Union established the following principles: (1) a party cannot merely rely on the existence of the agreement but must be open to reviewing compliance of the third country; (2) there is a presumption of compliance by the third country; (3) the focus of the Refugee Convention is on protection against refoulement and as long as the third party protects in practice against refoulement, other distinctions will not bar return; (4) the protection need not be refugee status so long as there is protection; and (5) even if the other country applies different burdens of proof, as long as the practical results are attainable in the same way, the distinction is unimportant. With these principles in mind, the American refugee determination system was analyzed to determine whether that country’s practices and policies violate the Refugee Convention (Article 33) or CAT (Article 3) prohibitions against refoulement. A number of

L’alinéa 102(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) dispose que le gouverneur en conseil peut désigner un pays qui se conforme à l’article 33 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (la Convention relative aux réfugiés) et à l’article 3 de la Convention contre la torture. Lorsqu’il désigne un pays, le gouverneur en conseil doit, suivant le paragraphe 102(2) de la LIPR, tenir compte de quatre facteurs, notamment si le pays est partie à la Convention relative aux réfugiés et à la Convention contre la torture, ses politiques et usages à l’égard de ces Conventions, ses antécédents en matière de respect des droits de la personne et le fait qu’il est ou non partie à un accord avec le Canada concernant le partage de la responsabilité de l’examen des demandes d’asile. Le paragraphe 102(3) oblige le gouverneur en conseil à assurer le suivi de l’examen des facteurs à l’égard des pays qu’il désigne comme pays sûrs en vertu de la Loi.

Les demandeurs ont affirmé que les articles 159.1 à 159.7 (édictees par DORS/2004-217, art. 2) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement), DORS/2002-227, qui ont autorisé l’Entente, et la désignation des États-Unis comme « pays tiers sûr » sont invalides et illégaux parce que les conditions préalables à la prise du Règlement n’ont pas été respectées étant donné que les États-Unis ne se conforment pas à certaines conventions internationales protégeant les réfugiés. De même, les demandeurs ont soutenu que le Règlement et l’Entente contreviennent à la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que la décision de déclarer les États-Unis comme pays désigné est illégale selon les principes de droit administratif, la Charte et le droit international.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Les articles 159.1 à 159.7 du Règlement et l’Entente constituent un excès de pouvoir, étant donné que les conditions énumérées au paragraphe 102(1) de la LIPR n’ont pas été respectées.

La jurisprudence du Royaume-Uni et de l’Union européenne a posé les principes suivants : 1) une partie ne peut se contenter de s’en remettre à l’existence de l’entente, mais elle doit être ouverte à la possibilité de vérifier si le pays tiers se conforme; 2) il existe une présomption de conformité de la part du pays tiers; 3) la Convention relative aux réfugiés est axée sur la protection contre le refoulement et, dès lors que le pays tiers assure en pratique la protection contre le refoulement, les autres distinctions ne feront pas obstacle au renvoi; 4) il n’est pas nécessaire que la protection porte sur le statut de réfugié dès lors qu’il existe une protection; et 5) même si l’autre pays applique une charge de preuve différente, dès lors que l’on peut atteindre de la même façon le même résultat pratique, la distinction n’est pas importante. Compte tenu de ces principes, le régime américain de reconnaissance du statut de réfugié a été analysé pour établir si les pratiques et usages du pays

issues in the U.S. system were identified as not complying with the Conventions. First, forms of protection available in the U.S. include asylum and withholding of removal based on fear of torture. When a claim for asylum is barred because it was filed later than one year after arrival in the U.S., the only recourse (subject to some exceptions) to protect against refoulement is an application for withholding of removal. The evidence established that there is a higher standard for withholding, and that this standard combined with the one-year bar may put some refugees returned to the U.S. in danger of refoulement. Second, the U.S. terrorist exclusions are extremely harsh, and cast a wide net which will catch many who never posed a threat. In returning claimants to the U.S. under these circumstances, the weight of the evidence is that Canada is exposing refugees to a serious risk of refoulement and torture. Third, there is a real risk of refoulement for women subject to domestic violence because of the uncertainty in U.S. law on that matter. For these reasons, it could not be said that the U.S. was compliant with Article 33 of the Refugee Convention or Article 3 of CAT. It was thus unreasonable for the GIC to conclude that the U.S. is a “safe country.”

With respect to the interpretation and application of CAT, Article 3 of that Convention is an absolute bar against removal to torture where torture is reasonably likely to occur. That prohibition is also part of Canadian law. However, neither U.S. law nor its practice considers deportation to a country where torture is a likely occurrence to be an absolute bar to deportation. It was unreasonable for the GIC to conclude that the U.S. meets the standards of Article 3 of CAT.

Subsection 102(3) of IRPA provides that the GIC must ensure the continuing review of factors with respect to each designated country. Although no specific time frame is established, this subsection requires a review on a reasonably continuous basis consistent with the facts and circumstances as they develop from time to time. The GIC failed to do so herein.

Several aspects of U.S. law put genuine refugees at risk of refoulement to persecution or torture. Section 7 of the Charter applies to torture inflicted abroad if there is a sufficient causal connection with Canadian government acts. Here, based on the

contreviennent à l’interdiction du refoulement prévue dans la Convention relative aux réfugiés (article 33) ou la Convention contre la torture (article 3). Plusieurs volets du régime américain ne respectent pas les Conventions. D’abord, les formes de protection offertes aux États-Unis comprennent l’asile et le sursis à l’exécution d’une mesure de renvoi en raison de la crainte d’être soumis à la torture. Lorsqu’une demande d’asile est irrecevable parce qu’elle n’a pas été déposée dans le délai d’un an suivant l’arrivée aux États-Unis, le seul recours (sous réserve de certaines exceptions) ouvert à l’intéressé pour éviter d’être refoulé consiste à présenter une demande de sursis à l’exécution de la mesure de renvoi prise contre lui. La preuve a démontré qu’une norme plus stricte régit les demandes de sursis et que cette norme, combinée au délai de prescription d’un an, risque d’exposer au refoulement certains des réfugiés qui sont renvoyés aux États-Unis. Deuxièmement, les exclusions américaines relatives au terrorisme sont extrêmement sévères; elles ratisent très large et ont pour effet de s’appliquer à nombre de personnes qui n’ont jamais constitué une menace. En renvoyant les demandeurs d’asile aux États-Unis dans ces conditions, le Canada, suivait la prépondérance de la preuve, expose des réfugiés à un grave risque de refoulement et de torture. Troisièmement, les femmes victimes de violence conjugale risquent véritablement d’être refoulées vu l’incertitude qui règne en ce qui concerne l’état du droit américain. Ainsi, on ne pouvait affirmer que les États-Unis respectaient l’article 33 de la Convention relative aux réfugiés ou l’article 3 de la Convention contre la torture. Il n’était donc pas raisonnable de la part du gouverneur en conseil de conclure que les États-Unis sont un « pays sûr ».

Pour ce qui est de l’interprétation et de l’application de la Convention contre la torture, l’article 3 de cette Convention constitue une interdiction absolue de tout renvoi vers un pays où l’intéressé risque d’être torturé. Cette interdiction fait également partie du droit canadien. Cependant, ni le droit des États-Unis, ni en tout cas sa pratique, ne considèrent que l’expulsion d’une personne vers un pays où elle sera probablement torturée ne constituent un empêchement absolu à son expulsion. Il était déraisonnable de la part du gouverneur en conseil de conclure que les États-Unis répondent aux critères de l’article 3 de la Convention contre la torture.

Le paragraphe 102(3) de la LIPR dispose que le gouverneur en conseil assure le suivi de l’examen des facteurs à l’égard de chacun des pays désignés. Bien qu’aucun délai précis ne soit prévu, ce paragraphe impose un suivi assez constant pour qu’on puisse tenir compte de l’évolution des faits et de la situation. Le gouverneur en conseil a omis de le faire en l’espèce.

Le droit des États-Unis comporte plusieurs aspects qui ont pour effet d’exposer les réfugiés authentiques au risque d’être refoulés vers un pays qui pratique la persécution ou la torture. L’article 7 de la Charte s’appliquera à la torture infligée à

evidence, it was “entirely foreseeable” that genuine claimants would be refouled. The life, liberty and security of refugees is therefore put at risk when Canada returns them to the U.S. under the STCA. As such, there is a sufficient causal connection between Canada and the deprivation of section 7 rights. The fact that a Canadian immigration officer, after determining that a claimant does not fit one of the exceptions to the STCA, retains no discretion to allow a claimant who may be placed at risk if sent back to the U.S. to make a claim in Canada, leads to arbitrary results that do not take the individual claimant’s circumstances into account. The fact that the STCA only applies to those arriving by land is also arbitrary. With respect to section 15 of the Charter, the designation of the U.S. as a safe third country leads to a discriminatory result in that it has a much more severe impact on persons who fall into the areas where the U.S. is not compliant with the Refugee Convention or CAT. It also discriminates against and exposes such people to risk based solely on the method of arrival in Canada. There was insufficient evidence of a section 1 justification.

l’étranger s’il existe un lien de causalité suffisant avec les actes du gouvernement canadien. En l’espèce, il appert de la preuve qu’il était « tout à fait prévisible » que des demandeurs d’asile authentiques seraient refoulés. Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des réfugiés est donc compromis lorsque le Canada les renvoie aux États-Unis en vertu de l’Entente. Ainsi, il existe un lien de causalité suffisant entre le Canada et la négation des droits prévus à l’article 7. Le fait que l’agent d’immigration canadien ne dispose d’aucune latitude qui lui permettrait d’admettre un demandeur d’asile après avoir déterminé que ce dernier ne tombe sous le coup d’aucune des exceptions étroitement délimitées de l’Entente conduit à des résultats arbitraires qui ne tiennent pas compte de la situation particulière du demandeur d’asile. Le fait que l’Entente ne s’applique qu’à ceux qui arrivent par voie terrestre est aussi arbitraire. Pour ce qui est de l’article 15 de la Charte, la désignation des États-Unis en tant que pays tiers sûr crée une situation discriminatoire étant donné qu’elle entraîne des conséquences beaucoup plus graves pour les personnes qui entrent dans des catégories à l’égard desquelles les États-Unis ne se conforment pas à la Convention relative aux réfugiés ou à la Convention contre la torture, en plus de soumettre ces personnes à un traitement discriminatoire et de les exposer à des risques sur le seul fondement du moyen qu’elles ont employé pour entrer au Canada. Il n’y avait pas assez de preuve faisant état de la justification par application de l’article premier.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- 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*, December 5, 2002, [2004] Can. T.S. No. 2, Art. 4(1), 6, 8(3).
- Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the Gradual Abolition of Checks at their Common Borders*, signed 14 June 1985 in Schengen, Luxembourg. (Schengen Agreement).
- An Act to amend the Immigration Act and to amend other Acts in consequence thereof*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 9, 15.
- Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12.
- Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Arts. 1, 3.
- Convention Determining the State Responsible for Examining Applications for Asylum Lodged in One of the*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- 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, [2004] R.T. Can. n° 2, art. 4(1), 6, 8(3).
- Accord entre les Gouvernements des États de l’Union économique Benelux, de la République fédérale d’Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, signé à Schengen (Luxembourg), le 14 juin 1985 (Accord Schengen).
- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 9, 15.
- Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34.
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 1, 3.
- Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, art. 3, 13.

- Member States of the European Community*, 15 June 1990, Dublin. (Dublin Convention).
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221, Arts. 3, 13.
- Council Regulation (EC) No. 343/2003 of 18 February 2003 Establishing the Criteria and Mechanisms for Determining the Member State Responsible for Examining an Asylum Application Lodged in one of the Member States by a Third-Country National* (Dublin II).
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.
- Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.
- Immigration and Nationality Act (INA)*, § 101(a)(3)(B)(iii),(43), 208, 212, 237(a)(4)(B), 241(b)(3)(B)(ii),(iv), 242(b)(4).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3, 5(1), 34, 96, 97, 101(1)(e), 102, 230(1).
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 159.1 to 159.7 (as enacted by SOR/2004-217, s. 2).
- Immigration Regulations*, 8 C.F.R. § 208.16(b)(4)(2), 208.17(a), 208.16(c), 208.18(a),(5),(7).
- National Harbours Board Act*, R.S.C. 1970, c. N-8, s. 7 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 121, s. 6).
- Real ID Act of 2005*, Pub. L. 109-13, Div. B. Title II, § 101(a)(3)(B)(ii),(d)(e).
- Refugee Claimants Designated Class Regulations*, SOR/90-40.
- Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2004-217, s. 2.
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Arts. 1(F), 33.
- United Nations Protocol Relating to the Status of Refugees*, January 31, 1967, [1969] Can. T.S. No. 29.
- Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001*, Pub. L. No. 107-56 (2001).
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1F), 33.
- 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*, 15 juin 1990, Dublin (Convention de Dublin).
- Immigration and Nationality Act (INA)*, § 101(a)(3)(B)(iii), (43), 208, 212, 237(a)(4)(B), 241(b)(3)(B)(ii),(iv), 242(b)(4).
- Immigration Regulations*, 8 C.F.R. § 208.16(b)(4)(2), 208.17(a), 208.16(c), 208.18(a), (5),(7).
- Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres loi en conséquence*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28.
- Loi sur le Conseil des ports nationaux*, S.R.C. 1970, chap. N-8, art. 7 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 121, art. 6).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.
- Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3, 5(1), 34, 96, 97, 101(1)e), 102, 230(1).
- Protocole des Nations Unies relatif au statut des réfugiés*, 31 janvier 1967, [1969] R.T. Can. n° 29.
- Real ID Act of 2005*, Pub. L. 109-13, Div. B. Title II, § 101(a)(3)(B)(ii),(d)(e).
- Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers* (Dublin II).
- Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2004-217, art. 2.
- Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié*, DORS/90-40.
- Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 159.1 à 159.7 (édités par DORS/2004-217, art. 2).
- Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001*, Pub. L. No. 107-56 (2001).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791; (2005), 254 D.L.R. (4th)

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791; 2005 CSC 35; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 2 C.F. 211 (1<sup>re</sup> inst.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283; 2001 CSC 7;

577; 130 C.R.R. (2d) 99; 335 N.R. 25; 2005 SCC 35; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; (1998), 212 A.R. 237; 156 D.L.R. (4th) 385; [1999] 5 W.W.R. 451; 67 Alta. L.R. (3d) 1; 224 N.R. 1; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 2 F.C. 211; (1998), 13 Admin. L.R. (3d) 280; 157 F.T.R. 123 (T.D.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283; (2001), 195 D.L.R. (4th) 1; [2001] 3 W.W.R. 193; 148 B.C.A.C. 1; 85 B.C.L.R. (3d) 1; 151 C.C.C. (3d) 97; 39 C.R. (5th) 205; 81 C.R.R. (2d) 1; 265 N.R. 212; 2001 SCC 7; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

## DISTINGUISHED:

*Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (3d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241.

## CONSIDERED:

*Canadian Council of Churches v. Canada*, [1990] 2 F.C. 534; (1990), 68 D.L.R. (4th) 197; 44 Admin. L.R. 56; 46 C.R.R. 290; 36 F.T.R. 80; 10 Imm. L.R. (2d) 81; 106 N.R. 61 (C.A.); aff'd [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Spinney v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (2000), 183 F.T.R. 71 (F.C.); *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655; (2005), 262 D.L.R. (4th) 13; 42 Admin. L.R. (4th) 234; 137 C.R.R. (2d) 20; 51 Imm. L.R. (3d) 17; 345 N.R. 73; 2005 FCA 436; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121; 164 N.R. 342 (C.A.); *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595; (1995), 125 D.L.R. (4th) 141; 30 Imm. L.R. (2d) 139; 180 N.R. 330 (C.A.);

*Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Conseil canadien des églises c. Canada*, [1990] 2 C.F. 534 (C.A.); conf. par [1992] 1 R.C.S. 236; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Spinney c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [2000] A.C.F. n° 266 (C.F.); *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655; 2005 CAF 436; *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247 (C.A.); *Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.); *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485; *Sunshine Village Corp. c. Canada (Parcs)*, [2004] 3 R.C.F. 600; 2004 CAF 166; *David Suzuki Foundation v. British Columbia (Attorney General)* (2004), 8 C.E.L.R. (3d) 235; 17 Admin. L.R. (4th) 85; 2004 BCSC 620; *Jose Pereira E. Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 20; *T.I. v. U.K.*, App. No. 43844/98 (CEDH); *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan*, [2001] 2 A.C. 477 (H.L.); *Regina (Yogathas)*

- United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485; (2004), 346 A.R. 4; 236 D.L.R.(4th) 385; [2004] 7 W.W.R. 603; 26 Alta. L.R. (4th) 1; 12 Admin. L.R. (4th) 1; 46 M.P.L.R. (3d) 1; 318 N.R. 170; 18 R.P.R. (4th) 1; 2004 SCC 19; *Sunshine Village Corp. v. Canada (Parks)*, [2004] 3 F.C.R. 600; (2004), 238 D.L.R. (4th) 647; 16 Admin. L.R. (4th) 242; 4 M.P.L.R. (4th) 174; 320 N.R. 331; 2004 FCA 166; *David Suzuki Foundation v. British Columbia (Attorney General)* (2004), 8 C.E.L.R. (3d) 235; 17 Admin. L.R. (4th) 85; 2004 BCSC 620; *Jose Pereira E. Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2007), 26 C.E.L.R. (3d) 169; 358 N.R. 310; 2007 FCA 20; *T.I. v. U.K.*, App. No. 43844/98 (ECHR); *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan*, [2001] 2 A.C. 477 (H.L.); *Regina (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 1 A.C. 920; 2002 UKHL 36; *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Salas*, [2000] E.W.J. No. 4340 (QL); *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 85; 153 N.R. 321; *Kadenko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532; 206 N.R. 272 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1996] S.C.C.A. No. 612 (QL); *Ins v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987); *Mogharrabi (Matter of)*, 19 I&N Dec. 439 (BIA 1987); *Huerta v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 157 N.R. 225 (F.C.A.); *Jabari v. Turkey*, [2000] ECHR 369; *Williams v. Canada (Secretary of State)*, [1995] F.C.J. No. 1025 (T.D.) (QL); *Elcock v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 175 F.T.R. 116 (F.C.T.D.); *A-H- (Matter of)* 23 I&N Dec. 774 (A.G. 2005); *S-K- (In re)*, 23 I&N Dec. 936 (BIA 2006); *Arias v. Ashcroft*, 143 Fed.Appx. 464 (3rd Cir. 2005); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Asghedom* (2001), 210 F.T.R. 294; 2001 FCT 972; *Kathirgamu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 300; *R-A- (In re)*, 22 I&N Dec. 906 (BIA 1999); *Bocova v. Gonzales*, 412 F.3d 257 (1st Cir. 2005); *S-P- (In re)*, 21 I&N Dec. 486 (BIA 1996); *Maldonado v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 2 F.C. 302; (1979), 31 N.R. 34 (C.A.); *S-M-J- (In re)*, 21 I&N Dec. 722 (BIA 1997); *In re J-E-*, 23 I&N Dec. 291 (BIA 2002); *Zubeda v. Ashcroft*, 333 F.3d 463 (3d Cir. 2003); *Khouzam v. Ashcroft*, 361 F.3d 161 (2d Cir. 2004); *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657; (2004), 245 D.L.R. (4th) 1; [2005] 2 W.W.R. 189; 206 B.C.A.C. 1; 34 B.C.L.R. (4th) 24; 124 C.R.R. (2d) 135; 327 N.R. 1; 2004 SCC 78; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) *v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 1 A.C. 920; 2002 UKHL 36; *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Salas*, [2000] E.W.J. n° 4340 (QL); *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Kadenko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1376 (C.A.) (QL); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1996] C.S.C.R. n° 612 (QL); *Ins v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987); *Mogharrabi (Matter of)*, 19 I&N Dec. 439 (BIA 1987); *Huerta c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 157 N.R. 225 (C.A.F.); *Jabari c. Turquie*, [2000] CEDH 369; *Williams c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1995] A.C.F. n° 1025 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Elcock c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1438 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *A-H- (Matter of)* 23 I&N Dec. 774 (A.G. 2005); *S-K (In re)*, 23 I&N Dec. 936 (BIA 2006); *Arias v. Ashcroft*, 143 Fed.Appx. 464 (3rd Cir. 2005); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Asghedom*, 2001 CFPI 972; *Kathirgamu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 300; *R-A- (In re)*, 22 I&N Dec. 906 (BIA 1999); *Bocova v. Gonzales*, 412 F.3d 257 (1st Cir. 2005); *S-P- (In re)*, 21 I&N Dec. 486 (BIA 1996); *Maldonado c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 2 C.F. 302 (C.A.); *S-M-J- (In re)*, 21 I&N Dec. 722 (BIA 1997); *In re J-E-*, 23 I&N Dec. 291 (BIA 2002); *Zubeda v. Ashcroft*, 333 F.3d 463 (3d Cir. 2003); *Khouzam v. Ashcroft*, 361 F.3d 161 (2d Cir. 2004); *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657; 2004 CSC 78; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; [1998] 1 W.W.R. 50; 38 B.C.L.R. (3d) 1; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161.

## REFERRED TO:

*Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar)*, [2008] 3 F.C.R. 248; 2007 FC 766; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256; (2006), 264 D.L.R. (4th) 577; 38 Admin. L.R. (4th) 159; 55 C.H.R.R. D/463; 137 C.R.R. (2d) 326; 345 N.R. 201; 2006 SCC 6; *James Doyle (Sr) & Sons Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1992] 3 F.C. 128; (1992), 92 D.L.R. (4th) 520; 54 F.T.R. 241 (T.D.); *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 112 Sask. R. 181 (Q.B.); *Gulf Canada Resources Ltd. v. Alberta* (2001), 285 A.R. 307; 34 Admin. L.R. (3d) 89; 2001 ABQB 286; *Acosta (Matter of)*, 19 I&N Dec. 211 (BIA 1985); *El Balazi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 57 Imm. L.R. (3d) 9; 2006 FC 38; *Diluna v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 92 F.T.R. 67; 29 Imm. L.R. (2d) 156 (F.C.T.D.); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.); *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *INS v. Elias-Zacarias*, 502 U.S. 478 (1992); *R.K.L. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 228 F.T.R. 43; 26 Imm. L.R. (3d) 292; 2003 FCT 116; *Attakora v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 99 N.R. 168 (F.C.A.); *Ahortor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 65 F.T.R. 137; 21 Imm. L.R. (2d) 39 (F.C.T.D.); *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 233 F.T.R. 166; 2003 FCT 556; *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 239; (2005), 249 D.L.R. (4th) 306; 41 Imm. L.R. (3d) 157; 329 N.R. 346; 2005 FCA 1; *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, [2004] 3 S.C.R. 357; (2004), 244 D.L.R. (4th) 257; 125 C.C.C. (2d) 48; 326 N.R. 201; 2004 SCC 65.

## AUTHORS CITED

Canada. Citizenship and Immigration. *A Partnership for Protection: Year One Review*, November 2006. online: <<http://www.cic.gc.ca/english/about/laws-policy/partnership/index.asp>>.  
 Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events*

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, [2008] 3 R.C.F. 248; 2007 CF 766; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256; 2006 CSC 6; *James Doyle (Sr) & Sons Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [1992] 3 C.F. 128 (1<sup>re</sup> inst.); *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 112 Sask. R. 181 (B.R.); *Gulf Canada Resources Ltd. v. Alberta* (2001), 285 A.R. 307; 34 Admin. L.R. (3d) 89; 2001 ABQB 286; *Acosta (Matter of)*, 19 I&N Dec. 211 (BIA 1985); *El Balazi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 38; *Diluna c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 399 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.); *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.); *INS v. Elias-Zacarias*, 502 U.S. 478 (1992); *R.K.L. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 116; *Attakora c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] A.C.F. n° 444 (C.A.) (QL); *Ahortor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 705 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 556; *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 239; 2005 CAF 1; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357; 2004 CSC 65.

## DOCTRINE CITÉE

Affaires étrangères et Commerce international Canada. *Déclaration sur la frontière intelligente : Création d'une frontière intelligente pour le XXI<sup>e</sup> siècle soutenue par une zone de confiance nord-américaine*, Ottawa : 12 décembre 2001. en ligne : <<http://geo.international>>

- Relating to Maher Arar*. Ottawa: The Commission, 2006. online: <<http://www.ararcommission.ca>>.
- Canada Parliament. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *The Safe Third Country Regulations: Report*, December 2002. online: <<http://cmte.parl.gc.ca/Content/HOC/committee/372/cimm/reports/rp1032292/cimmp01-e.htm>>.
- Foreign Affairs and International Trade Canada. *Smart Border Declaration: Building a Smart Border for the 21st Century on the Foundation of a North American Zone of Confidence*, Ottawa: December 12, 2001, online: <[http://geo.international.gc.ca/can-am/main/border/smart\\_border\\_declaration-en.asp](http://geo.international.gc.ca/can-am/main/border/smart_border_declaration-en.asp)>.
- Regulatory Impact Analysis Statement, *C. Gaz.* 2004.II. 1622.
- Schoenholz, Andrew I. *Asylum Representation, Summary Statistics* (Institute for the Study of International Migration, Georgetown University, May 2000) [unpublished].
- United Nations High Commissioner for Refugees. *Monitoring Report: Canada–United States “Safe Third Country” Agreement, 29 December 2004–28 December 2005*. June 2006. online: <<http://www.unhcr.org/home/PROTECTION/455b2cca4.pdf>>.
- Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, 2nd ed. loose-leaf, Toronto: Butterworths, 2006.
- [gc.ca/can-am/main/border/smart\\_border\\_declaration-fr.asp](http://www.ararcommission.ca)>.
- Canada. Citoyenneté et Immigration. *Partenariat pour la protection : Examen de la première année*, novembre 2006. en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/français/ausujet/lois-politiques/partenariat/index.asp>>
- Canada. Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar*. Ottawa : La Commission, 2006. en ligne : <<http://www.commissionarar.ca>>.
- Canada. Parlement. Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration. *Le Règlement sur les tiers pays sûrs : Rapport*, décembre 2002. en ligne : <<http://cmte.parl.gc.ca/Content/HOC/committee/372/cimm/reports/rp1032292/cimmp01-f.htm>>.
- Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés. *Rapport de surveillance : Entente sur les tiers pays sûrs entre le Canada et les É.-U., 29 décembre 2004–28 décembre 2005*. Juin 2006. en ligne : <<http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/protect/opendoc.pdf?tbl=PROTECTION&id=455b2cca4>>.
- Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, *Gaz. C.* 2004.II. 1622.
- Schoenholz, Andrew I. *Asylum Representation, Summary Statistics* (Institute for the Study of International Migration, Georgetown University, mai 2000) [non publié].
- Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, 2<sup>e</sup> éd. feuilles mobiles, Toronto: Butterworths, 2006.

APPLICATION for judicial review challenging 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* on the basis that the U.S. does not comply with certain international conventions protecting refugees, a precondition to enacting the Regulations which authorized this Agreement (*Immigration and Refugee Protection Regulations*, ss. 159.1-159.7), and on the basis that declaring the U.S. a safe third country violates the Charter as well as principles of administrative law. Application allowed.

APPEARANCES:

*Barbara L. Jackman, Andrew Brouwer and Leigh Salsberg* for applicants Canadian Council for Refugees, Canadian Council of Churches and John Doe.

DEMANDE de contrôle judiciaire contestant 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* au motif que les États-Unis ne se conforment pas à certaines conventions internationales protégeant les réfugiés, une condition préalable à la prise du Règlement qui a autorisé cet accord (art. 159.1 à 159.7 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*), et au motif que la désignation des États-Unis comme pays tiers sûr contrevient à la Charte ainsi qu’aux principes de droit administratif. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

*Barbara L. Jackman, Andrew Brouwer et Leigh Salsberg* pour les demandeurs, Conseil canadien pour les réfugiés, Conseil canadien des Églises et M. Untel.

*Lorne Waldman* for applicant Amnesty International.

*David Lucas, François Joyal, Gregory G. George and Matina Karvellas* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Jackman & Associates*, Toronto, for applicants Canadian Council for Refugees, Canadian Council of Churches and John Doe.

*Waldman & Associates*, Toronto, for applicant Amnesty International.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*Lorne Waldman* pour la demanderesse Amnistie internationale.

*David Lucas, François Joyal, Gregory G. George et Matina Karvellas* pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Jackman & Associates*, Toronto, pour les demandeurs, Conseil canadien pour les réfugiés, Conseil canadien des Églises et M. Untel.

*Waldman & Associates*, Toronto, pour la demanderesse Amnistie internationale.

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. Introduction .....	1
II. Background .....	8
A. Legislation and regulations .....	15
(1) Relevant international law .....	15
(2) Safe third country designation .....	20
B. Governor in Council's decision-making process .....	31
C. Application of the Regulations/operation of the STCA .....	34
III. Standing .....	37
IV. Principles of review/standard of review .....	55
A. <i>Vires</i> .....	61
B. The standard of review .....	88
(1) The presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal .....	94
(2) Expertise of the decision maker as compared to that of the Court .....	96
(3) Purpose of the legislation and the provision in particular .....	98

TABLES DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. Introduction .....	1
II. Contexte .....	8
A. Dispositions législatives et réglementaires .....	15
1) Règles de droit international pertinentes .....	15
2) Désignation de tiers pays sûr .....	20
B. Processus de prise de décision du gouverneur en conseil .....	31
C. Application du Règlement/mise en œuvre de l'Entente .....	34
III. Qualité pour agir .....	37
IV. Principes régissant le contrôle/Norme de contrôle .....	55
A. Légalité .....	61
B. Norme de contrôle .....	88
1) Présence ou absence de clause privative ou de droit d'appel prévu par la loi .....	94
2) Expertise du décideur par rapport à celle de la Cour .....	96
3) Objet de la loi et de la disposition en particulier .....	98

(4) Nature of the question . . . . .	102	4) Nature de la question . . . . .	102
(5) Conclusion on standard of review . . . . .	104	5) Conclusion sur la norme de contrôle . . . . .	104
V. The evidence: Does U.S. refugee law and practice violate the Refugee Convention or CAT? . . . . .	106	V. La preuve : Les lois et les usages des États-Unis en matière de réfugiés violent-ils la Convention sur les réfugiés ou la Convention contre la torture? . . . . .	106
A. The experts . . . . .	106	A. Les experts . . . . .	106
(1) For the applicants . . . . .	106	1) Pour les demandeurs . . . . .	106
(2) For the respondent . . . . .	106	2) Pour la défenderesse . . . . .	106
B. U.K. and E.U. practice regarding Safe Third Country Agreements . . . . .	110	B. Usages suivis au Royaume-Uni et dans l'Union européenne en ce qui a trait aux ententes sur les pays tiers sûrs . . . . .	110
C. A brief overview of the U.S. system . . . . .	138	C. Bref survol du régime américain . . . . .	138
D. Analysis of American refugee law . . . . .	143	D. Analyse du droit américain des réfugiés . . . . .	143
(1) One-year time bar and standard for withholding . . . . .	144	1) Délai de prescription d'un an et norme applicable aux sursis . . . . .	144
(a) Is the standard for withholding higher than asylum and will this result in refoulement? . . . . .	146	a) La norme régissant le sursis est-elle plus stricte que celle applicable au droit d'asile et, dans l'affirmative, l'application de cette norme entraîne-t-elle le refoulement? . . . . .	146
(b) Is the one-year bar a violation of the Convention Against Torture and Refugee Convention apart from the withholding issue? . . . . .	155	b) Indépendamment de la question du sursis, le délai de prescription d'un an contrevient-il à la Convention contre la torture et à la Convention relative aux réfugiés . . . . .	155
(c) One-year bar: Impact on gender-based and other minority group claims . . . . .	162	c) Le délai de prescription d'un an : incidence sur les demandes fondées sur le sexe ou présentées par d'autres groupes minoritaires . . . . .	162
(2) Categorical exceptions for criminality and terrorism . . . . .	165	2) Exceptions par catégories en cas de criminalité et de terrorisme . . . . .	165
(a) Exclusion for terrorism . . . . .	167	a) Exclusion pour cause de terrorisme . . . . .	167
(b) Exclusion for serious criminality . . . . .	192	b) Exclusion pour cause de grande criminalité . . . . .	192
(3) Interpretation of the term "persecution" and claims based on particular social group and gender claims . . . . .	197	3) Interprétation du terme « persécution », demandes d'asile fondées sur l'appartenance à un groupe social et demandes d'asile fondées sur le sexe . . . . .	197
(a) Gender claims . . . . .	198	a) Demandes d'asile fondées sur le sexe . . . . .	198
(b) "Persecution" . . . . .	207	b) « Persécution » . . . . .	207
(4) Corroboration and credibility . . . . .	217	4) Corroboration et crédibilité . . . . .	217

(5) Detention and access to counsel . . . . .	228	5) Détention et droit de consulter un avocat . . . . .	228
(6) Summary . . . . .	237	6) Résumé . . . . .	237
VI. Interpretation and application of CAT . . . . .	241	VI. Interprétation et application de la Convention contre la torture . . . . .	241
VII. Failure to review . . . . .	264	VII. Défaut d'assurer un suivi . . . . .	264
VIII. <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . . . . .	276	VIII. <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> . . . . .	276
A. Is the Charter engaged in this situation, even if the substance of the human rights violations occur outside of Canada? . . . . .	277	A. La Charte s'applique-t-elle en l'espèce, même si les violations des droits de la personne se sont essentiellement produites à l'extérieur du Canada? . . . . .	277
(1) Section 7 . . . . .	282	1) Article 7 . . . . .	282
(a) Is a refugee claimant's life, liberty or security of the person at stake? . . . . .	283	a) Le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité du demandeur d'asile est-il compromis? . . . . .	283
(b) Principles of fundamental justice . . . . .	286	b) Principes de justice fondamentale . . . . .	286
(c) Arbitrariness/lack of discretion . . . . .	291	c) Caractère arbitraire/absence de pouvoir discrétionnaire . . . . .	291
(i) Canada . . . . .	293	i) Le Canada . . . . .	293
(ii) The United States . . . . .	299	ii) Les États-Unis . . . . .	299
(iii) The United Kingdom . . . . .	305	iii) Le Royaume-Uni . . . . .	305
(d) Does the Charter require individualized consideration? . . . . .	307	d) La Charte exige-t-elle un examen individualisé? . . . . .	307
(2) Section 15 . . . . .	315	2) Article 15 . . . . .	315
(a) Does the law impose differential treatment between the claimants and a comparator group? . . . . .	318	a) La loi impose-t-elle une différence de traitement entre les demandeurs d'asile et un groupe de comparaison? . . . . .	318
(b) Discrimination . . . . .	325	b) Discrimination . . . . .	325
(i) Pre-existing disadvantage . . . . .	328	i) Désavantage préexistant . . . . .	328
(ii) Correspondence of the law with the individual's circumstances . . . . .	330	ii) Correspondance entre la loi et la situation personnelle du demandeur. . . . .	330
(iii) Ameliorative purpose . . . . .	331	iii) L'objet ou l'effet d'amélioration . . . . .	331
(iv) Nature and scope of interests affected . . . . .	332	iv) Nature et étendue des droits touchés . . . . .	332
(3) Can the breaches of section 7 and section 15 be justified under section 1? . . . . .	334	3) La violation des articles 7 et 15 peut-elle se justifier en vertu de l'article premier? . . . . .	334
IX. Conclusion . . . . .	338	IX. Conclusion . . . . .	338

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

PHELAN J.:

## I. INTRODUCTION

[1] The Canadian Council for Refugees (CCR), the Canadian Council of Churches (CCC), Amnesty International (AI) and John Doe, a Colombian refugee claimant in the United States, filed a judicial review application challenging 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* [December 5, 2002, [2004] Can. T.S. No. 2], also known as the Safe Third Country Agreement (STCA). This agreement, which was enacted in its current form as part of the *Smart Border Declaration: Building a Smart Border for the 21st Century on the Foundation of a North American Zone of Confidence* [Ottawa, December 12, 2001] (Smart Border) and came into force in December 29, 2004, deems (subject to limited exceptions) a foreign national who attempts to enter Canada at a land border from a “designated country” ineligible to make a refugee claim.

[2] The applicants seek a declaration that the designation of the United States of America as a “safe third country” for asylum seekers, and the resulting ineligibility for refugee protection in Canada of certain asylum seekers, is invalid and unlawful. The applicants claim, amongst other grounds, that the Regulations [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 159.1 to 159.7 (as enacted by SOR/2004-217, s. 2)] authorizing the STCA are invalid because the preconditions to enacting the Regulations were not met because the U.S. does not comply with certain international conventions protecting refugees and prohibiting returning people to places of torture and in any event, the Regulations and STCA offend the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE PHELAN :

## I. INTRODUCTION

[1] Le Conseil canadien pour les réfugiés, le Conseil canadien des Églises, Amnistie internationale et M. Untel, un demandeur d’asile colombien se trouvant aux États-Unis, ont déposé une demande de contrôle judiciaire en vue de contester l’*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique pour la coopération en matière d’examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers* [5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2], également connu sous le nom d’Entente sur les tiers pays sûrs (l’Entente). En vertu de cet accord, qui a été adopté sous sa forme actuelle dans le cadre de la *Déclaration sur la frontière intelligente : Création d’une frontière intelligente pour le XXI<sup>e</sup> siècle soutenue par une zone de confiance nord-américaine* [Ottawa, 12 décembre 2001] (Déclaration sur la frontière intelligente) et qui est entré en vigueur le 29 décembre 2004, le ressortissant étranger qui cherche à entrer au Canada à une frontière terrestre à partir d’un « pays désigné » est, sous réserve de certaines exceptions limitées, réputé irrecevable à présenter une demande d’asile.

[2] Les demandeurs sollicitent un jugement déclarant invalide et illégale tant la désignation des États-Unis d’Amérique comme « pays tiers sûr » pour les demandeurs d’asile que l’irrecevabilité de certains demandeurs d’asile à présenter une demande d’asile au Canada. Les demandeurs affirment notamment que le Règlement autorisant l’Entente [*Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 159.1 à 159.7 (édités par DORS/2004-217, art. 2)] est invalide parce que les conditions préalables à la prise de ce règlement n’ont pas été respectées, étant donné que les États-Unis ne se conforment pas à certaines conventions internationales protégeant les réfugiés et interdisant de les renvoyer vers des endroits où ils risquent d’être torturés. Ils ajoutent qu’en tout état de cause le Règlement et l’Entente contreviennent à la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi*

44]]. The applicants are seeking a declaration that the respondent's decision to declare the U.S. a designated country is unlawful pursuant to administrative law principles, the Charter and international law.

[3] The STCA operates in a manner whereby a person from a country other than the U.S. who travels through the U.S. and arrives in Canada, by land (and only by land), to claim refugee protection status is immediately sent back to the U.S. The net effect is to deny such persons any substantive consideration of their refugee claim by Canadian authorities.

[4] The decision to enter into the STCA was delegated by Parliament to the Governor in Council (GIC) subject to certain conditions being met. These conditions include that the other country — in this case the U.S. — complies with Article 33 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (Refugee Convention or RC) which generally prevents refoulement (sending back to the persecuting home country), and Article 3 of the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* [December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36] (Convention Against Torture or CAT) which specifically prohibits sending someone back to a country that engages in torture.

[5] In determining whether to enter into an STCA, the GIC is required to consider a number of factors including the “policies and practices” of the other country, not just its legislation.

[6] In addition, the STCA and its operation must comply with the provisions of the Charter.

[7] For the reasons outlined in this judgment, the United States' policies and practices do not meet the conditions set down for authorizing Canada to enter into an STCA. The U.S. does not meet the Refugee

*constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II n° 44]]. Les demandeurs sollicitent un jugement déclarant illégale, selon les principes du droit administratif, de la Charte et du droit international, la décision de la défenderesse de déclarer les États Unis comme pays désigné.*

[3] L'Entente s'applique de telle sorte que le ressortissant d'un pays autre que les États-Unis qui arrive au Canada par voie terrestre (et uniquement par voie terrestre) après avoir transité par les États-Unis et qui présente une demande d'asile au Canada est renvoyé sur-le-champ aux États-Unis. En définitive, cette personne se voit nier toute possibilité de faire examiner au fond sa demande d'asile par les autorités canadiennes.

[4] La décision de conclure l'Entente a été déléguée par le Parlement au gouverneur en conseil sous réserve du respect de certaines conditions. Parmi ces conditions, il y a celle voulant que l'autre pays — dans le cas présent, les États-Unis — se conforme à l'article 33 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention relative aux réfugiés), qui consacre le principe de l'interdiction du refoulement (c'est-à-dire le renvoi de l'intéressé dans son pays d'origine, où il serait persécuté), et à l'article 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* [10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36] (la Convention contre la torture), qui interdit expressément de renvoyer quelqu'un dans un pays qui se livre à la torture.

[5] Pour se prononcer sur l'opportunité de conclure une Entente, le gouverneur en conseil doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs, y compris les « politiques et usages » de l'autre pays, et non seulement sa législation.

[6] De plus, l'Entente et son application doivent être compatibles avec les dispositions de la Charte.

[7] Pour les motifs qui sont exposés dans le présent jugement, la Cour estime que les politiques et les usages des États-Unis ne respectent pas les conditions prévues pour autoriser le Canada à conclure une Entente. Les

Convention requirements nor the Convention Against Torture prohibition (the Maher Arar case being one example). Further, the STCA does not comply with the relevant provisions of the Charter. Finally, the Canadian government has not conducted the ongoing review mandated by Parliament despite both the significant passage of time since the commencement of the STCA and the evidence as to U.S. practices currently available.

## II. BACKGROUND

[8] A safe third country clause first appeared in Canadian law in 1988 amendments [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28] to the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2]. There was a constitutional challenge to the amendments; however the Federal Court of Appeal held in *Canadian Council of Churches v. Canada*, [1990] 2 F.C. 534 (C.A.), appeal dismissed [1992] 1 S.C.R. 236, that litigation on that provision was premature as no country had been designated. (The Supreme Court decision is discussed below in relation to the issue of standing.) The Government of Canada continued to negotiate with the U.S. towards a mutual designation. The Smart Border and its 30-Point Action Plan contained a new commitment to an STCA. The final text of the STCA was signed on December 5, 2002 and entered into force December 29, 2004.

[9] The STCA is an agreement between Canada and the U.S. The operative provision of the STCA is Article 4(1), which provides that the country of last presence shall examine the refugee status claim of any person arriving at a land border port of entry who makes a refugee claim.

### ARTICLE 4

1. Subject to paragraphs 2 and 3, the Party of the country of last presence shall examine, in accordance with its refugee status determination system, the refugee status claim of any person who arrives at a land border port of entry on or after the effective date of this Agreement and makes a refugee status claim.

États-Unis ne satisfont pas aux exigences de la Convention relative aux réfugiés et ils ne se conforment pas à l'interdiction prévue par la Convention contre la torture (comme l'illustre, par exemple, l'affaire Maher Arar). De plus, l'Entente n'est pas conforme aux dispositions pertinentes de la Charte. Enfin, le gouvernement canadien n'a pas procédé à l'examen permanent exigé par le Parlement malgré la longue période de temps écoulée depuis la prise d'effet de l'Entente et malgré les éléments de preuve récents qui existent au sujet des usages suivis aux États-Unis.

## II. CONTEXTE

[8] Le principe du tiers pays sûr a été introduit pour la première fois dans la législation canadienne à l'occasion des modifications apportées en 1988 [L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28] à la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2]. La constitutionnalité de ces modifications a été contestée; la Cour d'appel fédérale a toutefois jugé, dans l'arrêt *Conseil canadien des églises c. Canada*, [1990] 2 C.F. 534 (C.A.), appel rejeté à [1992] 1 R.C.S. 236, que tout litige sur cette disposition était prématuré car aucun pays n'avait encore été désigné (l'arrêt de la Cour suprême est analysé plus loin en rapport avec la question de la qualité pour agir). Le gouvernement du Canada a poursuivi les négociations avec les États-Unis en vue d'une désignation réciproque. La Déclaration sur la frontière intelligente et son plan d'action en 30 points contenaient un nouvel engagement en vue de la conclusion d'une Entente. Le texte final de l'Entente a été signé le 5 décembre 2002 et il est entré en vigueur le 29 décembre 2004.

[9] L'Entente est un accord conclu entre le Canada et les États-Unis. Les dispositions essentielles de l'Entente se trouvent à son paragraphe 4(1), qui prévoit que le dernier pays de séjour examine la demande de statut de réfugié présentée par toute personne arrivée à un point d'entrée d'une frontière terrestre qui fait cette demande.

### ARTICLE 4

1. Sous réserve des paragraphes 2 et 3, la partie du dernier pays de séjour examine, conformément aux règles de son régime de détermination du statut de réfugié, la demande de ce statut de toute personne arrivée à un point d'entrée d'une frontière terrestre à la date d'entrée en vigueur du présent accord, ou par après, qui fait cette demande.

[10] The legislative structure that incorporates the principles of the STCA into domestic law is contained in the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA) and in the *Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2004-217, October 12, 2004 (STCA Regulations), more fully detailed in paragraphs 20 to 30.

[11] The U.S. is currently the only country designated as a “safe third country” under the STCA Regulations.

[12] The applicants include three public-interest based organizations, the CCR, the CCC, and AI, all of which are recognized as organizations that assist and advocate for the rights of refugees in Canada.

[13] The applicant John Doe is an asylum seeker from Colombia currently residing in the U.S. He was initially refused protection because he failed to apply within one year of arrival in the U.S. He then went into hiding in the U.S. and sought an injunction, during the course of this judicial review, to prevent the Canadian authorities from invoking the STCA if he should be able to arrive at a Canadian port of entry. An interim injunction was granted but it developed that, against the background of this judicial review, U.S. authorities agreed to have his refugee claim reconsidered.

[14] As noted by Bruce Scoffield of the Refugees Branch of Citizenship and Immigration Canada, one of the respondent’s expert affiants, the Regulations constitute the decision and reasons in this case. The Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) [*C. Gaz.* 2004.II.1622] accompanying the Regulations also comprise part of the reasons for the decision to enter into the STCA.

[10] Le régime législatif qui incorpore les principes de l’Entente en droit interne se trouve dans la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR) et dans le *Règlement modifiant le Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2004-217, 12 octobre 2004 (le Règlement mettant en œuvre l’Entente). Ce régime est exposé plus en détail aux paragraphes 20 à 30.

[11] Les États-Unis sont présentement le seul pays désigné comme « pays tiers sûr » en application du Règlement mettant en œuvre l’Entente.

[12] Parmi les demandeurs, on compte trois organismes voués à la défense de l’intérêt public, à savoir le Conseil canadien pour les réfugiés, le Conseil canadien des Églises et Amnistie internationale, tous reconnus comme étant des organismes qui se consacrent à la protection et à la défense des droits des réfugiés au Canada.

[13] Quant à M. Untel, il s’agit d’un demandeur d’asile de la Colombie qui réside actuellement aux États-Unis. L’asile lui a d’abord été refusé parce qu’il n’avait pas présenté de demande dans l’année suivant son arrivée aux États-Unis. Il s’est ensuite caché aux États-Unis et a demandé une injonction, dans le cadre du présent contrôle judiciaire, en vue d’empêcher les autorités canadiennes d’invoquer l’Entente pour le cas où il réussirait à se présenter à un point d’entrée canadien. Une injonction provisoire a été prononcée mais il s’est avéré que, parallèlement à la présente instance en contrôle judiciaire, les autorités américaines ont accepté de réexaminer sa demande d’asile.

[14] Ainsi que l’a fait observer l’un des experts qui a souscrit un affidavit pour le compte de la défenderesse, M. Bruce Scoffield, de la Direction générale des réfugiés de Citoyenneté et Immigration Canada, la décision et les motifs de celle-ci se trouvent en l’espèce dans le Règlement. Le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation [*Gaz. C.* 2004.II 1622] (le REIR) qui accompagne le Règlement fait également partie des motifs de la décision de conclure l’Entente.

### A. Legislation and regulations

#### (1) Relevant international law

[15] As noted earlier, there are conditions imposed upon the GIC before entering into an STCA and passing the requisite regulations. The conditions of critical importance to this case are U.S. compliance with the applicable provisions of the Refugee Convention Article 33 and Article 3 of the Convention Against Torture.

[16] Article 33 of the Refugee Convention reads:

#### ARTICLE 33

##### *Prohibition of Expulsion of Return (“Refoulement”)*

1. No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

[17] Article 3 of the Convention Against Torture reads:

#### ARTICLE 3

1. No State Party shall expel, return (“refouler”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.

2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.

[18] Those two international agreements find their expression in domestic Canadian law, in part, in the IRPA, more specifically sections 96 and 97:

### A. Dispositions législatives et réglementaires

#### 1) Règles de droit international pertinentes

[15] Ainsi qu’il a déjà été signalé, le gouverneur en conseil doit respecter certaines conditions avant de conclure une Entente et de prendre le règlement requis. Les conditions qui revêtent une importance capitale en l’espèce sont le respect par les États-Unis des dispositions applicables de la Convention relative aux réfugiés (article 33) et de l’article 3 de la Convention contre la torture.

[16] L’article 33 de la Convention relative aux réfugiés est ainsi libellé :

#### ARTICLE 33

##### *Défense d’Expulsion et de Refoulement*

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

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu’il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l’objet d’une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

[17] L’article 3 de la Convention contre la torture est ainsi libellé :

#### ARTICLE 3

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

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

[18] Ces deux accords internationaux ont leur pendant en droit interne canadien, notamment dans la LIPR, et plus précisément aux articles 96 et 97 :

**96.** A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or

(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.

**97.** (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

(2) A person in Canada who is a member of a class of persons prescribed by the regulations as being in need of protection is also a person in need of protection.

[19] Also of relevance is the definition of torture in the Convention Against Torture, which is provided in Article 1 (the Article referred to in paragraph 97(1)(a) of the IRPA):

**96.** A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques :

a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;

b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.

**97.** (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :

a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

(2) A également qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et fait partie d'une catégorie de personnes auxquelles est reconnu par règlement le besoin de protection.

[19] Il est également utile de citer la définition de la torture que l'on trouve à l'article premier de la Convention contre la torture (l'article mentionné à l'alinéa 97(1)a) de la LIPR) :

## ARTICLE 1

1. For the purposes of this Convention, the term “torture” means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.

(2) Safe third country designation

[20] Paragraph 101(1)(e) of the IRPA provides that a person entering Canada from a “designated country” is ineligible to have his or her claim for refugee protection considered by the Immigration and Refugee Board [IRB]:

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

...

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

[21] Paragraph 102(1)(a) provides that the Governor in Council may designate a country as being subject to paragraph 101(1)(e):

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

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

(b) making a list of those countries and amending it as necessary; and

(c) respecting the circumstances and criteria for the application of paragraph 101(1)(e).

## ARTICLE 1

1. Aux fins de la présente Convention, le terme « torture » désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d’obtenir d’elle ou d’une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d’un acte qu’elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d’avoir commis, de l’intimider ou de faire pression sur elle ou d’intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu’elle soit, lorsqu’une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s’étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à des sanctions ou occasionnées par elles.

2) Désignation de tiers pays sûr

[20] L’alinéa 101(1)e) de la LIPR déclare irrecevable la demande d’asile présentée par une personne qui arrive au Canada en provenance d’un « pays désigné » :

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

[. . .]

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

[21] L’alinéa 102(1)a) permet au gouverneur en conseil d’assujettir un pays à l’alinéa 101(1)e) :

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

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

b) l’établissement de la liste de ces pays, laquelle est renouvelée en tant que de besoin;

c) les cas et les critères d’application de l’alinéa 101(1)e).

[22] The legislation only allows the GIC to designate countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention, which prevents refoulement (subject to very limited circumstances) and Article 3 of the Convention Against Torture, which unequivocally prohibits refoulement to torture. In deciding to designate a country, the GIC is required under subsection 102(2) to consider four factors:

**102. . . .**

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

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

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

(c) its human rights record; and

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

[23] The legislation also requires ongoing review by the GIC of any country it designates as safe under paragraph 102(1)(a). Subsection 102(3) provides as follows:

**102. . . .**

(3) The Governor in Council must ensure the continuing review of factors set out in subsection (2) with respect to each designated country.

[24] By virtue of subsection 5(1) of IRPA, Parliament conferred on the GIC the power to make regulations under the Act. Regulations must conform to section 3 of the IRPA. Paragraphs 3(d) and (f) are relevant to the matter in issue:

**3. . . .**

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

[22] La loi permet au gouverneur en conseil de désigner seulement les pays qui se conforment à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés, lequel interdit le refoulement (sous réserve d'exceptions très limitées), et à l'article 3 de la Convention contre la torture, lequel interdit sans équivoque de refouler quelqu'un vers un pays où il serait soumis à la torture. Lorsqu'il désigne un pays, le gouverneur en conseil doit, suivant le paragraphe 102(2), tenir compte de quatre facteurs :

**102. [. . .]**

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

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

b) leurs politique et usages en ce qui touche la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention sur les réfugiés et les obligations découlant de la Convention contre la torture;

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

d) le fait qu'ils sont ou non parties à un accord avec le Canada concernant le partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile. [Non souligné dans l'original.]

[23] La loi oblige également le gouverneur en conseil à assurer le suivi de l'examen des facteurs à l'égard des pays qu'il désigne comme pays sûrs en vertu de l'alinéa 102(1)a). Voici le texte du paragraphe 102(3) :

**102. [. . .]**

(3) Le gouverneur en conseil assure le suivi de l'examen des facteurs à l'égard de chacun des pays désignés.

[24] Aux termes du paragraphe 5(1) de la LIPR, le législateur fédéral a conféré au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements en application de la Loi. Ces règlements doivent être conformes à l'article 3 de la LIPR. Les alinéas 3d) et f) s'appliquent au cas qui nous occupe :

**3. [. . .]**

(3) L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

...

[...]

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

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

...

[...]

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

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

[25] The provisions of the Charter which have been raised in this judicial review are:

[25] Voici les dispositions de la Charte qui ont été invoquées dans le cadre de la présente instance en contrôle judiciaire :

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

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

...

[...]

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

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

...

[...]

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[26] In accordance with the regulation-making power under IRPA subsection 102(1), the Governor in Council enacted section 159.3 of the STCA Regulations which designated the U.S. as a country that complies with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of CAT on October 12, 2004. This designation is the central point of contention in this judicial review.

[26] En vertu du pouvoir de réglementation qui lui a été conféré par le paragraphe 102(1) de la LIPR, le gouverneur en conseil a édicté l'article 159.3 du Règlement mettant en œuvre l'Entente, qui a eu pour effet, le 12 octobre 2004, de désigner les États-Unis à titre de pays qui se conforme à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture. Cette désignation est le point de discordance central dans la présente instance en contrôle judiciaire.

[27] Section 159.5 outlines the exceptions to the general rule provided for in paragraph 101(1)(e) of IRPA that a

[27] L'article 159.5 énumère certaines exceptions au principe général prévu à l'alinéa 101(1)e) de la LIPR,

claim is not to be referred to the Refugee Protection Division. These exceptions cover generally the following classes of persons:

- family members of Canadian citizens, permanent residents, and protected persons;
- unaccompanied minors;
- holders of Canadian travel documents;
- persons who do not need visas to enter Canada, but need visas to enter the U.S.;
- persons who were refused entry to the U.S. without having their claim adjudicated or permanent residents of Canada being removed from the U.S.;
- persons who are subject to the death penalty; and
- persons who are nationals of countries to which the relevant Minister has imposed a stay on removal orders.

[28] Once a Canadian immigration officer determines that a claimant does not fall within one of these stated exceptions, the officer retains no discretion to allow the claimant into Canada. The person must be returned to the U.S.

[29] A feature of the STCA regime is that, in accordance with the Regulations, it only operates at land ports of entry. The STCA regime does not apply to travellers arriving in Canada by air or water from the U.S.

[30] The RIAS states that the STCA reflects a [at page 1622] “widespread and growing international consensus that no refugee receiving country can, on its own, solve

qui prévoit que les demandes d’asile présentées par les personnes arrivant directement ou indirectement d’un pays désigné par règlement sont irrecevables et ne peuvent être déferées à la Section de la protection des réfugiés. Ces exceptions visent de façon générale les catégories suivantes de personnes :

- membres de la famille de citoyens canadiens, résidents permanents et personnes protégées;
- mineurs non accompagnés;
- titulaires de titres de voyage canadiens;
- personnes qui peuvent entrer au Canada sans avoir à obtenir un visa mais qui ne peuvent entrer aux États-Unis sans avoir obtenu un visa;
- personnes dont la demande d’admission aux États-Unis a été refusée sans qu’elles aient eu l’occasion d’y faire étudier leur demande d’asile et résidents permanents qui font l’objet d’une mesure prise par les États-Unis visant leur rentrée au Canada;
- personnes accusées d’une infraction qui pourrait leur valoir la peine de mort;
- personnes qui ont la nationalité d’un pays à l’égard duquel le ministre a imposé un sursis aux mesures de renvoi.

[28] Dès lors qu’il estime que le demandeur d’asile ne tombe pas sous le coup d’une des exceptions énumérées, l’agent d’immigration canadien n’a plus le pouvoir discrétionnaire d’admettre le demandeur d’asile au Canada. L’intéressé doit être renvoyé aux États-Unis.

[29] Une des caractéristiques du régime sur les tiers pays sûrs est le fait qu’aux termes du Règlement, ce régime ne s’applique qu’aux points d’entrée par route. Le régime sur les tiers pays sûrs ne s’applique pas aux voyageurs qui arrivent au Canada par avion ou par bateau en provenance des États-Unis.

[30] Le REIR précise que l’Entente sur les tiers pays sûrs découle [aux pages 1622 et 1623] « d’un consensus international répandu et grandissant selon lequel aucun

the refugee problems of the world. International efforts, both bilateral and multilateral, are needed to share the responsibilities.”

#### B. Governor in Council’s decision-making process

[31] The RIAS states that consultations were undertaken with NGOs [non-governmental organizations] who oppose the STCA both on principle, and because they do not feel the U.S. meets its international refugee protection obligations. The RIAS notes that it considered submissions from interested parties as to whether the U.S. is a safe country, including information provided as to detention practices, expedited removal and mandatory bars to asylum. The RIAS states that these concerns resulted mainly in the expansion of the existing exceptions. The Government also engaged in a gender-based analysis and found that the body of case law is broadly supportive of gender-based claims in the U.S.

[32] The RIAS also states that after the Regulations were pre-published in 2002, the Government continued to monitor developments in the U.S. It further notes that a process for ongoing review, in accordance with subsection 102(3), was already in the making. Furthermore, the RIAS claims that the Government would be in a better position to determine impact after the implementation of the Regulations.

[33] According to the respondent, on May 29, 2006, in testimony before the House of Commons Standing Committee on Citizenship and Immigration (Standing Committee), Mr. Jahanshah Assadi, the UNHCR [United Nations High Commissioner for Refugees] representative in Canada, stated that the UNHCR considers the U.S. to be a safe country.

pays qui accueille des réfugiés ne peut, à lui seul, résoudre les problèmes des réfugiés du monde. Il faut que des efforts, à la fois bilatéraux et multilatéraux, soient déployés à l’échelle internationale afin de partager les responsabilités ».

#### B. Processus de prise de décision du gouverneur en conseil

[31] Il est précisé, dans le REIR, que des consultations ont eu lieu avec des ONG [organisations non gouvernementales] qui s’opposent par principe à l’Entente et qui estiment que les États-Unis ne respectent pas leurs obligations internationales à l’égard des réfugiés. Le REIR signale qu’on a tenu compte des observations formulées par les intéressés sur la question de savoir si les États-Unis sont un pays sûr pour les réfugiés, et plus spécifiquement sur les pratiques de détention, les procédures de renvoi expéditives et les exclusions obligatoires du droit d’asile en vigueur aux États-Unis. Le REIR explique que ces préoccupations se sont surtout traduites par un élargissement des exceptions déjà existantes. Le gouvernement a également procédé à une analyse comparative entre les sexes et a constaté qu’il en ressortait que l’ensemble de la jurisprudence appuyait largement les demandes fondées sur le sexe aux États-Unis.

[32] Le REIR précise aussi qu’après la publication préalable du Règlement en 2002, le gouvernement canadien a continué de surveiller l’évolution de la situation aux États-Unis. Il explique également que, conformément au paragraphe 102(3) de la Loi, un processus de suivi continu était déjà en voie d’élaboration. D’autre part, le REIR affirme que le gouvernement pourra mieux évaluer l’impact du Règlement après sa mise en œuvre.

[33] Suivant la défenderesse, le 29 mai 2006, dans le témoignage qu’il a livré devant le Comité permanent de la Chambre des communes sur la citoyenneté et l’immigration (le Comité permanent), M. Jahanshah Assadi, représentant du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (le HCR) au Canada, a déclaré que l’HCR considère les États-Unis comme un pays sûr.

### C. Application of the Regulations/operation of the STCA

[34] The UNHCR, Canada, and U.S. one-year review (contained at Exhibit TH2 to Tom Heinz' affidavit) (one-year review report) provides an overview of the process involved in applying the STCA. First, a person who makes a claim for refugee protection must undergo admissibility and eligibility determinations. The Canadian Border Services Agency (CBSA) is responsible for administering the port of entry (POE) process. Upon making a claim for protection at the POE, an individual appears before a CBSA officer for an examination in order to determine whether his or her claim is eligible to be referred to the IRB [Immigration and Refugee Board]. An eligibility decision must be made within three working days after receipt of the claim or the claim will be deemed referred to the IRB. Pursuant to the STCA, persons whose claims are found to be ineligible and who are issued a removal order can be removed to the U.S. Removals are most often conducted on the same day.

[35] Upon making a claim for refugee protection, the eligibility determination of the claim by one officer is reviewed by a separate decision maker (Minister's delegate). The appeal process of the delegate's decision is by way of judicial review, often from outside the country. There are thus two levels of review of a determination of ineligibility under the STCA.

[36] However, the effect of the operation of the STCA is, upon determining that the person is one who has come by land from the U.S., to return that person to the U.S. without further regard to their personal situation including any consideration of their refugee claim or their concerns about being returned to the U.S. The effect is to deprive a person of the ability to claim refugee protection in Canada.

### III. STANDING

[37] The respondent has challenged the standing of the three organizations to bring this judicial review. In

### C. Application du Règlement/Mise en œuvre de l'Entente

[34] Le rapport sur la première année de la mise en œuvre de l'Entente publié par le HCR, le Canada et les États-Unis (et qui est joint à l'affidavit de Tom Heinz sous la cote TH2) donne un aperçu de la méthodologie suivie pour la mise en œuvre de l'Entente. Il faut tout d'abord déterminer si la personne qui présente une demande d'asile est interdite de territoire et si sa demande d'asile est recevable. L'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) est chargée d'administrer la procédure au point d'entrée (PE). Après avoir demandé l'asile au PE, la personne est interrogée par un agent des services frontaliers qui doit déterminer si la demande est recevable en ce sens qu'elle peut être déferée à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR). Une décision doit être prise au sujet de la recevabilité dans les trois jours ouvrables, à défaut de quoi la demande d'asile est déferée à la CISR. Aux termes de l'Entente, les personnes dont la demande d'asile est irrecevable et qui font l'objet d'une ordonnance de renvoi peuvent être renvoyées aux États-Unis. La plupart du temps, le renvoi a lieu le jour même.

[35] Une fois la demande d'asile présentée, un autre décideur (un représentant du ministre) évalue la décision initiale sur la recevabilité de la demande d'asile prise par l'agent d'immigration. La décision du représentant du ministre est elle-même susceptible d'appel par voie de demande de contrôle judiciaire, souvent depuis l'étranger. L'Entente prévoit donc deux niveaux de révision de la décision concluant à l'irrecevabilité de la demande.

[36] Il convient toutefois de signaler qu'un des effets de l'Entente est que, sur constat qu'elle est arrivée au Canada en provenance des États-Unis par voie terrestre, la personne en cause est refoulée aux États-Unis indépendamment de sa situation personnelle et sans tenir compte de sa demande d'asile ou de ses préoccupations quant à son refoulement aux États-Unis. On prive ainsi cette personne de la possibilité de présenter une demande d'asile au Canada.

### III. QUALITÉ POUR AGIR

[37] La défenderesse conteste l'intérêt des trois organisations à introduire la présente demande de contrôle

particular, the respondent says that these organizations fail to meet the third prong of the standing test — the absence of any other reasonable and effective manner to have this matter brought before a court. The argument is made in the face of the operation of the STCA in Canada, which has as its purpose the immediate return of the putative claimant to the U.S. — ideally on the same day as their arrival.

[38] The test for public interest standing was established in *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138, where the Supreme Court established three factors that must be met for standing to be granted. These factors are also discussed, to the same effect, in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, and *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607. The questions to be examined are whether:

1. there is a serious issue to be tried (as to the invalidity of the legislation);
2. the person has been affected directly or has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation; and
3. there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court.

[39] The respondent submits that the applicants CCR, CCC and AI failed to satisfy the third criteria of the test for obtaining public interest standing, which requires that there must be no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court. Individuals who are directly affected by the designation of the U.S. as a safe third country are available and would be in a better position to litigate this matter. Although John Doe arguably has a personal interest in the litigation, the respondent argues the applicants do not address the issues from his perspective. According to the respondent, allegations of a Charter breach should only be evaluated on the basis of a proper factual record.

judiciaire. La défenderesse affirme en particulier que ces organisations ne satisfont pas au troisième volet du critère applicable à la qualité pour agir, en l'occurrence celui de l'inexistence de toute autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question au tribunal. Elle formule cet argument en dépit de l'application au Canada de l'Entente, qui vise à refouler sans délai aux États-Unis le demandeur d'asile présumé, idéalement le jour même de son arrivée.

[38] Le test de la qualité pour agir dans l'intérêt public a été défini dans l'arrêt *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138, où la Cour suprême a établi les trois critères qu'il faut respecter pour se faire reconnaître la qualité pour agir. Ces facteurs sont également analysés dans les arrêts *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, et *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607. Les questions à examiner sont les suivantes :

1. Y a-t-il une question sérieuse à juger (quant à la validité de la loi)?
2. L'intéressé a-t-il démontré qu'il est directement touché ou qu'il a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi?
3. Existe-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question au tribunal?

[39] La défenderesse affirme que les demandeurs, le Conseil canadien pour les réfugiés, le Conseil canadien des Églises et Amnistie internationale, ne satisfont pas au troisième volet du test qu'il faut réussir pour se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public, en l'occurrence le fait qu'il n'existe aucune autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question au tribunal. Les personnes qui sont directement touchées par la désignation des États-Unis comme pays tiers sûr sont disponibles et seraient mieux placées pour plaider cette question. La défenderesse soutient que, bien qu'on puisse prétendre que M. Untel possède un intérêt personnel dans le présent litige, les demandeurs n'abordent pas les questions en litige du point de vue de M. Untel. Selon la défenderesse, les allégations de violation de la Charte ne devraient être examinées qu'à la lumière d'un dossier factuel en bonne et due forme.

[40] The Supreme Court in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at page 253, applied the standing test in a similar context as this case. The Supreme Court affirmed that this test was the appropriate test for challenging legislation and did not need to be adapted. The Supreme Court then reviewed the standing of Canadian Council of Churches to bring an action challenging several provisions in the then *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52]. The Court held that the CCC failed to satisfy the third prong of the test. However, its reasons for doing so were that refugees from within Canada were capable of bringing the full challenge on their own. Justice Cory stated [at pages 254-256]:

The challenged legislation is regulatory in nature and directly affects all refugee claimants in this country. Each one of them has standing to initiate a constitutional challenge to secure his or her own rights under the *Charter*. The applicant Council recognizes the possibility that such actions could be brought but argues that the disadvantages which refugees face as a group preclude their effective use of access to the court. I cannot accept that submission.

...

From the material presented, it is clear that individual claimants for refugee status, who have every right to challenge the legislation, have in fact done so. There are, therefore, other reasonable methods of bringing the matter before the Court. On this ground the applicant Council must fail. I would hasten to add that this should not be interpreted as a mechanistic application of a technical requirement. Rather it must be remembered that the basic purpose for allowing public interest standing is to ensure that legislation is not immunized from challenge. Here there is no such immunization as plaintiff refugee claimants are challenging the legislation. Thus the very rationale for the public interest litigation party disappears. The Council must, therefore, be denied standing on each of the counts of the statement of claims.

[41] Justice Cory held that it is a matter of the courts' discretion to grant public interest standing when challenging administrative action. The balance must be

[40] Dans l'arrêt *Conseil Canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, à la page 253, la Cour suprême du Canada a appliqué le test de la qualité pour agir dans un contexte semblable à celui de la présente espèce. La Cour suprême a affirmé que ce test était celui qu'il convenait d'appliquer lorsque la constitutionnalité d'une loi est contestée et elle a ajouté qu'il n'était pas nécessaire de l'adapter. La Cour suprême a ensuite examiné la qualité du Conseil canadien des Églises pour tenter une action visant à contester diverses dispositions de l'ancienne *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, ch. 52]. La Cour a estimé que le Conseil canadien des Églises n'avait pas satisfait au troisième volet du test. Il convient toutefois de signaler que la raison invoquée par la Cour pour justifier cette conclusion était que les réfugiés se trouvant déjà en sol canadien étaient en mesure de contester la loi de leur propre chef. Le juge Cory a déclaré ce qui suit [aux pages 254 à 256] :

La loi contestée est de nature réglementaire et elle touche directement tous les demandeurs du statut de réfugié au pays. Chacun d'entre eux a qualité pour contester la constitutionnalité de la loi afin de faire assurer le respect des droits que lui garantit la *Charte*. Le Conseil requérant reconnaît que ces actions pourraient être intentées, mais soutient que les désavantages que subissent les réfugiés en tant que groupe les empêchent d'utiliser efficacement l'accès qu'ils ont aux tribunaux. Je ne peux accepter cette prétention.

[...]

Il ressort des documents présentés que des demandeurs individuels du statut de réfugié, qui ont le droit de contester la loi, s'en sont prévalu. Il existe donc d'autres méthodes raisonnables de saisir la cour de la question. Pour ce motif, le Conseil requérant ne peut avoir gain de cause. Je m'empresserais d'ajouter que cette décision ne devrait pas être interprétée comme le résultat d'une application mécaniste d'une exigence technique. On doit plutôt se rappeler que l'objet fondamental de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public est de garantir qu'une loi n'est pas à l'abri de la contestation. En l'espèce, la loi ne l'est pas puisque des demandeurs du statut de réfugié la conteste. En conséquence, le motif à la base même de la reconnaissance à une partie de la qualité pour agir dans l'intérêt public disparaît. Le Conseil n'a donc pas qualité pour agir relativement à chacun des énoncés de la déclaration.

[41] Le juge Cory a expliqué que les tribunaux peuvent, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public pour

struck between access to the courts and preserving judicial resources. The granting of public interest standing is not required when, on the balance of probabilities, the measure will be subject to attack by a private litigant.

[42] Justice Cory also held at page 253 that “when exercising the discretion [to grant standing] the applicable principles should be interpreted in a liberal and generous manner.”

[43] In this instance, no refugee from within Canada can bring the claim. Instead, a challenge requires a refugee from outside of Canada to bring the challenge. The applicants provide some evidence indicating that most claimants in the U.S. who might be caught by the STCA would be unwilling to undertake this litigation. Some would be afraid that becoming involved in litigation might bring their presence to the attention of U.S. authorities and put them at risk of being deported or detained and put in the very position in the U.S. of refoulement which forms the basis of this Court challenge.

[44] *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, addresses some of the realities involved in public interest litigation by vulnerable persons. There, a doctor and a patient challenged legislation that prohibited private health insurance on the ground that the delays in the public system violated the Charter and the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* [R.S.Q., c. C-12]. Justice Deschamps considered the issue and determined that the doctor and patient both had standing. Her analysis is found at paragraph 35 of that judgment:

Clearly, a challenge based on a charter, whether it be the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter*, must have an actual basis in fact: *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441. However, the question is not whether the appellants

contester des décisions administratives. Il a souligné la nécessité de soupeser l'accès des groupes d'intérêt public aux tribunaux par rapport à la nécessité d'économiser les ressources judiciaires limitées. Il a ajouté qu'il n'est pas nécessaire de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public lorsque, selon la prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contestera la mesure.

[42] Le juge Cory a également statué, à la page 253, que « dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il faut interpréter les principes applicables d'une façon libérale et souple ».

[43] Dans le cas qui nous occupe, aucun réfugié ne peut soumettre la question depuis le Canada. Il est plutôt nécessaire que toute contestation soit portée par un réfugié se trouvant à l'extérieur du Canada. Les demandeurs ont présenté certains éléments de preuve tendant à démontrer que la plupart des demandeurs d'asile qui se trouvent aux États-Unis et qui pourraient être visés par l'Entente ne seraient pas disposés à porter ce litige devant les tribunaux. Certains d'entre eux craindraient que le fait pour eux de participer à un procès signifierait leur présence aux autorités américaines et les exposerait au risque d'être expulsés ou détenus ou encore de les placer aux États-Unis dans la situation précise de refoulement qui constitue l'objet même de la contestation dont la Cour est présentement saisie.

[44] L'affaire *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, portait sur certaines des réalités que comportent les procès intentés dans l'intérêt public par des personnes vulnérables. Dans cette affaire, un médecin et un patient contestaient des dispositions législatives interdisant l'assurance-maladie privée au motif que les délais d'attente inhérents au régime public violaient la Charte ainsi que la *Charte des droits et libertés de la personne* [L.R.Q., ch. C-12] québécoise. La juge Deschamps a examiné la question et a conclu que le médecin et son patient avaient tous les deux qualité pour agir. On trouve son analyse de la question au paragraphe 35 de cet arrêt :

Il est clair qu'une contestation fondée sur une charte, qu'il s'agisse de la *Charte canadienne* ou de la *Charte québécoise*, doit reposer sur un fondement factuel concret : *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. La question

are able to show that they are personally affected by an infringement. The issues in the instant case are of public interest and the test from *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, applies. The issue must be serious, the claimants must be directly affected or have a genuine interest as citizens and there must be no other effective means available to them. These conditions have been met. The issue of the validity of the prohibition is serious. Chaoulli is a physician and Zeliotis is a patient who has suffered as a result of waiting lists. They have a genuine interest in the legal proceedings. Finally, there is no effective way to challenge the validity of the provisions other than by recourse to the courts

[45] Even in dissenting opinions in that judgment, there was agreement on the issue of standing. Justice Binnie and Justice LeBel, at paragraph 189, underscored the practical difficulties in finding a person to initiate the litigation:

All three of these conditions [set out in *Borowski*] are met in the present case. . . . the appellants advance the broad claim that the Quebec health plan is unconstitutional for *systemic* reasons. They do not limit themselves to the circumstances of any particular patient. Their argument is not limited to a case-by-case consideration. They make the generic argument that Quebec's chronic waiting lists destroy Quebec's legislative authority to draw the line against private health insurance. From a practical point of view, while individual patients could be expected to bring their own cases to court if they wished to do so, it would be unreasonable to expect a seriously ailing person to bring a systemic challenge to the whole health plan, as was done here. The material, physical and emotional resources of individuals who are ill, and quite possibly dying, are likely to be focussed on their own circumstances. In this sense, there is no other class of persons that is more directly affected and that could be expected to undertake the lengthy and no doubt costly systemic challenge to single-tier medicine. Consequently, we agree that the appellants in this case were rightly granted public interest standing. However, the corollary to this ruling is that failure by the appellants in their systemic challenge would not foreclose constitutional relief to an individual based on, and limited to, his or her particular circumstances.

[46] While not in the same grave physical condition referred to in *Chaoulli*, one could not expect most potential refugee claimants, in a new country and terrified of refoulement, to find the time and resources to mount this challenge. Of equal importance is the speed with which Canadian authorities are mandated to act in

n'est pas de déterminer si les appelants peuvent invoquer une atteinte qui leur est propre. Les questions soulevées touchent à l'intérêt public, et le test établi dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, s'applique. La question doit être sérieuse, les demandeurs doivent être touchés directement ou avoir un intérêt véritable en tant que citoyens et il ne doit pas exister d'autre moyen efficace à leur disposition. Ces conditions sont remplies. La question de la validité de la prohibition est sérieuse. Chaoulli est médecin, et Zeliotis est un patient qui a souffert en raison des listes d'attente. Ils ont un intérêt véritable dans le débat judiciaire. Enfin, il n'y a pas d'autre moyen efficace pour soulever la validité des dispositions que le recours aux tribunaux.

[45] Même les juges dissidents étaient d'accord avec les juges majoritaires sur la question de la qualité pour agir. Les juges Binnie et LeBel ont, au paragraphe 189, fait ressortir la difficulté pratique de trouver quelqu'un pour prendre l'initiative d'engager le procès :

Ces trois conditions [énoncées dans l'arrêt *Borowski*] sont remplies en l'espèce [. . .] les appelants plaident, de manière générale, l'inconstitutionnalité du régime de santé québécois pour des raisons *systémiques*. Ils ne s'en tiennent pas à la situation d'un patient en particulier. Leur argument ne se limite pas à un examen ponctuel. Ils avancent l'argument général selon lequel le Québec perd le pouvoir de légiférer pour interdire l'accès à l'assurance maladie privée en raison des listes d'attente chroniques avec lesquelles il est aux prises. D'un point de vue pratique, même si on pouvait s'attendre à ce que des patients — qui souhaitent le faire — recourent aux tribunaux, il serait déraisonnable de s'attendre à ce qu'une personne gravement malade s'engage dans une contestation systémique de l'ensemble du régime de santé, comme cela a été fait en l'espèce. Les personnes malades, voire mourantes, consacreront plutôt leurs ressources matérielles, physiques et affectives à leur propre situation. En ce sens, aucune autre catégorie de personnes n'est plus directement touchée ni mieux placée pour entamer une longue et indubitablement coûteuse contestation systémique du régime de médecine unique. Nous convenons donc que les appelants en l'espèce se sont vu reconnaître, à juste titre, la qualité pour agir dans l'intérêt public. En conséquence, toutefois, l'échec de la contestation systémique des appelants ne priverait pas une personne d'un recours constitutionnel fondé exclusivement sur sa situation particulière.

[46] Bien qu'ils ne se trouvent pas dans l'état physique grave évoqué dans l'arrêt *Chaoulli*, on ne saurait s'attendre à ce que la plupart des demandeurs d'asile, qui se retrouvent dans un nouveau pays où ils sont terrifiés à l'idée d'être refoulés, trouvent le temps et les ressources nécessaires pour faire valoir une telle

returning the person to the U.S.

[47] It is of no import that John Doe has not actually approached the Canadian border. There is no doubt (nor was it seriously challenged) that if he did so, he would be sent back to the U.S. Consistent with the finding in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, it would be wasteful, delaying and unfair to wait for acts of discrimination and require a separate challenge to each provision.

[48] In this case, it would be pointless to force a claimant in the U.S. to approach Canada, and then be sent back to U.S. custody in order to prove that this would in fact happen. Given other findings by this Court as to the operation of the U.S. system, that individual could be exposed to the very harm at issue before the Court.

[49] It should be noted that the Federal Court of Appeal decision in the *Canadian Council of Churches* case, which was subsequently upheld by the Supreme Court, held that with respect to the safe third-country provisions of the legislation, CCC would have been an appropriate public interest litigant had a country actually been designated at the time. Justice MacGuigan addressed several arguments raised by the applicants that provisions of the amended legislation which exclude certain claimants from having their claims considered, including the safe third-country provision, contravened section 7 of the Charter. Justice MacGuigan held that [at page 559]:

Precisely by reason of the fact that such claimants would have no access to the statutory refugee process and might easily be removed from Canada without having any real opportunity to challenge the legislation, it seems to me that there would be “no other reasonable and effective manner” in which these issues might be brought forward for judicial review than by allowing the respondent status to challenge the relevant legislative provisions in this declaratory action.

contestation. La célérité avec laquelle les autorités canadiennes sont censées agir pour refouler l’intéressé aux États-Unis revêt une importance tout aussi grande.

[47] Il est sans importance que M. Untel n’ait pas encore effectivement tenté de franchir la frontière canadienne. Il n’y a aucun doute — et il n’est pas sérieusement contesté — que, s’il le faisait, il serait renvoyé aux États-Unis. Conformément à la conclusion tirée dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, attendre que des actes discriminatoires soient commis et exiger une contestation distincte pour chaque disposition serait injuste, entraînerait des délais et constituerait du gaspillage.

[48] Dans le cas qui nous occupe, il serait absurde de contraindre le demandeur d’asile qui se trouve aux États-Unis à se présenter à la frontière canadienne pour ensuite le renvoyer aux États-Unis pour prouver que cela se produirait effectivement. Vu les autres conclusions tirées par la Cour au sujet de l’application du régime américain, cette personne pourrait être exposée au risque même qui est en litige devant la Cour en l’espèce.

[49] Signalons à cet égard l’arrêt rendu par la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Conseil canadien des églises*, qui a par la suite été confirmé par la Cour suprême. La Cour d’appel fédérale a estimé qu’en ce qui concerne les dispositions législatives relatives aux pays tiers sûrs, le Conseil canadien des Églises aurait été un justiciable possédant l’intérêt public approprié si un pays avait été effectivement désigné à l’époque. Le juge MacGuigan a abordé plusieurs des arguments soulevés par les demandeurs, suivant lesquels les dispositions du texte de loi modifié — y compris celles relatives aux pays tiers sûrs — qui déclaraient irrecevables les demandes d’asile présentées par certains demandeurs d’asile contrevenaient à l’article 7 de la Charte. Le juge MacGuigan a déclaré ce qui suit [à la page 559] :

Justement à cause du fait que ces demandeurs n’auraient pas accès au processus de détermination des revendications du statut et qu’ils pourraient facilement être renvoyés sans avoir véritablement la possibilité de contester la Loi, il me semble qu’il n’y aurait pas « d’autre manière raisonnable et efficace » de soumettre ces questions à l’examen judiciaire que de reconnaître à l’intimé la qualité pour contester les dispositions législatives pertinentes dans cette action en jugement déclaratoire.

However, the allegations in paragraphs 6(b) and 6(c) are entirely speculative, as they depend upon the promulgation of regulations under paragraph 114(1)(a) of the Act which would limit refugee claims to those from certain countries.

The Supreme Court did not address this point directly.

[50] Justice Evans (when he was on the Federal Court Trial Division) also analyzed the application of the third prong of the test in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 2 F.C. 211. At paragraph 71, Justice Evans distinguishes between the application of this principle to regulatory and declaratory legislation. Generally, it is easier to secure public interest standing when the administrative action in question is declaratory because it does not impose any duties or liabilities upon defined individuals or groups. Challenges to regulatory legislation or administrative action will normally only be afforded to those who are subject to the legal duties or liabilities imposed by it. Such persons are more directly affected. This increases the burden on the public interest organizations in this judicial review to be granted standing. The onus is on an applicant to satisfy the Court that they have public interest standing, which requires that applicant to prove that there is no other person more directly affected who can reasonably be expected to litigate.

[51] Even without a John Doe applicant, the status of the three organizations bears recognition as legitimate applicants. They (and other organizations like them) have been recognized as having an interest in this type of litigation; more importantly, they bring resources and arguments which assist the Court in identifying and considering the relevant issues. They also act or substitute for the unidentified applicants who are unable, for both physical and psychological reasons, to undertake the daunting task of challenging the government. In those circumstances, I have concluded that it is unlikely that

Toutefois, les allégations exposées aux alinéas 6b) et c) sont tout à fait spéculatives, car elles dépendent de la promulgation, sous le régime de l'alinéa 114(1)a) de la Loi, d'un règlement qui limiterait les revendications du statut de réfugié en fonction de facteurs géographiques.

La Cour suprême n'a pas directement abordé cette question.

[50] Le juge Evans (alors juge à la Section de première instance de la Cour fédérale) a également analysé l'application du troisième volet du test dans la décision *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 2 C.F. 211. Au paragraphe 71, le juge Evans établit une distinction entre les lois de « réglementation » et les lois « déclaratoires » pour ce qui est de l'application de ce principe. Il est généralement plus facile pour un demandeur d'obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public lorsque la mesure administrative en question a été prise dans le cadre d'une loi déclaratoire parce que, par définition, une telle loi n'impose pas de devoirs ou d'obligations à des personnes ou des groupes bien définis. Par contre, la qualité pour agir requise pour pouvoir contester une loi de réglementation ou une mesure administrative prise conformément à une telle loi ne sera reconnue, normalement, qu'aux personnes à qui cette loi impose des devoirs ou des obligations. De telles personnes sont plus directement touchées que les autres. Il est d'autant plus difficile pour les organisations de défense de l'intérêt public de remplir les conditions nécessaires pour se voir reconnaître la qualité pour agir en l'espèce. Il incombe au demandeur de convaincre la Cour qu'il a la qualité pour agir dans l'intérêt public, ce qui l'oblige à démontrer qu'il n'y a personne d'autre qui soit plus directement touché et dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il saisisse la justice.

[51] Même sans un demandeur du nom de M. Untel, il convient de reconnaître la qualité de demandeurs légitimes aux trois personnes morales. À l'instar d'autres organisations semblables, elles se sont vues reconnaître un intérêt dans ce genre de litige, mais surtout elles contribuent, par leurs ressources et leurs arguments, à aider la Cour à cerner et à examiner les questions litigieuses pertinentes. Elles agissent également à la place de demandeurs anonymes qui ne sont pas en mesure, pour des raisons à la fois physiques et psychologiques, de s'atteler à la difficile tâche de contester l'Administration.

any individual refugee could adequately bring this matter before the Court. Therefore, I have exercised my discretion to maintain the Canadian Council for Refugees, Canadian Council of Churches and Amnesty International as applicants.

[52] I note that although John Doe came forward as a litigant, he was represented by these organizations and did not seek separate representation. It is noteworthy that John Doe was hiding in the United States, unable to secure a reconsideration of his claim there, and feared exposure by arriving at the Canadian border only to be returned to the United States for deportation to Colombia.

[53] A motion for an injunction was brought during the middle of the hearing of argument to prevent Canadian authorities from invoking the STCA if John Doe should somehow arrive at the Canadian border. An interim order was issued. The Court was advised that, despite lack of success previously on the part of John Doe to secure reconsideration of his claim, following this Court's order, U.S. authorities agreed to reconsider his claim. The Court cannot help but draw an inference that, but for this litigation, John Doe's fate would have been different and that he would have been treated in the manner which the applicants say is the general rule.

[54] This judicial review has been argued from two perspectives. The first is an attack on the legitimacy of the Regulations — an argument as to “*vires*.” The second is an attack on the GIC decision which led to the Regulations — an argument involving the standard of review and its application.

#### IV. PRINCIPLES OF REVIEW/STANDARD OF REVIEW

[55] The central issue in this case is whether the Regulations designating the U.S. as a safe third country are *ultra vires* the power given by Parliament to make

Dans ces conditions, j'estime qu'il est peu probable qu'un réfugié pourrait à lui seul soumettre la présente question à la Cour de façon adéquate. J'ai par conséquent exercé mon pouvoir discrétionnaire en confirmant le statut de demandeurs au Conseil canadien pour les Réfugiés, au Conseil canadien des Églises et à Amnistie internationale.

[52] Je constate que, bien que M. Untel se soit présenté comme une des parties au litige, il était représenté par les trois organisations en question et qu'il n'a pas demandé à avoir son propre représentant. Il vaut la peine de signaler que M. Untel se cachait aux États-Unis, qu'il n'arrivait pas à obtenir le réexamen de sa demande d'asile là-bas, et qu'il craignait qu'en se présentant à la frontière canadienne il soit refoulé aux États-Unis pour être ensuite expulsé en Colombie.

[53] Une requête en injonction a été déposée au cours des débats en vue d'empêcher les autorités canadiennes d'invoquer l'Entente si M. Untel devait se présenter à la frontière canadienne. Une ordonnance provisoire a été prononcée. La Cour a été informée que, malgré l'échec des tentatives faites jusqu'ici par M. Untel en vue d'obtenir le réexamen de sa demande d'asile, les autorités américaines avaient, à la suite de l'ordonnance prononcée par notre Cour, accepté de réétudier sa demande d'asile. La Cour ne peut s'empêcher d'en conclure que, n'eût été le présent procès, le sort de M. Untel aurait été différent et qu'il aurait fait l'objet du traitement qui, selon les demandeurs, est normalement réservé aux personnes se trouvant dans sa situation.

[54] La présente demande de contrôle judiciaire a été débattue sous deux angles différents. Le premier est une contestation de la légitimité du Règlement, un moyen intéressant la constitutionnalité. Le second est une contestation de la décision du gouverneur en conseil à l'origine du Règlement : ce moyen intéresse la norme de contrôle et son application.

#### IV. PRINCIPES RÉGISSANT LE CONTRÔLE/NORME DE CONTRÔLE

[55] La question centrale en l'espèce est celle de savoir si le Règlement par lequel les États-Unis ont été désignés comme un pays tiers sûr excède le pouvoir conféré par le

such regulations. The language of subsection 102(1) [of the IRPA ] contains multiple uses of the word “may.” Read disjointedly, section 102 says that the regulations “may include provisions . . . designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture.”

[56] However, read as a whole, section 102 gives to the GIC the discretion to enter into an STCA only upon specific conditions; a fundamental condition is compliance with the specific articles of the Refugee Convention and Convention Against Torture. I do not interpret the provision as giving the GIC the power to enter into an STCA where the country does not comply with those preconditions. It simply gives the GIC the discretion to set up a regulation to designate a country as “safe” if the country meets the conditions of compliance.

[57] To interpret subsection 102(1) as giving the GIC discretion to enter into such agreements with countries that did not comply with the Refugee Convention and Convention Against Torture would make a mockery of Canada’s international commitments, of the very purpose of our domestic laws and even of the internal logic of subsection 102(1). There would be no need to consider whether the country is a party to the Refugee Convention and Convention Against Torture (paragraph 102(2)(a)), nor that country’s policies and practices with respect to claims under the Refugee Convention or its obligations under the Convention Against Torture — both factors are compulsory factors to be considered. Nor would there be any merit in requiring an ongoing review of these factors (subsection 102(3)) which is a requirement phrased in directory terms: “must ensure the continuing review.”

législateur fédéral pour prendre un tel règlement. On trouve à plusieurs reprises le mot « *may* » dans la version anglaise du paragraphe 102(1) [de la LIPR]. Si on le lit de façon disjonctive, l’article 102 dispose que les règlements prévoient notamment « la désignation des pays qui se conforment à l’article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l’article 3 de la Convention contre la torture » (en anglais : « *may include provisions . . . designating countries* »).

[56] Toutefois, envisagé globalement, l’article 102 confère au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de conclure une entente seulement à certaines conditions précises, une condition essentielle étant la conformité à certains articles spécifiques de la Convention relative aux réfugiés et de la Convention contre la torture. Je ne considère pas que cette disposition confère au gouverneur en conseil le pouvoir de conclure une entente lorsque le pays en cause ne se conforme pas aux conditions préalables en question. L’article 102 confère simplement au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de prendre un règlement désignant un pays comme « pays sûr » si ce pays remplit les conditions de conformité.

[57] Interpréter le paragraphe 102(1) comme conférant au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de conclure de tels accords avec des pays qui ne se conformeraient pas à la Convention relative aux réfugiés et à la Convention contre la torture reviendrait à tourner en dérision non seulement les engagements internationaux du Canada, mais aussi l’objet même de nos lois internes, voire la logique interne du paragraphe 102(1). Il ne serait plus nécessaire de déterminer si le pays en cause est partie à la Convention relative aux réfugiés et à la Convention contre la torture (alinéa 102(2)a)), ni de vérifier ses politiques et usages en ce qui touche la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention sur les réfugiés et les obligations découlant de la Convention contre la torture, deux facteurs dont il faut impérativement tenir compte. Il serait par ailleurs sans intérêt d’exiger le suivi de l’examen de ces facteurs (paragraphe 102(3)), une condition qui est formulée en termes impératifs : « [l]e gouverneur en conseil assure le suivi de l’examen des facteurs » (en anglais : « *must ensure the continuing review* »).

[58] Except in the limited review permitted of GIC decisions, as discussed in paragraph 61, the Court is not generally to review the discretionary decision to make regulations. However, in this case the Court is required to review whether the Regulations are *intra vires* the Act; most specifically, whether the conditions to the designation of a third country under the Regulations have been met.

[59] I cannot agree with the respondent's position that so long as the GIC has acted in good faith and for no improper purpose, the Court has no role to play in assessing whether the Regulations are valid.

[60] In my view, the issue is whether the conditions for passing the Regulations have been met on an objective basis. The conditions are framed in terms of legal criteria and address the matter in absolute terms of compliance with international law; not in terms of the GIC's opinion or reasonable belief in such compliance. As outlined further, the designated country either does or does not comply with international law, and if it does not, Parliament has not given the GIC the power to enter into an STCA or to enact a regulation doing so.

#### A. *Vires*

[61] The power to enact regulations is principally a legislative action and is generally not subject to the administrative review regime. Regulations are generally reviewed to determine whether they are *intra vires* their delegating legislation. The jurisprudence establishes that this includes ensuring that any conditions precedent to the regulation-making action have been met. The effectiveness and wisdom of the action is irrelevant, as is the government's motive, unless it can be shown the action was taken pursuant to irrelevant considerations or for an improper purpose. However, Court review is complicated because with respect to the Charter challenge, the review by the Court is quite different in that it requires a review on the basis of correctness

[58] Exception faite de l'examen limité des décisions du gouverneur en conseil qu'il lui est loisible d'effectuer et dont il sera question au paragraphe 61, la Cour ne peut, en principe, réviser la décision discrétionnaire de prendre un règlement. En l'espèce toutefois, la Cour est appelée à se prononcer sur la légalité du Règlement et, plus précisément, à déterminer si les conditions préalables à la désignation d'un pays tiers prévues par le Règlement ont été respectées.

[59] Je ne puis souscrire à la thèse de la défenderesse suivant laquelle, dès lors que le gouverneur en conseil a agi de bonne foi et sans poursuivre d'objectif illégitime, la Cour ne peut plus se prononcer sur la validité du Règlement.

[60] À mon avis, la question en litige est celle de savoir si les conditions à remplir pour pouvoir prendre le Règlement ont objectivement été respectées. Ces conditions sont libellées sous forme de critères prescrits par la loi et elles exigent une rigoureuse conformité au droit international; elles ne sont pas formulées en fonction de l'opinion du gouverneur en conseil ou de sa croyance raisonnable quant à la conformité au droit international. Ainsi qu'il est expliqué plus loin, ou bien le pays désigné se conforme au droit international ou bien il ne s'y conforme pas et, s'il ne s'y conforme pas, le législateur fédéral n'a pas habilité le gouverneur en conseil à conclure une Entente ou à prendre un règlement portant conclusion d'une telle Entente.

#### A. Légalité

[61] Le pouvoir de prendre des règlements est principalement un acte de nature législative qui échappe, en principe, au contrôle administratif. Le plus souvent, on contrôle un règlement pour vérifier s'il déborde ou non le cadre des pouvoirs conférés par sa loi habilitante. La jurisprudence nous enseigne que ce contrôle suppose notamment la vérification du respect des conditions préalables à la prise du règlement. L'efficacité et la sagesse de la mesure est sans intérêt, tout comme le mobile du gouvernement, à moins que l'on puisse démontrer que la mesure était fondée sur des considérations non pertinentes ou qu'elle visait un objectif illégitime. Le contrôle judiciaire est toutefois plus complexe parce que, dans le cas d'une contestation

(*Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256).

[62] The leading authority in this regard is *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, which concerned whether procedural fairness attached to actions taken by the GIC. In that decision, Justice Estey noted, at page 752, that:

It is not helpful in my view to attempt to classify the action or function by the Governor in Council (or indeed the Lieutenant-Governor in Council acting in similar circumstances) into one of the traditional categories established in the development of administrative law. The Privy Council in the *Wilson* case, *supra*, described the function of the Lieutenant-Governor as “judicial” as did the judge of first instance in the *Border Cities Press* proceedings, *supra*. However, in my view the essence of the principle of law here operating is simply that in the exercise of a statutory power the Governor in Council, like any other person or group of persons, must keep within the law as laid down by Parliament or the Legislature. Failure to do so will call into action the supervising function of the superior court whose responsibility is to enforce the law, that is to ensure that such actions as may be authorized by statute shall be carried out in accordance with its terms, or that a public authority shall not fail to respond to a duty assigned to it by statute.

[63] In *Inuit Tapirisat*, the GIC was not enacting a regulation but was acting pursuant to statutorily-mandated powers. Justice Estey further noted that [at page 750] “such a statutory power can be validly exercised only by complying with statutory provisions which are, by law, conditions precedent to the exercise of such power.” Thus, although the actions of the GIC are subject to limited review, the jurisdictional review by the courts includes the ability to determine whether the GIC complied with any conditions precedent to the action.

[64] In setting out the manner of review for the GIC’s decision in this case, the Court continued at pages 758-759:

fondée sur la Charte, le contrôle effectué par la Cour est très différent, car il s’effectue en fonction de la norme de la décision correcte (*Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256).

[62] La décision de principe à cet égard est l’arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, qui concernait l’équité procédurale qui doit caractériser les mesures prises par le gouverneur en conseil. Le juge Estey a fait observer, à la page 752 :

Il est inutile, à mon avis, d’essayer de classer l’action du gouverneur en conseil ou sa fonction (ou celles du lieutenant-gouverneur en conseil dans des situations semblables) dans l’une des catégories traditionnelles établies en droit administratif. Dans *Wilson*, précité, le Conseil privé a qualifié la fonction du lieutenant-gouverneur de « judiciaire » comme l’a fait le juge de première instance dans *Border Cities Press*, précité. Cependant, à mon avis, l’essentiel du principe de droit applicable en l’espèce est simplement que dans l’exercice d’un pouvoir conféré par la loi, le gouverneur en conseil, comme n’importe quelle autre personne ou groupe de personnes, doit respecter les limites de la loi édictée par le Parlement ou la Législature. Y déroger déclenche le rôle de surveillance de la cour supérieure qui a la responsabilité de faire appliquer la loi, c’est-à-dire de s’assurer que les actes autorisés par la loi sont accomplis en conformité avec ses dispositions ou qu’une autorité publique ne se dérobe pas à une obligation qu’elle lui impose.

[63] Dans l’affaire *Inuit Tapirisat*, le gouverneur en conseil ne prenait pas un règlement, mais agissait en vertu des pouvoirs que lui conférait la loi. Le juge Estey a également noté que [à la page 750] « ce pouvoir attribué par la Loi [. . .] ne peut valablement être exercé qu’en se conformant aux dispositions de la Loi qui sont juridiquement des conditions préalables à l’exercice d’un tel pouvoir ». Ainsi, bien que le contrôle des actes du gouverneur en conseil ait une portée limitée, il est loisible aux tribunaux, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, de vérifier si le gouverneur en conseil a respecté une condition préalable à l’exercice de ce pouvoir.

[64] Pour définir la nature du contrôle des décisions du gouverneur en conseil dans cette affaire, la Cour a poursuivi en expliquant ce qui suit, aux pages 758 et 759 :

I realize, however, that the dividing line between legislative and administrative functions is not always easy to draw: see *Essex County Council v. Minister of Housing* ((1967), 66 L.R.G. 23).

The answer is not to be found in continuing the search for words that will clearly and invariably differentiate between judicial and administrative on the one hand, or administrative and legislative on the other. . . . Where, however, the executive branch has been assigned a function performable in the past by the Legislature itself and where the *res* or subject matter is not an individual concern or a right unique to the petitioner or appellant, different considerations may be thought to arise. The fact that the function has been assigned as here to a tier of agencies (the CRTC in the first instance and the Governor in Council in the second) does not, in my view, alter the political science pathology of the case. In such a circumstance the Court must fall back upon the basic jurisdictional supervisory role and in so doing construe the statute to determine whether the Governor in Council has performed its functions within the boundary of the parliamentary grant and in accordance with the terms of the parliamentary mandate.

[65] In the subsequent decision of *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106, the appellants alleged that an Order in Council extending the limits of Saint John Harbour was passed for improper motives in order to increase harbour revenues. The appellants argued further that section 7 [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 121, s. 6] of the *National Harbours Board Act* [R.S.C. 1970, c. N-8], which authorizes expansion of harbour limits, requires it to be for the "administration, management and control" of the harbour, and that expansion for increased revenues did not fall within this. Justice Dickson [as he then was] referred to the *Inuit Tapirisat* case, concluding that the Court had jurisdiction to review legislative action of the Governor in Council [at page 111] "in the event that statutorily prescribed conditions have not been met and where there is therefore fatal jurisdictional defect."

[66] Justice Dickson noted that governments do not publish the reasons for their decisions and that it is therefore very difficult to establish that legislation was passed in bad faith or for improper purposes. He referred to some evidence presented by the appellants as to the improper purpose of the expansion and concluded that [at page 115]:

Je suis conscient, cependant, que la ligne de démarcation entre les fonctions de nature législative et les fonctions de nature administrative n'est pas toujours facile à tracer : voir *Essex County Council v. Minister of Housing* ((1967), 66 L.G.R. 23).

La solution ne réside pas dans la recherche constante de mots qui établiront clairement et dans tous les cas une distinction entre ce qui est judiciaire et administratif d'une part, et administratif et législatif de l'autre [. . .] Si, cependant, l'Exécutif s'est vu attribuer une fonction auparavant remplie par le législatif lui-même et que la *res* ou l'objet n'est pas de nature personnelle ou propre au requérant ou à l'appellant, l'on peut croire que des considérations différentes entrent en jeu. Le fait que la fonction ait été attribuée à deux paliers (au CRTC en premier lieu et au gouverneur en conseil en second lieu) ne change rien, à mon avis, au caractère anormal de l'affaire du point de vue des sciences politiques. En pareil cas, la Cour doit revenir à son rôle fondamental de surveillance de la compétence et, ce faisant, interpréter la Loi pour établir si le gouverneur en conseil a rempli ses fonctions dans les limites du pouvoir et du mandat que lui a confiés le législateur.

[65] Dans l'affaire subséquente *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106, les appelantes alléguaient que le décret étendant les limites du port de Saint-Jean avait été pris pour des motifs irréguliers, à savoir afin d'augmenter les revenus provenant du port. Les appelantes faisaient valoir en outre que l'article 7 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 121, art. 6] de la *Loi sur le Conseil des ports nationaux* [S.R.C. 1970, ch. N-8], qui autorisait l'extension des limites d'un port, exigeait que cette extension se fasse pour « l'administration, la gestion et la régie » du port, ce qui n'est pas le cas d'une extension en vue d'obtenir un accroissement des revenus. Le juge Dickson [tel était alors son titre] a cité l'arrêt *Inuit Tapirisat* pour conclure que la Cour avait compétence pour intervenir dans les mesures législatives prises par le gouverneur en conseil [à la page 111] « dans les cas où il y a non-respect des conditions prescrites par la loi et, par conséquent, défaut de compétence fatal ».

[66] Le juge Dickson a fait remarquer que les gouvernements ne publient pas les motifs de leurs décisions et qu'il est par conséquent très difficile de savoir si une mesure législative a été prise de mauvaise foi ou pour un objet irrégulier. Il a cité certains éléments de preuve présentés par les appelantes au sujet de

... the issue of harbour expansion was one of economic policy and politics; and not one of jurisdiction or jurisprudence. The Governor in Council quite obviously believed that he had reasonable grounds for ... extending the boundaries of Saint John Harbour and we cannot enquire into the validity of those beliefs in order to determine the validity of the Order in Council.

The Court very easily concluded that the purpose for the expansion fell within the objectives set out in the Act.

[67] In *Spinney v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (2000), 183 F.T.R. 71 (F.C.), Justice Blais considered an order made by the GIC which increased the legal minimum carapace size of lobsters in a fishing area, concluding at paragraph 60:

Given that the variation order is a legislative act, authorized by the Regulations and adopted pursuant to the Act, this Court's jurisdiction is limited. It can intervene on the basis of unconstitutionality (i.e. contrary to sections 91 or 92 of the *British North America Act*), a breach of procedure, or the legislative act being *ultra vires* of the enabling statute.

[68] These principles were considered in the context of regulations enacted by the GIC in *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655 (F.C.A.). In that decision, at paragraph 25, Justice Evans for the Federal Court of Appeal held:

... compared to other kinds of administrative action, regulations have rarely been found to be invalid by courts, partly, no doubt, because of the broad grants of delegated power under which they are often made. . . .

[69] He continues by noting at paragraph 26 that:

If there is a conflict between the express language of an enabling clause and a regulation purportedly made under it, the regulation may be found to be invalid. Otherwise, courts approach with great caution the review of regulations promulgated by the Governor (or Lieutenant Governor) in Council.

l'objectif irrégulier visé par l'expansion et a conclu que [à la page 115] :

[. . .] l'extension du port a été une question économique et politique plutôt qu'une question de compétence ou de droit pur. Le gouverneur en conseil a manifestement cru avoir des motifs raisonnables de prendre le décret [. . .] qui étendait les limites du port de Saint-Jean et nous ne pouvons nous enquérir de la validité de ces motifs afin de déterminer la validité du décret.

La Cour a conclu sans hésiter que l'objet de l'extension répondait parfaitement aux objectifs énoncés dans la Loi.

[67] Dans l'affaire *Spinney c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [2000] A.C.F. n° 266 (C.F.), le juge Blais, qui examinait un décret du gouverneur en conseil ayant pour effet d'augmenter la taille légale minimale de la carapace des homards dans une zone de pêche, a conclu au paragraphe 60 :

Étant donné que l'ordonnance de modification est un acte législatif, autorisé par le Règlement et pris en application de la Loi, la compétence de la Cour est limitée. Elle peut intervenir dans le cas d'un acte inconstitutionnel (contraire aux articles 91 ou 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*), d'un manquement à la procédure ou d'un acte législatif qui outrepassé les pouvoirs conférés par la loi habilitante.

[68] Ces principes ont été examinés dans le contexte d'un règlement pris par le gouverneur en conseil dans l'affaire *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655 (C.A.F.). Dans cette décision, au paragraphe 25, la Cour d'appel fédérale écrit, sous la plume du juge Evans :

En troisième lieu, comparativement à d'autres types de mesures administratives, les règlements ont rarement été jugés invalides par les cours, en partie sans doute en raison des larges délégations de pouvoir dont ils découlent bien souvent.

[69] Le juge continue en faisant observer, au paragraphe 26 :

En cas de contradiction entre le texte explicite d'une disposition habilitante et un règlement apparemment pris en application de cette disposition, il se peut que le règlement soit jugé invalide. Dans les autres cas, les cours font preuve d'une grande prudence lorsqu'ils examinent un règlement pris par le gouverneur (ou lieutenant-gouverneur) en conseil.

[70] Justice Evans makes reference to *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247 (C.A.), at page 260, where Justice Linden discussed another ground for review of a legislative decision and concluded that it is not the role of the Court to judge whether decisions of this nature are wise or unwise. The decision is only impeachable in those circumstances when it is based entirely or predominantly on irrelevant factors.

[71] The scope of review of the Court is further constrained by a presumption that regulations are *intra vires*. Moreover, not only are regulations deemed to remain *intra vires*, there is also a presumption that they are formally coherent with the enabling statute; the onus is on plaintiffs to rebut the presumption: *James Doyle (Sr) & Sons Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1992] 3 F.C. 128 (T.D.), at pages 140-141; *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 112 Sask. R. 181 (Q.B.), at paragraph 54; *Gulf Canada Resources Ltd. v. Alberta* (2001), 285 A.R. 307 (Q.B.), at paragraph 26.

[72] If the GIC must comply with all conditions precedent in the legislation, the question arises as to what extent the Court can assess whether the substantive requirements of the condition precedent have been met. This issue is discussed in *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595 (C.A.). Justice Strayer states, at page 602, that the Court can review the substance of the regulation to conclude whether it is made for a completely irrelevant purpose. The regulations in question in that case [*Refugee Claimants Designated Class Regulations*, SOR/90-40] required the GIC to consider whether the admission of certain people would be in accordance with Canada's "humanitarian tradition." Justice Strayer described his approach to this issue, at page 602:

It goes without saying that it is not for a court to determine the wisdom of delegated legislation or to assess its validity on the basis of the court's policy preferences. The essential question for the court always is: does the statutory grant of authority permit this particular delegated legislation? In looking at the statutory source of authority one must seek all possible *indicia* as to the purpose and scope of permitted delegated legislation. Any limitations, express or implied, on

[70] Le juge Evans renvoie à l'arrêt *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247 (C.A.), à la page 260, où, après avoir examiné un autre motif de contrôle d'une décision législative, le juge Linden a conclu qu'il n'incombait pas au tribunal de juger si une décision de cette nature est sage ou ne l'est pas. Une telle décision ne peut être attaquée que lorsqu'elle repose entièrement ou en grande partie sur des facteurs non pertinents.

[71] La portée du contrôle que notre Cour peut exercer est encore réduite par la présomption de validité des règlements. Qui plus est, non seulement les règlements sont-ils réputés être *intra vires*, mais ils sont également présumés être formellement compatibles avec leur loi habilitante; il incombe au demandeur de réfuter cette présomption (*James Doyle (Sr) & Sons Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [1992] 3 C.F. 128 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 140 et 141; *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 112 Sask. R. 181 (B.R.), au paragraphe 54; *Gulf Canada Resources Ltd. v. Alberta* (2001), 285 A.R. 307 (B.R.), au paragraphe 26).

[72] Si le gouverneur en conseil doit se conformer à toutes les conditions préalables prévues par la loi, on est alors en droit de se demander dans quelle mesure la Cour peut déterminer si les exigences de fond de la condition préalable sont remplies. Cette question a été abordée dans l'arrêt *Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.). Le juge Strayer y explique, au paragraphe 14, que la Cour peut examiner le fond du règlement pour déterminer s'il vise une fin dépourvue de toute pertinence. Le règlement en question dans cette affaire [*Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié*, DORS/90-40] obligeait le gouverneur en conseil à déterminer si l'admission de certaines personnes serait conforme à la « tradition humanitaire » du Canada. Le juge Strayer a formulé comme suit son raisonnement, à la page 602 :

Il va sans dire qu'il n'appartient pas à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d'en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de politique. La question essentielle que doit toujours se poser le tribunal est la suivante : le pouvoir conféré par la loi permet-il cette législation par délégation particulière? On doit rechercher dans la mesure législative attributive du pouvoir en cause tous les indices possibles de l'objet et de l'étendue de la législation

the exercise of that power must be taken into account. One must then look to the regulation itself to see whether it conforms and where it is argued that the regulation was not made for the purposes authorized by the statute one must try to identify one or more of those purposes for which the regulation was adopted. It is accepted that a broad discretionary power, including a regulation-making power may not be used for a completely irrelevant purpose but it is up to the party attacking the regulation to demonstrate what that illicit purpose might be. [Footnotes omitted.]

[73] With respect to this point, Justice Strayer noted, at pages 605-606 that:

Assuming then that paragraph 3(2)(f) of the Regulations is *prima facie* authorized by the statute, one must consider whether it is contrary to some condition imposed on the exercise of the regulation-making power. All that subsection 6(2) requires is that regulations establishing classes of persons should be consistent with Canada's "humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted." I can see nothing in these Regulations which is inconsistent with that "tradition." [Emphasis added.]

[74] The jurisprudence confirms that the Court can review whether a regulation complies in substance with the condition precedent to the power to enact it. However, in reviewing the regulations in *Jafari*, Justice Strayer granted the GIC some deference in relation to whether the regulations were in accordance with Canada's humanitarian tradition. He states that although the reasons for enacting the regulations were not all well conceived [at page 604] "I do not think we can say they were completely unrelated to the purposes of the statute." Justice Strayer appears to have been influenced by the fact that the result of the legislation was that the claimant was entitled to the regular, fair, refugee hearing, rather than a special, expedited hearing.

[75] In reviewing whether a regulation is *intra vires* its delegating statute, courts have generally applied a standard of correctness. According to the Supreme Court of Canada in *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485,

par délégation autorisée. Il faut tenir compte de toute limitation, expresse ou implicite, de l'exercice de ce pouvoir. Il faut ensuite examiner le règlement lui-même pour s'assurer de sa conformité, et s'il est contesté au motif qu'il n'a pas été pris pour des fins autorisées par sa loi habilitante, on doit alors tenter de reconnaître une ou plusieurs des fins pour lesquelles le règlement a été adopté. Il est reconnu qu'un vaste pouvoir discrétionnaire, y compris un pouvoir de réglementation, ne peut être exercé pour poursuivre une fin totalement étrangère, mais il appartient à la partie qui conteste le règlement de démontrer ce que pourrait être cette fin illicite. [Notes de bas de page omises.]

[73] Sur ce point, le juge Strayer fait observer, aux pages 605 et 606 :

Présumant donc que l'alinéa 3(2)f) du Règlement est de prime abord autorisé par la Loi, il faut se demander s'il est contraire à une condition quelconque imposée à l'exercice du pouvoir de réglementation. Le paragraphe 6(2) exige tout simplement que les règlements établissant des catégories de personnes soient conformes à « la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées ». Je ne vois rien dans ce Règlement qui soit contraire à cette « tradition ». [Non souligné dans l'original.]

[74] La jurisprudence confirme que la Cour est habilitée à vérifier si le règlement satisfait aux exigences de fond de la condition préalable imposée à l'exercice du pouvoir de réglementation. Toutefois, lors de son examen du règlement en cause dans l'affaire *Jafari*, le juge Strayer a fait preuve d'une certaine retenue envers le gouverneur en conseil pour ce qui était de la question de savoir si le règlement était conforme à la tradition humanitaire du Canada. Bien que certains des motifs avancés pour justifier le règlement ne fussent guère convaincants [à la page 604] « je ne crois pas [a-t-il expliqué] que nous puissions les considérer comme étant complètement étrangers aux objets de la loi ». Il semble que le juge Strayer ait été influencé par le fait que la mesure législative en cause avait pour effet de reconnaître au demandeur d'asile le droit à une audience impartiale en bonne et due forme plutôt qu'à une audience spéciale accélérée.

[75] Pour déterminer si un texte réglementaire est autorisé par sa loi habilitante, les tribunaux appliquent en règle générale la norme de la décision correcte. Dans l'arrêt *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, au

at paragraph 5, the review of whether a by-law is *ultra vires* is always reviewable on a standard of correctness. Although that case dealt with delegated legislation enacted by a municipality rather than the GIC or Lieutenant GIC, the Federal Court of Appeal applied the same principle to enacted regulations in *Sunshine Village Corp v. Canada (Parks)*, [2004] 3 F.C. 600, at paragraph 10.

[76] That said, other cases have been decided differently. For instance in *David Suzuki Foundation v. British Columbia (Attorney General)* (2004), 8 C.E.L.R. (3d) 235, Justice Hood of the B.C. Supreme Court applied a pragmatic and functional analysis (possibly in the alternative to his *vires* analysis) to the decision of a Lieutenant GIC, concluding that much deference is required and the decision is subject to a standard of patent unreasonableness. In that case, the issue was whether the Lieutenant GIC was “satisfied” that certain conditions were met, not whether they were in fact met. This is an example of the more traditional powers of the executive by use of phrasing such as “satisfied” or “in its opinion.”

[77] In *Jose Pereira E. Hijos, S.A v. Canada (Attorney General)* (2007), 26 C.E.L.R. (3d) 169 (F.C.A.), at paragraph 78, Justice Nadon succinctly put the issue:

The nature of the inquiry which a court must conduct with regard to the validity of regulations is therefore not a determination of the Government’s motivation, but rather a determination of whether the regulations are authorized by the enabling legislation.

[78] With respect to what is authorized in terms of regulation making, there are several conditions precedent that accompany the authority of the GIC to designate the U.S. a safe third country. First, subsection 102(2) sets out several factors which must be considered before designating a country. There are no strict standards established for the consideration of the four factors but their consideration is phrased in mandatory language. The wording of the RIAs establishes that the GIC

paragraphe 5, la Cour suprême du Canada a déclaré que l’examen de la question de l’invalidité d’un règlement doit toujours se faire selon la norme de la décision correcte. Malgré le fait que cette affaire portait sur un règlement municipal plutôt que sur un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le lieutenant-gouverneur en conseil, la Cour d’appel fédérale a appliqué le même principe à un texte réglementaire dans l’arrêt *Sunshine Village Corp c. Canada (Parcs)*, [2004] 3 C.F. 600, au paragraphe 10.

[76] Cela dit, d’autres tribunaux ont rendu des décisions différentes sur ce point. Par exemple, dans *David Suzuki Foundation v. British Columbia (Attorney General)* (2004), 8 C.E.L.R. (3d) 235, le juge Hood de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a appliqué l’analyse pragmatique et fonctionnelle (peut-être à titre subsidiaire à son analyse de la légalité) à la décision du lieutenant-gouverneur en conseil. Il a conclu qu’une telle décision commandait un degré élevé de retenue et qu’elle était assujettie à la norme de la décision manifestement déraisonnable. Dans cette affaire, il s’agissait de savoir si le lieutenant-gouverneur en conseil était « convaincu » que certaines conditions étaient remplies et non si ces conditions avaient effectivement été remplies. Il s’agit d’une illustration des pouvoirs plus traditionnels de l’exécutif par l’emploi de termes comme « convaincu » et « à son avis ».

[77] Dans l’arrêt *Jose Pereira E. Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 20, au paragraphe 78, le juge Nadon expose de façon succincte la question :

L’examen qu’un tribunal doit effectuer au sujet de la validité d’un règlement ne consiste donc pas à déterminer la motivation du gouvernement; il consiste plutôt à établir si le règlement en question est autorisé par la loi habilitante.

[78] S’agissant de ce qui est autorisé en matière de prise de règlements, il y a plusieurs conditions préalables que le gouverneur en conseil doit remplir avant de pouvoir désigner les États-Unis comme pays tiers sûr. En premier lieu, le paragraphe 102(2) énumère les facteurs dont il faut tenir compte avant de désigner un pays. L’examen des quatre facteurs prescrits n’est pas soumis à des normes rigoureuses, mais il est formulé en termes impératifs. Il ressort par ailleurs du REIR que le

considered the application of the four factors. Furthermore, the applicants set out in detail the content of a memorandum to the GIC created on September 24, 2002, and signed by the relevant Minister at the time. This memorandum appears to be the basis upon which the GIC entered into the STCA. In reviewing the points the applicants extract from that memorandum, it is clear that the GIC, in reading and reviewing the Minister's memorandum would have turned their mind to the four factors in the legislation, including the U.S. human rights record in general.

[79] The main condition at issue in this case is paragraph 102(1)(a), which states that the GIC is authorized to enact regulations that include provisions “designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture” [underlining added]. The provision requires that compliance with the non-refoulement provisions of the Refugee Convention and the CAT is a necessary precondition to designation. It was my conclusion earlier that if a country did not comply with the relevant articles of the two Conventions, the GIC had no power to designate the country as “safe.” It is my further conclusion that in reaching this determination, the GIC must base its decision on the practices and policies of that government in respect of claims under the Refugee Convention and the obligations under the Convention Against Torture.

[80] The issue of whether the U.S. complies is, to some extent, a matter of opinion — in this case expert legal opinion, not of the GIC or of the responsible Minister, but of that presented to the GIC from government and other sources. It is these opinions which are the focus of the applicants' attack and form the basis of the GIC's determination.

gouverneur en conseil a tenu compte de l'application des quatre facteurs. De plus, les demandeurs ont exposé en détail le contenu d'un mémoire au gouverneur en conseil rédigé le 24 septembre 2002 et signé par le ministre de l'époque. Ce mémoire semble être le texte sur lequel le gouverneur en conseil s'est appuyé pour conclure l'Entente. L'examen des points que les demandeurs font ressortir de ce mémoire démontre à l'évidence qu'en lisant et en examinant le mémoire du ministre, le gouverneur en conseil aurait tenu compte des quatre facteurs énumérés dans la loi, y compris des antécédents des États-Unis en matière de respect des droits de la personne en général.

[79] La principale condition en litige en l'espèce est celle qui est prévue à l'alinéa 102(1)a), à savoir que le gouverneur en conseil est autorisé à prendre des règlements prévoyant notamment « la désignation des pays qui se conforment à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture » [soulignement ajouté]. Suivant cet alinéa, la conformité aux dispositions de la Convention relative aux réfugiés et de la Convention contre la torture qui interdisent le refoulement constitue une condition préalable qui doit être remplie avant de pouvoir procéder à une désignation. J'ai déjà conclu que si un pays ne se conforme pas aux articles applicables des deux Conventions, le gouverneur en conseil n'est pas habilité à désigner un État comme « pays sûr ». J'estime également que, pour pouvoir effectuer cette désignation, le gouverneur en conseil doit tenir compte des politiques et usages de l'État concerné en ce qui touche la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention sur les réfugiés et les obligations découlant de la Convention contre la torture.

[80] La question de savoir si les États-Unis se conforment aux instruments internationaux en question est, dans une certaine mesure, une question d'opinion — dans le cas qui nous occupe, l'opinion d'un expert juriste, non pas l'opinion du gouverneur en conseil ou du ministre compétent, mais celle qui est soumise au gouverneur en conseil par le gouvernement ou par d'autres sources. Ce sont ces opinions qui sont la cible de l'attaque des demandeurs et sur lesquelles repose la décision du gouverneur en conseil.

[81] Nor is the issue whether U.S. policies and practices are necessarily in accordance with Canadian law or whether Canada complies with these international agreements. Indeed there may be an issue of whether a Canadian law which requires a person to make their refugee claim in a country, other than the one of their choosing, is compliant with the Refugee Convention. However, in the absence of other evidence, it is presumed that Canadian law is at least compliant with the relevant Conventions.

[82] Therefore, the Court will only find that the GIC lacked jurisdiction to designate the U.S. as a safe third country if the GIC erred in concluding that the preconditions existed, and that any reasonable inspection of the evidence of U.S. law and practice would lead to the conclusion that the U.S. is not in compliance with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture.

[83] As discussed further in respect of the standard of review and what degree of deference is owed to the GIC in analyzing the factors to be considered in designating a country, the basis for decision is objective — compliance or not. The factors at issue are “legal facts” requiring a consideration of legal norms. There is nothing to suggest that Parliament intended to circumscribe the Court’s role or power to consider whether the conditions have been met.

[84] It is reasonable to postulate that this objective analysis by a court avoids the diplomatic and other government-to-government consequences of a finding of non-compliance, but it does not lessen the responsibility imposed on the Court.

[85] While the determination of whether to designate another state, or to revoke the designation upon subsequent reviews, particularly one with whom Canada has a close relationship, may be politically charged, the

[81] Il ne s’agit pas non plus de savoir si les politiques et les usages des États-Unis sont nécessairement conformes aux lois canadiennes ou si le Canada respecte les ententes internationales en question. D’ailleurs, on peut être en droit de se demander si une loi canadienne qui oblige une personne à présenter sa demande d’asile dans un pays autre que le pays de son choix est une loi qui respecte la Convention relative aux réfugiés. Toutefois, à défaut d’autres éléments de preuve, il y a lieu de présumer que les lois canadiennes sont à tout le moins conformes aux Conventions applicables.

[82] La Cour n’estimera donc que le gouverneur en conseil n’avait pas compétence pour désigner les États-Unis comme pays tiers sûr que s’il a commis une erreur en concluant que les conditions préalables ont été remplies, et que tout examen raisonnable des éléments de preuve relatifs à la législation et aux usages des États-Unis amènerait à la conclusion que les États-Unis ne se sont pas conformés à l’article 33 de la Convention relative aux réfugiés et à l’article 3 de la Convention contre la torture.

[83] Comme nous le verrons plus loin au sujet de la norme de contrôle et du degré de retenue dont il convient de faire preuve envers le gouverneur en conseil lorsqu’il s’agit d’analyser les facteurs dont il faut tenir compte pour désigner un pays, le fondement de la décision est objectif, qu’il y ait conformité ou non. Les facteurs en litige sont des « faits juridiques » qui commandent l’examen de normes juridiques. Rien ne permet de penser que le législateur fédéral entendait limiter le rôle ou le pouvoir de la Cour d’examiner si les conditions applicables ont été respectées.

[84] On peut raisonnablement affirmer que l’analyse objective à laquelle procède ainsi le tribunal permet d’éviter les conséquences diplomatiques et les autres difficultés intergouvernementales que peut entraîner une conclusion de non-conformité, ce qui n’allège cependant pas la responsabilité imposée à la Cour.

[85] Bien que la décision consistant à désigner un autre État ou à révoquer sa désignation à la suite de contrôles subséquents puisse être lourde de conséquences sur le plan politique, surtout si le Canada entretient des liens

role of the Court is to assess the regulation and compliance from a legal perspective.

[86] For the above reasons, it is my conclusion that in examining the Regulations, the Court is required to engage in more than merely analysing whether the Regulations are made in good faith and not for an improper purpose. What is required is a consideration of the existence of the conditions upon which the GIC may exercise its discretion to designate a country as “safe.”

[87] Given that the GIC is required to consider certain “factors” in determining whether to designate a country, the GIC is entitled to some deference in regard to those factors requiring the exercise of judgment, specifically the practices and policies of the third country and its human rights record. The issue is what level of deference is owed to the GIC.

#### B. The standard of review

[88] Unlike many cases of review of the *vires* of a regulation, the parties had access to some of the material before the GIC in its consideration of the relevant factors. Therefore, there is a record upon which the Court can apply a standard of review to the GIC’s determination. Both parties made extensive submissions as to the standard of review applicable in this case.

[89] At issue in this judicial review is the GIC’s determination that the U.S. meets the conditions of compliance with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture. The challenge to the Regulations is not based upon a challenge to the GIC’s exercise of discretion to pass the Regulations *per se*, a matter over which the Court has much less responsibility for review.

étroits avec cet État, le rôle de la Cour consiste à évaluer le règlement et la conformité du seul point de vue juridique.

[86] Pour les motifs que je viens d’exposer, je conclus, après examen du Règlement, que la Cour ne peut se contenter de vérifier si le Règlement a été pris de bonne foi et non dans un but illégitime. La Cour doit vérifier l’existence des conditions en vertu desquelles le gouverneur en conseil peut exercer son pouvoir discrétionnaire de désigner un État comme étant un « pays sûr ».

[87] Comme le gouverneur en conseil est tenu d’examiner certains « facteurs » pour déterminer s’il y a lieu de désigner un pays, il a droit à une certaine retenue à l’égard des facteurs qui font appel à son jugement, surtout en ce qui a trait aux politiques et usages du pays tiers et à ses antécédents en matière de respect des droits de la personne. La question qu’il reste à trancher est celle du degré de retenue à laquelle a droit le gouverneur en conseil.

#### B. Norme de contrôle

[88] Contrairement à un grand nombre d’affaires portant sur la validité d’un règlement, les parties avaient accès en l’espèce à une partie des pièces soumises au gouverneur en conseil pour son examen des facteurs pertinents. Il existe donc un dossier auquel la Cour peut appliquer une norme de contrôle en ce qui concerne la décision du gouverneur en conseil. Les deux parties ont formulé des observations détaillées au sujet de la norme de contrôle applicable en l’espèce.

[89] Le présent contrôle judiciaire porte sur la décision du gouverneur en conseil suivant laquelle les États-Unis remplissent les conditions de conformité à l’article 33 de la Convention relative aux réfugiés et à l’article 3 de la Convention contre la torture. La contestation du Règlement ne vise pas l’exercice par le gouverneur en conseil de son pouvoir discrétionnaire de prendre le Règlement en soi, une question sur laquelle le pouvoir de contrôle de la Cour est beaucoup plus limité.

[90] As the issue in this case is a finding of the existence of a legal state of affairs, and of a condition precedent, the Court is required to consider that finding in accordance with the appropriate standard of review. There is no serious challenge, nor could there be, to the issue of whether the GIC considered the four factors in subsection 102(2). The question is whether the consideration of the U.S. practices and policies in respect of claims under the Refugee Convention and the obligations under the Convention Against Torture can lead to the conclusion of compliance.

[91] This consideration of the standard of review is also relevant to the issue of the continuing review of the subsection 102(2) factors mandated by the legislation, particularly in view of the evidence which has come to light since the Regulations were promulgated and the STCA was entered into.

[92] The analysis in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, most closely approximates the contextual circumstances of this case. It provides the analytical framework to determine the standard of review in respect of the GIC's conclusion that U.S. practices and policies comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture.

[93] As directed by the Supreme Court, it is necessary to engage in the pragmatic and functional analysis in order to conclude as to the correct standard of review. I have earlier indicated that, despite authority suggesting that examinations of conditions precedent to regulations should be based on a purely objective standard, "correctness" is not an appropriate standard because of the nature of the decision. The conditions to be met are not those of an easily fixed nature such as the passage of specific time or the occurrences of a specific event. The issue is whether the standard is reasonableness *simpliciter* or patent unreasonableness. The analysis requires the Court to examine the following elements.

[90] Comme la question en litige en l'espèce vise une conclusion portant sur l'existence d'une situation juridique et sur le respect d'une condition préalable, la Cour doit examiner cette conclusion suivant la norme de contrôle appropriée. Il n'est pas sérieusement contesté — et il n'était pas non plus possible de le faire — que le gouverneur en conseil a examiné les quatre facteurs énumérés au paragraphe 102(2). La question qui se pose est celle de savoir si l'examen des politiques et usages des États-Unis en ce qui touche la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention sur les réfugiés et les obligations découlant de la Convention contre la torture permet de conclure à la conformité.

[91] Cet examen de la norme de contrôle est également utile pour trancher la question du suivi de l'examen des facteurs prévus au paragraphe 102(2) qu'exige la loi, compte tenu surtout des éléments de preuve qui ont été présentés depuis que le Règlement est entré en vigueur et que l'Entente a été conclue.

[92] Les faits analysés dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, ressemblent beaucoup à ceux de la présente affaire. On trouve dans cet arrêt un cadre d'analyse permettant de déterminer la norme de contrôle applicable à la conclusion du gouverneur en conseil que les politiques et usages des États-Unis se conforment à l'article 33 de la Convention relative aux réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture.

[93] Ainsi que la Cour suprême l'explique, il est nécessaire de procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable. J'ai déjà précisé que, malgré l'existence de précédents laissant entendre que l'examen des conditions préalables à la prise d'un règlement devrait être fondé sur une norme purement objective, la « décision correcte » ne constitue pas une norme appropriée en raison de la nature de la décision. Les conditions à remplir ne sont pas aussi faciles à déterminer que l'écoulement d'un délai ou la survenance d'un fait précis. La question qui se pose est celle de savoir si la norme applicable est celle de la décision raisonnable *simpliciter* ou celle de la décision manifestement déraisonnable. L'analyse en question exige que la Cour examine les éléments suivants.

(1) The presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal

[94] The purpose of this aspect of the standard of review analysis is to glean whether Parliament intended to limit judicial consideration or to fully engage it in the review of government actions. The legislation, while giving the GIC broad discretion to establish an STCA, uses mandatory language both as to the factors to be considered and as to the continuing review of those factors. The legislation requires the GIC to consider what can be more conveniently described as “legal facts,” a matter engaging legal analysis.

[95] The absence of a privative clause or of a statutory right of appeal generally suggests that this aspect is neutral in terms of deference. While in some cases, such as *Suresh* at paragraph 31, the requirement to obtain leave, as required in this case, indicates some deference, that consideration is significantly offset by the mandatory language used as to how the GIC is to consider whether to establish an STCA. The absence of the usual broad discretion given to the GIC in determining the basis upon which to enact the Regulations should also be noted. Therefore, I conclude that, at the very most, the factor is neutral although, as discussed earlier, there may be good reason to expect judicial scrutiny.

(2) Expertise of the decision maker as compared to that of the Court

[96] There are two aspects to this element. There is the pure factual aspect as to what is the practice or policy and there is the more critical aspect of the significance or result of the practice or policy which is akin to an assessment of mixed law and fact. The assessment of pure facts according to the legal norms and therefore the significance or result is a matter well within a court’s

1) Présence ou absence de clause privative ou de droit d’appel prévu par la loi

[94] Ce volet de l’analyse de la norme de contrôle a pour objet de déterminer si le législateur fédéral entendait restreindre la portée du contrôle judiciaire ou l’étendre pleinement aux actes de l’Administration. Bien qu’elle confère au gouverneur en conseil un vaste pouvoir discrétionnaire pour ce qui est de conclure une Entente sur les tiers pays sûrs, la loi emploie des termes impératifs tant en ce qui concerne les facteurs dont il y a lieu de tenir compte qu’en ce qui a trait au suivi de l’examen de ces facteurs. La loi oblige le gouverneur en conseil à examiner ce qu’on pourrait plus commodément appeler les « faits juridiques », ce qui l’oblige à procéder à une analyse juridique.

[95] L’absence de clause privative ou de droit d’appel prévu par la loi permet en règle générale de penser que cet aspect est neutre pour ce qui est de la retenue judiciaire. Bien que dans certaines affaires telles que l’arrêt *Suresh*, au paragraphe 31, l’obligation d’obtenir une autorisation, comme c’est le cas en l’espèce, indique qu’il convient de faire preuve d’une certaine retenue, ce facteur se trouve sensiblement atténué par les termes impératifs employés, lesquels indiquent au gouverneur en conseil les éléments dont il doit tenir compte pour décider de l’opportunité de conclure une Entente. On constate que la loi ne confère pas au gouverneur en conseil son vaste pouvoir discrétionnaire usuel en vue de déterminer les éléments permettant de prendre le Règlement. J’en conclus donc que ce facteur est tout au plus neutre bien que, comme nous l’avons déjà vu, il puisse exister de bonnes raisons de s’attendre à un examen judiciaire approfondi.

2) Expertise du décideur par rapport à celle de la Cour

[96] Cet élément comporte deux aspects. Il y a d’abord l’aspect purement factuel, qui a trait à la nature des politiques et usages existants, puis il y a l’aspect plus critique que constituent l’importance ou les conséquences des politiques et usages et qui s’apparente davantage à une appréciation mixte de fait et de droit. L’appréciation de faits purs en fonction de normes juridiques et, partant,

area of expertise.

[97] The GIC has no particular expertise in respect of the practices and policies of the U.S. nor with respect to the interpretation and application of international conventions. The essential function engaged in dealing with the issues are within the domain and expertise of a court. The function is more closely equivalent to what courts are designed to do rather than the broad policy considerations which are the preserve of the GIC. Therefore, considerably less deference is called for.

(3) Purpose of the legislation and the provision in particular

[98] The purpose of IRPA is broad policy based with a heavy emphasis on individual rights. It is, however, generally polycentric seeking to accomplish a number of broad policy goals.

[99] The provisions in issue have, as the RIAS suggests, the goal of sharing of responsibility for international refugee flow. Its effect is to restrict the entry of certain types of refugees and to pass off the cost of dealing with those persons to the country of last presence.

[100] Nevertheless, the means by which this policy goal is achieved is a direct, legalistic interpretation and application of legal norms which can, in the event of failure by the other country to respect those norms, directly impact human rights and individual safety.

[101] The provision at issue and particularly the designation as a safe country is highly legalistic in concept, set against legal rather than policy norms. Therefore, the purpose of the provisions at issue suggests very limited deference.

l'examen de l'importance ou des conséquences, est une question qui relève parfaitement de la compétence du tribunal.

[97] Le gouverneur en conseil n'a pas d'expertise particulière en ce qui concerne les politiques et usages des États-Unis ou en ce qui a trait à l'interprétation et à l'application des conventions internationales. La fonction essentielle que représente l'examen de ces questions relève du champ de compétence et de l'expertise du tribunal. Cette fonction se rapproche davantage de la mission traditionnelle des tribunaux que les considérations générales, qui sont la chasse gardée du gouverneur en conseil. Le degré de retenue exigé est donc beaucoup moins élevé.

3) Objet de la loi et de la disposition en particulier

[98] La LIPR vise de grands principes généraux et est fortement axée sur les droits individuels. Elle est toutefois dans l'ensemble polycentrique, en ce sens qu'elle vise à atteindre plusieurs grands objectifs de principe.

[99] Les dispositions en litige ont pour objet, comme le REIR permet de le penser, de partager la responsabilité en ce qui concerne les mouvements internationaux de réfugiés. Elles ont pour effet de limiter l'admission de certain types de réfugiés et de refiler au dernier pays de séjour les frais liés au traitement du dossier de ces personnes.

[100] Néanmoins, le moyen employé pour atteindre ces grands objectifs consiste en l'interprétation et l'application directe et légaliste des normes juridiques qui sont susceptibles, en cas de défaut des autres pays de respecter ces normes, d'avoir une incidence directe sur les droits de la personne et sur la sécurité individuelle.

[101] La disposition en litige, et notamment, la désignation d'un pays comme pays sûr, est un concept fortement légaliste qui repose sur des normes juridiques plutôt que sur de grands principes. L'objet visé par les dispositions en litige permet donc de penser qu'il y a lieu de faire preuve d'un degré de retenue très limité.

(4) Nature of the question

[102] The exercise of the GIC's power to make the regulations in question requires a consideration of the facts of the U.S. practices and policies and the application of those facts to the legal requirements for claims under the Refugee Convention and the obligations under the Convention Against Torture. The two components are integrally linked.

[103] International law is traditionally proven as a matter of fact, as is other foreign law. However, this international law, which is a cornerstone of Canadian domestic law, is not as foreign to Canadian courts as would be the laws of many other nations. To that extent, Canadian courts have greater familiarity with this type of opinion evidence and its subject matter. However, since the inquiry is one of fact, although it is of "legal facts," some deference is owed.

(5) Conclusion on standard of review

[104] In the end, considering these factors and having particular regard for the nature of the inquiry being based on legal norms and involving issues of mixed fact and law, I conclude that the appropriate standard of review is reasonableness *simpliciter*.

[105] This standard of review is applicable both in regard to the initial conclusions leading to enactment of the Regulations authorizing the STCA and to the continuing review mandated by subsection 102(3), if it had been conducted.

V. THE EVIDENCE: DOES U.S. REFUGEE LAW AND PRACTICE VIOLATE THE REFUGEE CONVENTION OR CAT?

4) Nature de la question

[102] Pour exercer son pouvoir de réglementation, le gouverneur en conseil doit examiner les faits concernant les politiques et usages des États-Unis et appliquer ces faits aux exigences légales régissant les demandes d'asile assujetties à la Convention relative aux réfugiés et aux obligations prescrites par la Convention contre la torture. Les deux aspects sont intrinsèquement reliés.

[103] Les règles de droit international sont habituellement considérées comme des questions de fait dont la preuve s'établit de la même manière que toute autre loi étrangère. Toutefois, ces règles de droit international, qui constituent une des pierres d'assise du droit interne canadien, ne sont pas aussi étrangères aux tribunaux canadiens que le seraient les lois de bon nombre d'autres pays. C'est la raison pour laquelle ce type de preuve sous forme d'opinion et l'objet de celle-ci sont plus familiers aux tribunaux canadiens. Toutefois, comme l'analyse à effectuer est une analyse de fait et ce, même si elle porte sur des « faits juridiques », il convient de faire preuve d'une certaine retenue.

5) Conclusion sur la norme de contrôle

[104] En définitive, compte tenu des facteurs évoqués et notamment de la nature de l'analyse, qui repose sur des normes juridiques et qui porte sur des questions mixtes de droit et de fait, je conclus que la norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

[105] Cette norme de contrôle s'applique tant aux conclusions initiales qui ont mené à la prise du Règlement autorisant l'Entente qu'à l'examen de suivi exigé par le paragraphe 102(3), en supposant qu'il ait été effectué.

V. LA PREUVE : LES LOIS ET LES USAGES DES ÉTATS-UNIS EN MATIÈRE DE RÉFUGIÉS VIOLENT-ILS LA CONVENTION SUR LES RÉFUGIÉS OU LA CONVENTION CONTRE LA TORTURE?

### A. The experts

[106] The applicants and the respondent have provided the Court with numerous expert affidavits concerning the U.S. refugee system. Below, I will list the key expert affidants and summarize their qualifications. I have found each of them to be highly qualified in their fields of expertise, but for reasons stated later, I have generally accepted the evidence of the applicants as being more compelling.

#### (1) For the applicants

(a) Eleanor Acer is the Director of Human Rights First's Asylum Legal Representation Program in New York City. She oversees that organization's *pro bono* program. She describes the risk of detention faced by refugees in the U.S.

(b) Susan M. Akram is an Associate Professor at Boston University, and a supervising attorney of the immigration work in the civil litigation program. She is involved in representing several Guantanamo Bay detainees. Her evidence is directed towards the targeting of Arabs and Muslims.

(c) Deborah E. Anker is a clinical professor of law and directs the Harvard Immigration and Refugee Clinical Program. She both supervises students and represents asylum seekers. She has many publications on the subject of U.S. immigration and refugee law. She discusses corroboration, the U.S. interpretation of nexus and persecution, and exclusions from asylum.

(d) James Hathaway is a renowned academic specializing in international and comparative refugee law. He has written many articles and three books on the subject. His evidence is directed to international and comparative law on refugee responsibility sharing agreements. He describes European safe third country agreements.

### A. Les experts

[106] Les demandeurs et la défenderesse ont soumis à la Cour de nombreux affidavits d'experts au sujet du système d'immigration et de protection des réfugiés des États-Unis. J'énumère plus loin les principaux experts qui ont souscrit un affidavit et je résume leurs qualifications. J'ai constaté que chacun d'entre eux était très compétent dans son champ d'expertise respectif mais, pour les motifs exposés plus loin, j'ai dans l'ensemble considéré que la preuve soumise par les demandeurs était plus convaincante.

#### 1) Pour les demandeurs

a) Eleanor Acer est directrice du Human Rights First's Asylum Legal Representation Program de New York. Elle supervise le programme de services bénévoles au sein de cette organisation. Elle explique les risques de détention auxquels sont exposés les réfugiés aux États-Unis.

b) Susan M. Akram est professeure agrégée à l'université de Boston et est chargée, à titre de procureure, de superviser le volet immigration du programme de contentieux civil. Elle représente plusieurs personnes détenues à Guantanamo Bay. Son témoignage porte sur le ciblage des arabes et des musulmans.

c) Deborah E. Anker est professeure clinique de droit et dirige le Harvard Immigration and Refugee Clinical Program. Elle supervise des étudiants et représente des demandeurs d'asile. Elle a de nombreuses publications à son actif au sujet du droit américain de l'immigration et de la protection des réfugiés. Dans le présent procès, elle parle de la corroboration, de l'interprétation que les États-Unis font du lien et de la persécution et des cas d'exclusion du droit d'asile.

d) James Hathaway est un universitaire renommé spécialisé en droit d'asile international et en droit comparé. Il est l'auteur de nombreux articles et de trois ouvrages sur le sujet. Son témoignage porte sur les règles de droit international et de droit comparé en matière d'ententes de partage de responsabilité des réfugiés. Il traite des ententes européennes sur les pays tiers sûrs.

(e) Karen Musalo is a resident scholar at the University of California, where she directs the Centre for Gender and Refugee Studies and teaches refugee and international human rights. Her expertise is the treatment of gender-based asylum claims in the U.S.

(f) Victoria Neilson describes the difficulties faced by asylum seekers in the U.S. whose claims are based on sexual orientation, transgender identity, or HIV positive status. She is the Legal Director of Immigration Equality, which focuses exclusively on lesbian, gay, bisexual, transgender and HIV immigration issues.

(g) Hadat Nazami is a lawyer with Jackman & Associates. This affidavit introduces many academic articles concerning U.S. refugee law. The respondent has argued quite properly that these exhibits are inadmissible. I have not relied on this affidavit or its attachments in my judgment, and thus do not need to address its admissibility.

(h) Jaya Ramji-Nogales, Andrew Schoenholtz and Philip G. Schrag all work on refugee law at Georgetown University. I will refer to their evidence as the “Georgetown affidavit.” They provide an overview of the asylum process in the United States and describe the consequences of the one-year bar and the different standards for withholding and asylum.

(i) Morton Sklar describes how the U.S. applies CAT. He is the founding Executive Director of the World Organization for Human Rights USA, an organization which focuses on protecting refugees from deportation to torture.

(j) Steve Macpherson Watt, a senior attorney with the Human Rights Working Group of the American Civil Liberties Union, provides evidence on torture committed by the U.S. and the practice of rendition.

e) Karen Musalo est chercheuse-boursière résidente à l’université de Californie, où elle dirige le Centre for Gender and Refugee Studies et enseigne le droit international des droits de la personne et le droit des réfugiés. Elle est spécialisée en traitement des demandes d’asile fondées sur le sexe aux États-Unis.

f) Victoria Neilson explique les difficultés auxquelles sont confrontées aux États-Unis les personnes dont la demande d’asile est fondée sur l’orientation sexuelle, l’identité transgenre ou le statut de personne séropositive. Elle est la directrice juridique d’Immigration Equality, un organisme qui se concentre exclusivement sur les questions d’immigration relatives aux lesbiennes, aux gais, aux transgenres et aux personnes séropositives.

g) Hadat Nazami est avocat chez Jackman & Associates. Dans son affidavit, il introduit bon nombre d’articles spécialisés portant sur le droit des réfugiés des États-Unis. La défenderesse a soutenu à juste titre que ces pièces ne sont pas admissibles. Je ne me suis pas fondé sur cet affidavit et sur les pièces qui y étaient jointes pour rendre mon jugement et il n’est donc pas nécessaire d’aborder la question de son admissibilité.

h) Jaya Ramji-Nogales, Andrew Schoenholtz et Philip G. Schrag œuvrent tous dans le domaine du droit des réfugiés à l’université de Georgetown. Je vais désigner leur témoignage sous le nom d’« affidavit de Georgetown ». Ils donnent un aperçu du processus de reconnaissance du droit d’asile aux États-Unis et expliquent les conséquences de l’interdiction d’un an ainsi que les différentes normes régissant le sursis et le droit d’asile.

i) Morton Sklar explique comment les États-Unis appliquent la Convention contre la torture. Il est le directeur exécutif fondateur de la World Organization for Human Rights USA, une organisation dont la mission consiste à protéger les réfugiés contre l’expulsion vers un pays où ils risquent d’être soumis à la torture.

j) Steve Macpherson Watt, avocat principal au Human Rights Working Group of the American Civil Liberties Union, a témoigné au sujet de la torture aux États-Unis et de la coutume de la remise des personnes.

(2) For the respondent

(a) Kay Hailbronner is a professor at the University of Konstanz, Germany. He has a great deal of expertise with international refugee law, and at one time served as a judge at an appeal level dealing with immigration and asylum law. He has written several books and many articles on refugee law. Professor Hailbronner served as counsel in cases involving European safe third country agreements. Professor Hailbronner's affidavit is the counterpoint to Professor Hathaway's evidence.

(b) David Martin has worked in the U.S. government dealing with refugee issues for many years. He has served as general counsel for the Immigration and Naturalization Service [INS] and worked primarily on removal cases in immigration court and provided advice to the INS and other top officials on the interpretation of U.S. immigration laws. He currently serves as a professor at the University of Virginia and works as an expert consultant to the government on refugee issues.

(c) Bruce A. Scofield has been employed by the Government of Canada since 1989 and has dealt extensively with refugee protection issues. He currently serves as Director, Policy Development and International Protection. Mr. Scofield was the lead CIC official in the negotiation of the STCA and was involved in the designation of the U.S. as a safe third country. He is engaged in the oversight and monitoring of the Agreement.

[107] As I indicated, each of the experts is well qualified and I believe gave evidence honestly as to their perspectives. However, the applicants' experts were generally more focused, both in their expertise and their opinion, as compared particularly to the more general evidence of Bruce Scofield. Many of the areas relied upon by the applicants to show non-compliance were

2) Pour la défenderesse

a) Kay Hailbronner enseigne à l'université de Constance, en Allemagne. Il possède de vastes connaissances spécialisées en droit international des réfugiés et a siégé une fois comme juge d'appel sur une affaire portant sur les règles de droit en matière d'immigration et de droit d'asile. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages et de nombreux articles sur le droit des réfugiés. Le professeur Hailbronner est intervenu à titre de conseiller juridique dans des affaires portant sur des ententes européennes relatives aux pays tiers sûrs. L'affidavit du professeur Hailbronner fait contrepoids au témoignage du professeur Hathaway.

b) David Martin travaille depuis de nombreuses années au sein de l'Administration américaine, où il s'occupe de questions relatives aux réfugiés. Il a été avocat général pour l'Immigration and Naturalization Service [INS], où il a surtout travaillé devant le tribunal de l'immigration dans des dossiers portant sur des renvois et il a agi comme conseiller juridique auprès de l'INS et d'autres hauts fonctionnaires au sujet de l'interprétation des lois américaines sur l'immigration. Il enseigne présentement à l'université de Virginie et travaille comme conseiller expert auprès du gouvernement sur les questions relatives aux réfugiés.

c) Bruce A. Scofield travaille pour le gouvernement du Canada depuis 1989 et s'occupe principalement de questions relatives à la protection des réfugiés. Il occupe présentement le poste de directeur à la Direction de l'élaboration des politiques et de la protection internationale. M. Scofield était le principal représentant de Citoyenneté et Immigration Canada lors de la négociation de l'Entente et il a participé à la désignation des États-Unis comme pays tiers sûr. Il s'occupe de la surveillance et du contrôle d'exécution de l'Entente.

[107] Ainsi que je l'ai déjà expliqué, chacun des experts est très compétent et j'estime que chacun d'entre eux a livré un témoignage honnête sur son point de vue respectif. Je suis toutefois d'avis que les experts des demandeurs étaient, dans l'ensemble, plus précis tant en ce qui concerne leurs connaissances techniques que l'avis qu'ils ont donné, si on les compare surtout au

alluded to by Scoffield but just not expanded upon, either in this Court or before the GIC. The applicants' experts have expanded upon some of those areas to show their importance in practice and in terms of compliance with the relevant Conventions.

[108] I find the applicants' experts to be more credible, both in terms of their expertise and the sufficiency, directness and logic of their reports and their cross-examination thereon. I also recognized and have given the appropriate weight to the fact that some of the applicants' experts could be said to speak for or have "constituencies" which means that their evidence may lean in a direction more favourably to the constituency. The same can be said for the respondent's experts who testify in support of either a process in which they have been engaged from the beginning or in support of a system they have worked in. Taking account of these subjective factors, I find the applicants' experts to be more objective and dispassionate in their analysis and report.

[109] Therefore, I have been persuaded that, where in conflict, the applicants' evidence is to be preferred.

B. U.K. and E.U. practice regarding safe third country agreements

[110] Expert evidence was introduced on these practices for comparative purposes and to establish international norms. Parties relied on a number of cases emanating from these circumstances to buttress their opinion evidence.

[111] The 1985 Schengen Agreement [*Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the Gradual*

témoignage plus général de Bruce Scoffield. M. Scoffield s'est contenté de faire allusion à bon nombre des points soulevés par les demandeurs pour démontrer la non-conformité et il n'a développé ces points ni devant notre Cour ni devant le gouverneur en conseil. Les experts des demandeurs sont entrés dans le détail en ce qui concerne ces points pour en démontrer l'importance tant sur le plan pratique que sur celui du respect des conventions applicables.

[108] J'estime que les experts des demandeurs sont plus crédibles, tant en ce qui concerne leurs connaissances techniques qu'en ce qui a trait à la suffisance, à la logique et au caractère direct de leur rapport qu'en ce qui concerne le contre-interrogatoire qu'ils ont subi sur ce dernier. Je reconnais aussi que l'on pourrait affirmer que certains des experts des demandeurs parlaient pour leurs « mandants » et j'ai tenu dûment compte de cette réalité, ce qui veut dire que leur témoignage était susceptible d'être davantage favorable aux personnes au nom desquelles ils témoignaient. On peut en dire autant des experts de la défenderesse, qui ont défendu, dans leur témoignage, une procédure dans laquelle ils sont engagés depuis le début ou un système dans lequel ils travaillent. Compte tenu de ces facteurs subjectifs, je conclus que les experts des demandeurs se sont montrés plus objectifs et impartiaux dans leur analyse et leur rapport.

[109] On m'a donc persuadé qu'en cas de conflit, c'est la preuve des demandeurs qu'il convient de préférer.

B. Usages suivis au Royaume-Uni et dans l'Union européenne en ce qui a trait aux ententes sur les pays tiers sûrs

[110] Des témoignages d'experts ont été entendus au sujet des usages en question en vue d'établir des comparaisons et de définir des normes internationales. Les parties ont cité plusieurs exemples pertinents pour étayer leurs témoignages d'opinion.

[111] L'Accord de Schengen de 1985 [*Accord entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle*

*Abolition of Checks at their Common Borders*, signed 14 June 1985 in Schengen (Luxembourg)] brought the issue of third country agreements to a European community level, with the intention to allow European states to address concerns of “asylum shopping” and multiple claims. The 1990 Dublin Convention [*Convention Determining the State Responsible for Examining Applications for Asylum Lodged in One of the Member States of the European Community*, 15 June 1990, Dublin] provided a comprehensive mechanism for determining the responsible state for examining asylum applications. All E.U. member states were designated as “safe.” With the movement towards a more community-based as opposed to state-based approach to asylum, the Dublin Convention was superseded in February 2003 by Dublin II [*Council Regulation (EC) No. 343/2003 of 18 February 2003 Establishing the Criteria and Mechanisms for Determining the Member State Responsible for Examining an Asylum Application Lodged in one of the Member States by a Third-Country National*], an E.U. Council Regulation. All E.U. states are still designated as safe for all other E.U. states.

[112] While both parties through their submissions and in their expert affidavits submitted evidence as to the status of safe third country agreements at international law, there is no need to look at third country agreements in general because the applicants are not disputing the legal basis for the Canadian enactment of third party agreements generally. Furthermore, the parties converge on most of the issues relating to the international status of such agreements. Specifically, both parties agree that in order to return someone to a third country, that country must be in compliance with the non-refoulement provisions in the Refugee Convention and CAT. Neither party disputes that indirect refoulement constitutes a breach of the country of last presence’s obligations, as this was formally recognized in the *Suresh* decision.

*des contrôles aux frontières communes*, signé à Schengen (Luxembourg), le 14 juin 1985] portait sur la question des ententes sur les pays tiers au sein de la communauté européenne. Cet accord visait à permettre aux États européens de répondre aux préoccupations exprimées au sujet de la recherche du meilleur pays d’asile et des demandes d’asile multiples. La Convention de Dublin de 1990 [*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*, 15 juin 1990, Dublin] prévoit un mécanisme détaillé pour déterminer l’État chargé d’examiner les demandes d’asile. Tous les États membres de l’Union européenne ont été désignés comme « pays sûrs ». Dans la foulée du mouvement vers une approche communautaire plutôt que vers une approche axée sur chaque État en matière de droit d’asile, la Convention de Dublin a été remplacée en février 2003 par Dublin II [*Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination, de l’État membre responsable de l’examen d’une demande d’asile présentée dans l’un des États membres par un ressortissant d’un pays tiers*], un règlement du Conseil de la Communauté européenne. Tous les États membres de l’Union européenne sont toujours désignés comme « pays sûrs » les uns par rapport aux autres.

[112] Bien que, par le biais de leurs observations et des affidavits de leurs experts, les deux parties aient soumis des éléments de preuve au sujet du statut des accords sur les pays tiers en droit international, il n’est pas nécessaire d’examiner les accords sur les pays tiers en général, parce que les demandeurs ne contestent pas la base juridique sur laquelle le Canada se fonde pour conclure des ententes sur les pays tiers en général. Qui plus est, les parties s’entendent sur la plupart des questions se rapportant au statut international de ce type d’entente. Plus précisément, les deux parties conviennent que, pour pouvoir refouler quelqu’un vers un pays tiers, ce dernier doit se conformer aux dispositions de la Convention relative aux réfugiés et de la Convention contre la torture relatives à l’interdiction du refoulement. Aucune des parties ne conteste que le refoulement indirect constitue une violation des obligations du dernier pays de séjour, ainsi que la Cour suprême l’a formellement reconnu dans l’arrêt *Suresh*.

[113] There are a few points in dispute that may raise refoulement issues. Firstly, Professor Hathaway questions the legality of the generalized assessment attaching to any safe third country agreement. He does not agree that an agreement can apply uniformly to all refugees. Secondly, Professor Hailbronner maintains that differences in interpretation of international refugee law standards are acceptable, as long as minimum standards are met. Additionally, both the U.K. and the European Court of Human Rights (ECtHR) cases were considered in order to establish basic principles as to how other jurisdictions have approached the question that is currently before the Court.

[114] Three experts have provided a detailed examination of three cases that arose in the U.K. The first, *T.I. v. U.K.* (App. No 43844/98) was decided by the European Court of Human Rights (E.C.H.R.) in 2000. The other two, *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan*, [2001] 2 A.C. 477 and *Regina (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 1 A.C. 920 were decisions of the House of Lords. Another decision that was mentioned only in passing but considered helpful was the U.K. case *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Salas* [[2001] E.W.J. No. 4340 (QL)] (unreported 19 July 2000, and referred to in the Greenwood affidavits) in which the U.K. High Court specifically addressed whether the U.S. was a safe third country.

[115] Professor Greenwood reviews the development of the legislation in the U.K. Domestic legislation contains provisions whereby the Secretary of State can certify that a person be returned to a third country to have their asylum application considered if that country is “safe.” Pursuant to the Dublin Convention and Dublin II, all countries in the European Union are “safe countries.” The three cases in question all involved the question of whether the U.K. could return an asylum seeker to a state that did not consider non-state agents to be persecutors under the Refugee Convention. In the U.K., a non-state agent can be a persecutor for Refugee Convention purposes.

[113] Il y a quelques points litigieux qui sont susceptibles de soulever des questions de refoulement. Premièrement, le professeur Hathaway remet en question la légalité de l'évaluation généralisée de tous les accords sur les pays tiers sûrs. Il n'est pas d'accord pour dire qu'une entente donnée peut s'appliquer de façon uniforme à tous les réfugiés. Deuxièmement, le professeur Hailbronner maintient que les différences d'interprétation au sujet des normes du droit international des réfugiés sont acceptables, à condition que les normes minimales soient respectées. De plus, la jurisprudence du Royaume-Uni et celle de la Cour européenne des droits de l'homme (la CEDH) ont été examinées pour dégager les principes fondamentaux permettant de déterminer comment d'autres pays ont abordé la question présentement soumise à la Cour.

[114] La Cour a entendu trois experts qui ont fourni une analyse détaillée de trois affaires britanniques. La première affaire, intitulée *T.I. c. R.-U.* (dossier d'appel n° 43844/98), a été examinée par la Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.) en 2000. Les deux autres, *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan*, [2001] 2 A.C. 477, et *Regina (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 1 A.C. 920, ont été jugées par la Chambre des lords. Une autre décision à laquelle il a seulement été fait allusion mais qui s'est avérée utile était l'arrêt *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Salas* [[2001] E.W.J. n° 4340 (QL)] (décision non publiée rendue le 19 juillet 2000, mentionnée dans les affidavits de Greenwood) où la Haute Cour du Royaume-Uni a explicitement abordé la question de savoir si les États-Unis sont un pays tiers sûr.

[115] Le professeur Greenwood a passé en revue l'évolution de la législation britannique interne, qui renferme des dispositions en vertu desquelles le Secrétaire d'État peut certifier qu'une personne peut être refoulée vers un pays tiers pour y faire examiner sa demande d'asile si ce pays est « sûr ». Aux termes de la Convention de Dublin et de Dublin II, tous les pays de l'Union européenne sont des « pays sûrs ». Les trois affaires en question portaient toutes sur la question de savoir si le Royaume-Uni pouvait refouler un demandeur d'asile vers un État où les éléments indépendants de l'État ne sont pas considérés comme des agents de persécution au sens de la Convention relative aux réfugiés.

[116] The initial difficulty with the three cases is that the E.C.H.R. first decided in *T.I.* that returning an asylum seeker to a country that operated under a different (narrower) interpretation of the Refugee Convention was permissible. The House of Lords decided the opposite in *Adan*. However, in *Yogathas*, the House of Lords followed the decision in *T.I.* All cases involved very similar factual circumstances.

[117] Upon reading the cases and the analysis of the three experts, it is clear that the cases are really not inconsistent and reinforce basically the same principles. A summary of the principles that emerge reveals that the focus is on the likelihood that return to a third country will result in refoulement to face persecution rather than on requiring consistency in interpretation of the Refugee Convention. The courts looked to the reality rather than the theoretical basis upon which the originating countries operated.

[118] In *T.I.*, the E.C.H.R. held that the U.K. could not rely automatically on arrangements made in the Dublin Convention. The Court was reviewing U.K. compliance with Article 3 of the European Convention for Human Rights [*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, November 4, 1950 [213 U.N.T.S. 221] (ECHR), which contains a non-refoulement provision akin to that in CAT. The Court held that to rely on a safe third country agreement automatically would be to absolve responsibility under the Convention. The Court also held that the important issue is not whether the interpretations of the Refugee Convention are the same, but whether there is sufficient protection in the third country's law to protect against the risk of refoulement. This does not mandate that the refugee be entitled to refugee status in the same manner in both countries. In that case, Germany had sufficient safeguards against refoulement existing independent of any claim to asylum that would be able to protect a person persecuted by non-state agents.

Au Royaume-Uni, les éléments indépendants de l'État peuvent être considérés comme des agents de persécution au sens de la Convention relative aux réfugiés.

[116] La difficulté initiale que soulèvent ces trois affaires est le fait que la C.E.D.H. a d'abord décidé, dans l'arrêt *T.I.*, qu'il était permis de refouler un demandeur d'asile vers un pays qui applique une interprétation différente — plus étroite — de la Convention relative aux réfugiés. La Chambre des lords a décidé le contraire dans l'affaire *Adan*. Toutefois, dans l'affaire *Yogathas*, la Chambre des lords a suivi l'arrêt *T.I.* Les faits des toutes ces affaires se ressemblent beaucoup.

[117] Il ressort de ces décisions et de l'analyse des trois experts que la jurisprudence n'est pas vraiment contradictoire et qu'elle confirme essentiellement les mêmes principes. Le résumé des principes ainsi dégagés révèle que, loin d'insister sur une interprétation uniforme de la Convention relative aux réfugiés, les tribunaux s'intéressent principalement aux probabilités que le fait de renvoyer un réfugié vers un pays se traduise par son refoulement vers un pays tiers où il sera persécuté. Les tribunaux se sont attardés à la réalité plutôt qu'au fondement théorique sur lequel s'appuient les pays d'où proviennent les réfugiés.

[118] Dans l'arrêt *T.I.*, la C.E.D.H. a jugé que le Royaume-Uni ne pouvait s'appuyer d'office sur le système établi par la Convention de Dublin. Dans cette affaire, la Cour était appelée à vérifier si le Royaume-Uni s'était conformé à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme [*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221], qui renferme une disposition de non-refoulement semblable à celle que l'on trouve dans la Convention contre la torture. La Cour a jugé que s'appuyer d'office sur une entente portant sur un pays tiers sûr reviendrait à se soustraire aux obligations imposées par la Convention. La Cour a ajouté que la question importante à résoudre n'était pas celle de savoir si les interprétations de la Convention relative aux réfugiés étaient identiques, mais bien celle de savoir si les lois du pays tiers protégeaient suffisamment l'intéressé contre les risques de refoulement, ce qui ne veut pas dire pour autant que les réfugiés ont droit à la même reconnaissance juridique

[119] The other principle arising from *T.I.* is that if there is a higher burden of proof placed on asylum seekers in the third country than in the returning country, as long as this burden does not prevent meritorious claims in practice, it is not a bar to returning a refugee to the third country. This concept is relevant in interpreting the “withholding/asylum” dichotomy discussed at length below.

[120] The principles the House of Lords relied on in *Adan* were not that different from those in *T.I.* The distinction between the decisions in the two cases arises principally on an evidentiary basis. The Law Lords did not have before them the decision in *T.I.*, nor did they have evidence of the alternative protections offered under German law.

[121] The House of Lords in *Adan* did note that there is only one true interpretation of the Refugee Convention and that the U.K.’s obligations must be interpreted in light of its interpretation, on the assumption it is the correct one. The Law Lords rejected all arguments that the treaty is subject to varied interpretations (see the decisions of Lord Slynn of Hadley and Lord Steyn). It was on this basis that the House of Lords concluded that a person could not be returned to a country that did not recognize non-state agents as persecutors. In light of these distinctions in interpreting the Convention, the House of Lords concluded that there was not sufficient evidence to refute the risk of refoulement. As a result of differences in interpretation, gaps in protection can arise and make a receiving state unsafe.

dans les deux pays en cause. Dans cette affaire, les garanties prévues en Allemagne contre le refoulement étaient suffisantes pour assurer la protection de toute personne persécutée par des éléments indépendants de l’État et ce, indépendamment de toute demande d’asile.

[119] L’autre principe qui se dégage de l’arrêt *T.I.* est le fait que si la charge de la preuve imposée aux demandeurs d’asile est plus lourde dans le pays tiers que dans le pays duquel ils sont renvoyés, cette charge de la preuve n’empêche pas de renvoyer le réfugié dans le pays tiers, à condition qu’elle ne fasse pas obstacle en pratique aux demandes d’asile qui sont fondées. Ce concept est utile pour interpréter la dichotomie « sursis/asile » sur laquelle nous reviendrons plus loin.

[120] Les principes sur lesquels la Chambre des lords s’est fondée dans l’arrêt *Adan* n’étaient pas différents de ceux de l’affaire *T.I.* : seule différait la preuve présentée dans chacune de ces affaires. Les lords juristes n’avaient en mains ni l’arrêt *T.I.* ni les éléments de preuve portant sur les autres mesures de protection offertes en droit allemand.

[121] Dans l’arrêt *Adan*, la Chambre des lords a effectivement signalé qu’il n’existait qu’une seule véritable interprétation de la Convention relative aux réfugiés et que les obligations du Royaume-Uni devaient être interprétées en fonction de cette interprétation, en partant du principe qu’il s’agit de la bonne. Les lords juristes ont écarté tous les arguments suivant lesquels le traité se prêtait à diverses interprétations (voir les décisions de lord Slynn of Hadley et de lord Steyn). C’est sur ce fondement que la Chambre des lords a conclu qu’une personne ne pouvait être renvoyée vers un pays où les éléments indépendants de l’État ne sont pas considérés comme des agents de persécution. À la lumière de ces distinctions en matière d’interprétation de la Convention, la Chambre des lords a conclu qu’elle ne disposait pas de suffisamment d’éléments de preuve pour écarter tout risque de refoulement. En raison de ces différences d’interprétation, des lacunes sont susceptibles de se produire sur le plan de la protection, augmentant d’autant les risques auxquels serait exposé l’étranger dans le pays d’accueil.

[122] That said, even the principle in *Adan* that there is only one interpretation of the Refugee Convention cannot be taken too literally. Lord Slynn of Hadley noted, at paragraph 14, that:

There may be cases in which an interpretation adopted by the Secretary of State can be carried out in different ways and in such a case it may well be that the Secretary of State could accept that such other ways were in compliance with the Convention. But the Secretary of State is neither bound nor entitled to follow an interpretation which he does not accept as being the proper interpretation of the Convention.

[123] It is clear, however, that the case turned on the fact that the House of Lords considered an interpretation of the Refugee Convention that excluded non-state agents as persecutors to be incorrect. Lord Steyn held at paragraph 40, that the House of Lords was not in a position to express opinion on alternative procedures for the protection of asylum seekers in Germany and France. Since Germany and France did not apply all the protections in the Refugee Convention, on the evidence before the Court, refoulement was a definite possibility.

[124] In *Yogathas*, Lord Bingham of Cornhill held that there were two guiding considerations. First, a court should not readily infer that a friendly sovereign state party to the Refugee Convention will not perform the obligations it has undertaken. However, the Government is still obliged to inform itself of the facts and monitor the decisions made by the third country. This is similar to the holding in *T.I.* He concluded, at paragraph 9, that:

. . . the humane objective of the convention is to establish an orderly and internationally-agreed regime for handling asylum applications and that objective is liable to be defeated if anything other than significant differences between the law and practice of different countries are allowed to prevent the return of an applicant to the member state in which asylum was, or could have been, first claimed.

[122] Ceci étant dit, il ne faut prendre trop au pied de la lettre le principe posé dans l'arrêt *Adan* suivant lequel il n'existe qu'une seule façon d'interpréter la Convention relative aux réfugiés. Lord Slynn of Hadley rappelle en effet, au paragraphe 14, que :

[TRADUCTION] Il peut y avoir des cas dans lesquels on peut appliquer de diverses façons l'interprétation retenue par le Secrétaire d'État et, en pareil cas, il se peut fort bien que le Secrétaire d'État accepte que ces autres façons sont conformes à la Convention. Mais le Secrétaire d'État n'est pas tenu de suivre une interprétation de la Convention qu'il ne considère pas comme la bonne.

[123] Il est clair, toutefois, que le litige portait sur le fait que la Chambre des lords avait jugé incorrecte une interprétation de la Convention relative aux réfugiés suivant laquelle les éléments indépendants de l'État n'étaient pas considérés comme des agents de persécution. Lord Steyn a jugé, au paragraphe 40, que la Chambre des lords n'était pas en mesure d'exprimer une opinion sur les autres mécanismes de protection offerts aux demandeurs d'asile en Allemagne et en France. Comme l'Allemagne et la France n'avaient pas appliqué toutes les mesures de protection prévues par la Convention relative aux réfugiés, la Cour a estimé, vu l'ensemble de la preuve dont elle disposait, que le refoulement constituait une sérieuse possibilité.

[124] Dans l'arrêt *Yogathas*, lord Bingham of Cornhill a retenu deux principaux facteurs. Il a tout d'abord expliqué que le tribunal ne devait pas déduire trop rapidement qu'un État souverain ami qui est partie à la Convention relative aux réfugiés n'exécutera pas les obligations qu'il a contractées. Toutefois, le gouvernement est quand même obligé de constater les faits et de surveiller les décisions émanant du pays tiers. Cette conclusion rejoint celle qui a été tirée dans l'arrêt *T.I.* Le juge conclut, au paragraphe 9 :

[TRADUCTION] [. . .] l'objectif humanitaire visé par la Convention est d'établir un régime méthodique, fruit d'un consensus international, en matière de traitement des demandes d'asile. Cet objectif est susceptible d'être contrecarré si l'on permet à quelque chose d'autre que des différences significatives entre la loi et la pratique des divers pays d'empêcher le renvoi d'un demandeur vers un État membre dans lequel le droit d'asile a été ou aurait pu être réclamé en premier lieu.

[125] The second principle Lord Bingham relied on was that the Refugee Convention is primarily directed to preventing refoulement and it is inappropriate to compare other issues between two states, such as the applicant's living conditions in the third country. As Lord Hope of Craighead noted, at paragraph 43, the critical question for the Court was whether the German authorities would apply its alternative mechanism in such a way as to recognize the applicant's fear of persecution by non-state agents. The conclusion was that German law grants discretion to suspend deportation in cases of substantial danger for life, personal integrity or liberty of an alien. Lord Hope recognized that [at paragraph 47] "the focus [in the right to return to a third country] is on the end result rather than the precise procedures by which the result was achieved."

[126] Professor Greenwood concludes that in the U.K. there is a high threshold for review of a decision to certify a third country as safe provided that the Secretary of State has had regard to all relevant considerations. Also, Professor Greenwood appears to be correct that the law, as it now stands in the U.K., supports an assertion that it is necessary to examine not only legal interpretation of the applicable principles but also actual practice.

[127] In fact, Professor Hathaway also seems to accept that returning a person to a state that will not grant refugee status in the same way as the returning state will not constitute a violation of Article 33 of the Refugee Convention where the destination state would not, in practice, subject the refugee to refoulement. However, Professor Hathaway cautions that the inquiry into the partner state's laws and practices must not be formalistic, but must take primary account of verifiable practical realities.

[128] Finally, as Professor Hailbronner notes, Lord Scott of Foscote pointed out at paragraph 115 [of *Yogathas*] that the focus is on whether there is compliance

[125] Suivant le second principe sur lequel lord Bingham s'est fondé, la Convention relative aux réfugiés vise d'abord et avant tout à empêcher le refoulement et il ne convient pas de comparer d'autres questions entre deux États, telles que les conditions de vie du demandeur dans le pays tiers. Ainsi que lord Hope of Craighead l'a fait remarquer au paragraphe 43, la question cruciale à laquelle la Cour devait répondre était celle de savoir si les autorités allemandes appliqueraient l'autre mécanisme de manière à prendre acte de la crainte de persécution du demandeur par des éléments indépendants de l'État. La Cour a conclu que le droit allemand confère le pouvoir discrétionnaire de suspendre l'expulsion dans les cas de grave menace à la vie ou de risque pour l'intégrité personnelle ou la liberté d'un étranger. Lord Hope a reconnu que [au paragraphe 47] [TRADUCTION] « dans le cas du droit de renvoyer un étranger dans un pays tiers, l'accent est mis sur le résultat final plutôt que sur les moyens précis employés pour atteindre le résultat en question ».

[126] Le professeur Greenwood conclut qu'au Royaume-Uni le critère minimal à respecter pour contrôler la décision de désigner un pays tiers comme État sûr est exigeant, pourvu que le Secrétaire d'État ait tenu compte de tous les facteurs pertinents. De plus, il semble que le professeur Greenwood ait raison de dire que, dans son état actuel, le droit britannique appuie l'assertion qu'il est nécessaire d'examiner non seulement l'interprétation juridique des principes applicables, mais également la pratique courante.

[127] En fait, le professeur Hathaway semble lui aussi accepter que le renvoi d'une personne vers un État qui ne lui reconnaîtra pas le statut de réfugié au même titre que l'État qui procède au renvoi ne constituera pas une violation de l'article 33 de la Convention relative aux réfugiés dans les cas où l'État de destination ne soumettrait pas, en pratique, le réfugié au refoulement. Toutefois, le professeur Hathaway rappelle que l'analyse des lois et des pratiques de l'autre État ne doit pas être formaliste, mais qu'elle doit d'abord et avant tout tenir compte de réalités pratiques vérifiables.

[128] Enfin, comme le professeur Hailbronner le signale, lord Scott of Foscote souligne, au paragraphe 115 [de l'arrêt *Yogathas*], que l'accent est mis sur la

with minimum standards, not whether the procedures and laws are identical. This could also be interpreted as being counter to the assertion that there is only one true interpretation and appears to be a point of contention between the experts. Professor Hathaway relies on the fact there is only one true interpretation and that as such, a court will begin with the interpretation of the Refugee Convention provision arrived at in its own jurisprudence in determining whether a party is safe, subject to exception for detail or nuance. It does not appear, however, that the House of Lords was denying there is only one true interpretation, but just that where U.K. law adds additional elements, it is not necessary to expect the same of other countries, as long as they meet all the necessary safeguards.

[129] A case of note is *Salas*, above, which involved the decision of the U.K. government to return an Ecuadorian national to the U.S., on the basis that the U.S. was a safe third country. The High Court held that, in reviewing whether the U.S. was a safe country, consideration of its law alone is not enough. The High Court concluded that it is also necessary to look at administrative practice to see if the practice itself gives rise to a real risk of return in breach of the Refugee Convention.

[130] The case was not discussed in detail by either party although the High Court directly addressed the dispute raised by both parties to this judicial review regarding the distinction between the standards for asylum and withholding, detention practice, and availability of legal counsel (albeit without providing an overly detailed analysis).

[131] The High Court held that the important consideration is whether there is a real risk that the U.S. would send the asylum seeker to another country otherwise than in accordance with the Refugee Convention. Although administrative practice may be so

question de savoir si les normes minimales ont été respectées, et non sur celle de savoir si les méthodes et les lois sont identiques, ce qui pourrait également être interprété comme étant contraire à l'assertion suivant laquelle il n'existe qu'une seule véritable interprétation. Il semble qu'il s'agisse d'un point sur lequel les experts divergent d'opinion. Le professeur Hathaway se fonde sur le fait qu'il n'existe qu'une seule véritable interprétation et que le tribunal entamera son analyse par l'interprétation de la disposition de la Convention relative aux réfugiés dégagée dans sa propre jurisprudence pour déterminer si un pays est sûr, sous réserve des éclaircissements ou des nuances à apporter. Il ne semble toutefois pas que la Chambre des lords ait nié qu'il n'existe qu'une seule interprétation véritable, mais qu'elle ait simplement dit que, lorsque les lois britanniques ajoutent des éléments supplémentaires, il est inutile de s'attendre à ce que d'autres pays en fassent autant, dès lors qu'ils respectent toutes les garanties nécessaires.

[129] Une affaire qui mérite d'être signalée est la cause *Salas*, précitée, qui portait sur la décision du gouvernement du Royaume-Uni de renvoyer un ressortissant équatorien aux États-Unis, au motif que les États-Unis étaient un pays tiers sûr. La Haute Cour a statué que, pour déterminer si les États-Unis étaient un pays sûr, on ne pouvait se contenter d'en examiner les lois. La Haute Cour a conclu qu'il est également nécessaire d'examiner les usages administratifs pour déterminer si, en violation de la Convention relative aux réfugiés, ils donnent eux-mêmes lieu à un risque réel en cas de renvoi.

[130] Cette affaire n'a pas été analysée en détail par l'une ou l'autre des parties, bien que la Haute Cour ait — sans toutefois se lancer dans une analyse trop fouillée — abordé directement le point litigieux soulevé par les parties à la présente instance en contrôle judiciaire au sujet de la distinction à établir entre les normes régissant le droit d'asile et le sursis à l'exécution de la mesure de renvoi, les usages en matière de détention et la possibilité de consulter un avocat.

[131] La Haute Cour a jugé que le facteur le plus important consiste à se demander s'il existe un risque véritable que les États-Unis renvoient le demandeur d'asile dans un autre pays autrement qu'en conformité avec la Convention relative aux réfugiés. Bien qu'on

defective that there is a real risk of return, even if the government adopts a position counter to the “Convention’s true interpretation,” it does not follow that this leads in practice to a real risk of return.

[132] All grounds of challenge were denied and instead the U.K. court addressed in full the unique aspect of American law that provides discretion to a decision maker to grant asylum status even where all the requisite elements of refugee status are not met. The Court concluded that, in practice, there was little chance of the discretion being exercised unfavourably.

[133] It should be borne in mind that the facts before this Court seem to be significantly different than those before the High Court in *Salas* and clearly relate to a different time of practice and policies in the U.S.

[134] Finally, the respondent raises several Canadian cases in support of the approach in *Yogathas* to third countries. In *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171, the Federal Court of Appeal held that in the absence of exceptional circumstances established by the claimant, in a Convention refugee hearing, similar to the principles in an extradition hearing, Canadian tribunals have to assume a fair and independent judicial process in the foreign country, subject to contrary evidence. This principle was affirmed in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at page 725, and in *Kadenko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused [[1996] S.C.C.A. No. 612 (QL)].

[135] The cases referred to above set some context and principles applicable to consideration of safe third countries. The cases turn on the evidence before the particular courts of actual practice and real risks of refoulement and refoulement to torture.

puisse concevoir que les usages administratifs soient à ce point imparfaits qu’il existe un risque réel en cas de renvoi, même si le gouvernement adopte un point de vue contraire à la « véritable interprétation de la Convention », il ne s’ensuit pas nécessairement que cela se traduise en pratique par un risque réel en cas de renvoi.

[132] Estimant mal fondés tous les motifs de contestation, le tribunal britannique a plutôt examiné à fond le caractère unique du droit américain qui confère au décideur le pouvoir discrétionnaire d’octroyer l’asile même si tous les éléments requis pour pouvoir reconnaître le statut de réfugié ne sont pas réunis. La Cour a conclu qu’en pratique les risques que ce pouvoir discrétionnaire soit exercé de façon défavorable étaient peu élevés.

[133] Il ne faut pas perdre de vue que les faits soumis à notre Cour semblent être sensiblement différents de ceux qui étaient portés à la connaissance de la Haute Cour dans l’affaire *Salas* et qu’ils se rapportent manifestement à une époque différente pour ce qui est de la politique et des usages des États-Unis.

[134] Enfin, la défenderesse invoque plusieurs décisions canadiennes qui vont dans le sens du raisonnement suivi dans l’arrêt *Yogathas* en ce qui concerne les pays tiers. Dans l’arrêt *Ministre de l’Emploi et de l’Immigration c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (QL), la Cour d’appel fédérale a expliqué qu’à défaut de preuve de l’existence de circonstances exceptionnelles faite par le demandeur d’asile, lors de l’audience relative à la revendication du statut de réfugié, comme dans une requête en extradition, les tribunaux canadiens doivent tenir pour acquis qu’il existe un processus judiciaire équitable et impartial dans le pays étranger, sous réserve d’une preuve contraire. Ce principe a été confirmé dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, à la page 725, et dans l’arrêt *Kadenko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1376 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [[1996] C.S.C.R. n° 612 (QL)].

[135] La jurisprudence précitée nous permet de situer le débat dans son contexte et de dégager certains principes en ce qui concerne l’examen des pays tiers sûrs. Les décisions examinées étaient axées sur la preuve soumise au tribunal en ce qui concerne les usages concrets et les

[136] On the basis of the expert evidence before this Court as to the international law principles at issue, the principles established by these cases are as follows:

(a) First, a party cannot merely rely on the existence of the agreement but must be open to reviewing compliance of the third country.

(b) Second, there is a presumption of compliance by the third country.

(c) Third, the focus of the Refugee Convention is on protection against refoulement and as long as the third party protects in practice against refoulement, other distinctions will not bar return.

(d) Fourth, the protection need not be refugee status so long as there is protection.

(e) Fifth, even if the other country applies different burdens of proof, as long as the practical results are attainable in the same way, the distinction is unimportant.

In summary, the key is actual protection from refoulement under a minimum recognized standard. In my view, that is the basic principle in paragraph 102(1)(a) of IRPA and is the reason for requiring the consideration of the practices and policies of the third country.

[137] Further, it is my view that interpretation of the relevant Conventions need not be absolutely identical but where there is a difference, it is necessary to review whether the difference in interpretation leads to a difference in treatment. It should also be presumed that where there is a difference in interpretation, there will be a difference in treatment. This is particularly germane in respect of the U.S.'s view of its obligations under Article 3 of the Convention Against Torture.

risques véritables de refoulement et de refoulement vers un pays où l'intéressé risque d'être torturé.

[136] Sur la foi des témoignages d'experts entendus par notre Cour au sujet des principes de droit international en litige, voici les principes qui se dégagent de ces décisions :

a) Premièrement, une partie ne peut se contenter de s'en remettre à l'existence de l'entente, mais elle doit être ouverte à la possibilité de vérifier si le pays tiers se conforme.

b) Deuxièmement, il existe une présomption de conformité de la part du pays tiers.

c) Troisièmement, la Convention relative aux réfugiés est axée sur la protection contre le refoulement et, dès lors que le pays tiers assure en pratique la protection contre le refoulement, les autres distinctions ne feront pas obstacle au renvoi.

d) Quatrièmement, il n'est pas nécessaire que la protection porte sur le statut de réfugié, dès lors qu'il existe une protection.

e) Cinquièmement, même si l'autre pays applique une charge de preuve différente, dès lors que l'on peut atteindre de la même façon le même résultat pratique, la distinction n'est pas importante.

En résumé, l'élément crucial est la protection effective contre le refoulement en vertu d'une norme minimale reconnue. À mon avis, c'est le principe fondamental consacré à l'alinéa 102(1)a) de la LIPR et c'est la raison pour laquelle il faut examiner les politiques et usages du pays tiers.

[137] J'estime en outre qu'il n'est pas nécessaire que l'interprétation des conventions applicables soit absolument identique. Toutefois, lorsqu'il y a une différence, il faut se demander si la différence d'interprétation se traduit par une différence de traitement. Il faut par ailleurs présumer que, lorsqu'il y a une différence d'interprétation, il y a une différence de traitement. Ce facteur est particulièrement pertinent en ce qui concerne l'opinion que les États-Unis ont des

obligations que l'article 3 de la Convention contre la torture met à leur charge.

### C. A brief overview of the U.S. system

[138] The basis for this judicial review application is that the American refugee determination system contains deficiencies that render it unsafe according to the Refugee Convention and CAT standards. For that reason, a basic understanding of the way in which the American refugee system operates is necessary for placing the submissions in their appropriate context. The applicants in the Georgetown affidavit and the respondent in the affidavit of Mr. Martin provide an extensive discussion of this system. A brief summation follows.

[139] The U.S. is a party to the 1967 Protocol to the Refugee Convention [*United Nations Protocol Relating to the Status of Refugees*, January 31, 1967, [1969] Can. T.S. No. 29], which places its international obligations equivalent to other parties for all relevant purposes. Protection decisions are currently made either by asylum officers under the Department of Homeland Security (DHS) or experienced lawyers sitting as immigration judges under the Department of Justice (DOJ). Which of the two decision makers makes the decision depends on the stage of the proceedings. When it is made before removal proceedings have been instituted against the claimant, the process is an "affirmative claim" decided by the asylum officer. If it is made after removal proceedings have begun, it is decided by an immigration judge, and is referred to as a "defensive claim." If the asylum officer does not grant asylum in the affirmative claim, he or she refers the case to an immigration court. The immigration judge considers the asylum application *de novo* and also considers withholding claims or CAT claims. A negative decision of the immigration judge can be appealed to the Board of Immigration Appeals (BIA) which decides questions of law *de novo* and defers to the immigration judge on facts. Judicial review to the Federal Court of Appeals is also possible without leave. Further appeal to the U.S. Supreme Court is available, although limited in a similar manner as in Canada.

### C. Bref survol du régime américain

[138] La présente demande de contrôle judiciaire repose sur la prémisse que le régime américain de reconnaissance du statut de réfugié comporte des lacunes qui font que les États-Unis ne sont pas un pays sûr au sens de la Convention relative aux réfugiés et de la Convention contre la torture. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de comprendre les rouages essentiels du processus américain de reconnaissance du statut de réfugié pour pouvoir situer dans leur contexte les prétentions et moyens invoqués en l'espèce. Les demandeurs, par le biais de l'affidavit de Georgetown, et la défenderesse, par l'affidavit de M. Martin, analysent en détail le régime américain. Voici un bref résumé de la question.

[139] Les États-Unis ont adhéré au Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés [*Protocole des Nations Unies relatif au statut des réfugiés*, 31 janvier 1967, [1969] R.T. Can. n° 29], qui a pour effet de mettre les obligations internationales des États-Unis sur un pied d'égalité avec celles des autres parties à toutes fins que de droit. Selon l'étape de la procédure, les décisions concernant le droit d'asile sont présentement prises soit par des agents préposés aux demandes d'asile, qui relèvent du ministère de la Sécurité intérieure (Department of Homeland Security ou DHS), soit par des avocats expérimentés du ministère de la Justice siégeant en qualité de juges de l'immigration. Lorsque la décision intervient avant qu'une procédure de renvoi ne soit engagée contre le demandeur d'asile, on parle alors de « demande affirmative »; cette demande est tranchée par l'agent préposé aux demandes d'asile. La demande présentée après qu'une procédure de renvoi a été entamée est tranchée par un juge de l'immigration et elle est qualifiée de « demande défensive ». Si l'agent préposé aux demandes d'asile n'octroie pas l'asile en réponse à une demande affirmative, il défère le cas au tribunal de l'immigration. Le juge de l'immigration statue sur la demande d'asile en reprenant l'examen du dossier depuis le début et il examine aussi toute demande de sursis ou prétention tirée de la Convention contre la torture. La décision défavorable du juge de l'immigration peut être portée en appel devant la Commission d'appel de

[140] There are three major forms of protection available in the United States. The first, asylum, is the equivalent of recognition as a Convention refugee under section 96 of IRPA. Asylum entitles the person to permanent residence in the U.S., with all the associated rights attaching to that classification. The second, withholding of removal based on convention grounds and the third, withholding of removal based on fear of torture under CAT (CAT protection), are basically the American equivalent to the PRRA [pre-removal risk assessment] process in Canada, with several significant distinctions that are discussed by the parties. Neither withholding process entitles the individual to permanent residence, family reunification, travel documents or insurance against release from detention. The claimant's status can be cancelled if home country conditions change.

[141] The most significant distinction between the asylum and withholding process is that asylum is granted if the applicant establishes a reasonable possibility of persecution while withholding and CAT relief are granted only if an individual establishes that persecution or risk of torture is more likely than not.

[142] U.S. legislation bars asylum claims filed later than one year after arrival in the U.S., with limited discretionary powers, subject to some exceptions. Those who are barred are entitled to be considered for withholding of removal by an immigration judge, but that is subject to the higher standard for withholding (i.e. whether persecution/torture is more likely to occur than not).

l'immigration (Board of Immigration Appeals ou BIA) qui tranche les questions de droit en reprenant leur examen depuis le début et qui s'en remet au juge de l'immigration pour ce qui est des faits. Il est également possible de saisir la Cour d'appel fédérale d'un appel sans devoir d'abord obtenir une autorisation. Un pourvoi à la Cour suprême des États-Unis est également ouvert, sous réserve de conditions semblables à celles qui existent au Canada.

[140] Il existe trois grandes formes de protection aux États-Unis. La première, l'asile, est l'équivalent de la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention prévue à l'article 96 de notre LIPR. Le droit d'asile confère à l'intéressé la résidence permanente aux États-Unis, avec tous les droits afférents à cette qualité. La seconde, le sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi pour un des motifs prévus par la Convention et la troisième, le sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi en raison de la crainte d'être soumis à la torture au sens de la Convention contre la torture, sont essentiellement l'équivalent américain de la procédure canadienne d'examen des risques avant le renvoi (ERAR), sous réserve de certaines distinctions importantes signalées par les parties. Ni l'un ni l'autre de ces sursis ne confère à l'intéressé le droit à la résidence permanente, à la réunification de la famille, à des titres de voyage ou à des garanties en matière de remise en liberté. Le demandeur d'asile est par ailleurs susceptible de perdre son statut si la situation change dans son pays d'origine.

[141] La distinction la plus importante à signaler entre le droit d'asile et la procédure de sursis est le fait que l'asile est octroyé au demandeur s'il établit qu'il existe une possibilité raisonnable de persécution, tandis que le sursis et la mesure spéciale prévue par la Convention contre la torture ne sont accordés que s'il démontre que la persécution ou le risque de torture sont fort probables.

[142] La législation américaine déclare irrecevables les demandes d'asile présentées plus d'un an après l'arrivée du demandeur aux États-Unis. Le juge dispose de pouvoirs discrétionnaires limités qui sont assujettis à certaines exceptions. Les demandeurs déclarés irrecevables ont le droit de saisir un juge de l'immigration d'une demande de sursis à l'exécution de la mesure de renvoi dont ils font l'objet. Cette procédure est toutefois

assujettie à la norme plus rigoureuse applicable aux sursis (celle de savoir si la persécution ou le risque de torture sont fort probables).

#### D. Analysis of American refugee law

[143] The following is an analysis of the matters which the applicants alleged constitute the basis for concluding that the practices and policies of the U.S. do not comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture.

##### (1) One-year time bar and standard for withholding

[144] When a claim for asylum is barred because of the one-year filing deadline, and is not subject to one of the legislated exceptions to the bar, the only recourse to protect against refoulement is an application for withholding of removal or CAT protection. Asylum claimants must show that they have a “well-founded fear of persecution” while withholding will only be awarded if the claimant shows that persecution is “more likely than not.” The applicants’ primary argument is that the time bar combined with the higher withholding standard leads to refoulement for refugees who could otherwise meet the asylum standard. The applicants make additional arguments that the bar has a disproportionate impact on gender and HIV claims, and that rejecting an asylum claim purely on the basis of missing a time limit is a breach of the Refugee Convention and Convention Against Torture.

[145] The one-year bar will not apply where there are “changed circumstances” or “exceptional circumstances,” which are applied generously in situations such as serious illness, disability, trauma and ineffective counsel.

#### D. Analyse du droit américain des réfugiés

[143] L’analyse qui suit porte sur les questions qui, aux dires des demandeurs, permettent de conclure que les politiques et usages des États-Unis ne se conforment pas à l’article 33 de la Convention relative aux réfugiés et à l’article 3 de la Convention contre la torture.

##### 1) Délai de prescription d’un an et norme applicable aux sursis

[144] Lorsqu’une demande d’asile est irrecevable parce qu’elle n’a pas été déposée dans le délai d’un prescrit et lorsqu’elle ne tombe pas sous le coup d’une des exceptions à l’irrecevabilité prévues par la loi, le seul recours ouvert à l’intéressé pour éviter d’être refoulé consiste à présenter une demande de sursis à l’exécution de la mesure de renvoi prise contre lui ou une demande de protection fondée sur la Convention contre la torture. Le demandeur d’asile doit démontrer qu’il a « raison de craindre d’être persécuté », tandis qu’un sursis ne sera accordé que si le demandeur d’asile établit que la persécution est « fort probable ». En pareil cas, le principal argument des demandeurs est que le délai de prescription combiné à la norme plus stricte se traduisent par le refoulement de réfugiés qui auraient autrement satisfait à la norme applicable aux demandes d’asile. Les demandeurs plaident aussi que l’irrecevabilité en question a des incidences disproportionnées dans le cas des demandes d’asile fondées sur le sexe ou le statut de personne séropositive, et que le rejet d’une demande d’asile fondé sur le seul non-respect d’un délai contrevient à la Convention relative aux réfugiés et à la Convention contre la torture.

[145] Le délai de prescription d’un an ne s’applique pas en cas de « changement de situation » ou de « circonstances exceptionnelles ». On applique cette exception de façon généreuse dans des cas comme une maladie grave, une déficience, un traumatisme ou l’inefficacité de l’avocat.

(a) Is the standard for withholding higher than asylum and will this result in refoulement?

[146] Mr. Martin (the former U.S. INS official), on behalf of the respondent, admits that the standard is different for withholding and asylum cases, but argues that in practice, the standard is the same. At paragraph 76 of his affidavit, Martin admits:

It cannot be denied that the U.S. standards for applying the non-refoulement guarantee are unusual. I know of no other country that differentiates between the standards for Article 1 and Article 33 of the Convention in this fashion. As noted above, such a distinction was not argued for by any of the parties or *amici curiae* in the *Stevic* case. The Court introduced the distinction on its own, although it has now become a deeply ingrained part of U.S. practice. In my view, it would have been a decidedly better interpretation to apply the “reasonable possibility of persecution” test, which now governs asylum, to both forms of protection.

[147] It is his view that the applicants believe that the courts are applying sharper quantitative distinctions than actual practice can accomplish. Mr. Martin sets out statistics that demonstrate that the rate of acceptance of refugee claims in the U.S. is comparable to that in Canada. In 2005, the U.S. accepted 60% of claims adjudicated while Canada accepted only 51%. Global protection grants (asylum, withholding and CAT) were at 52%.

[148] The distinction in law between withholding and asylum appears to have been firmly entrenched by the U.S. Supreme Court. The BIA originally attempted to establish that the two standards should be the same in practice, despite the distinction in the phrasing of the legislation: see *Matter of Acosta*, 19 I&N Dec. 211 (BIA 1985). This was expressly overruled in *Ins v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987), at page 431, which states that the standard of “more likely than not” for withholding is much higher than the standard of a “well-founded fear” of persecution.

a) La norme régissant le sursis est-elle plus stricte que celle applicable au droit d’asile et, dans l’affirmative, l’application de cette norme entraîne-t-elle le refoulement?

[146] M. Martin (ancien fonctionnaire de l’INS des États-Unis) a admis, au nom de la défenderesse, que la norme applicable aux sursis, d’une part, et au droit d’asile, d’autre part, est différente, mais il soutient qu’en pratique la norme est identique. Voici en quels termes il s’exprime, au paragraphe 76 de son affidavit :

[TRADUCTION] On ne peut nier que les normes appliquées aux États-Unis pour garantir le non-refoulement sont inusitées. Je ne connais aucun autre pays qui établisse ainsi une différence entre les normes prévues à l’article premier et celles contenue à l’article 33 de la Convention. Ainsi que je l’ai déjà expliqué, cette distinction n’a été plaidée par aucune des parties ou *amici curiae* dans l’affaire *Stevic*. La Cour a introduit cette distinction de son propre chef, quoiqu’elle fasse maintenant partie intégrante de la pratique américaine. À mon avis, une interprétation qui aurait été certainement meilleure aurait consisté à appliquer aux deux formes de protection le critère de la « possibilité raisonnable de persécution », qui régit maintenant le droit d’asile.

[147] Suivant M. Martin, les demandeurs estiment que les tribunaux appliquent des distinctions quantitatives plus pointues que ce que la pratique concrète exige. M. Martin cite des statistiques qui démontrent que le taux d’acceptation des demandes d’asile aux États-Unis se compare à celui du Canada. En 2005, les États-Unis ont accepté 60 pour 100 des demandes d’asile examinées, tandis que le Canada n’en a acceptées que 51 pour 100. Pour ce qui est des chiffres globaux en matière d’octroi de protection (droit d’asile, sursis et mesure spéciale en vertu de la Convention contre la torture), le pourcentage s’établit à 52 pour 100.

[148] Il semble que la Cour suprême des États-Unis fasse une nette distinction, sur le plan juridique, entre le sursis et l’asile. La Commission d’appel de l’immigration (BIA) a d’abord tenté de démontrer que les deux normes devaient être considérées en pratique comme équivalentes, malgré la formulation différente que l’on trouve dans la loi (voir *Matter of Acosta*, 19 I&N Dec. 211 (BIA 1985)). Cette conclusion a été expressément infirmée dans l’arrêt *Ins v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987), à la page 431, qui énonce que la norme de la « forte probabilité » appliquée en matière de sursis est beaucoup plus stricte que la norme de la « crainte fondée » de persécution.

[149] At page 431, the U.S. Supreme Court held that “[o]ne can certainly have a well-founded fear of an event happening when there is less than a 50% chance of the occurrence taking place.” It stated that even a 10% probability of harm was sufficient for a “well-founded fear.” Although the Court noted at page 448 that there are practical difficulties interpreting the standards, what it really stated was that there is some ambiguity in how the standard for asylum’s “well-founded fear,” should be interpreted. It does not say that, practically speaking, the two should be interpreted the same way [at pages 448-449]:

The narrow legal question whether the two standards are the same is, of course, quite different from the question of interpretation that arises in each case in which the agency is required to apply either or both standards to a particular set of facts. There is obviously some ambiguity in a term like “well-founded fear” which can only be given concrete meaning through a process of case-by-case adjudication. . . . We do not attempt to set forth a detailed description of how the “well-founded fear” test should be applied. Instead we merely hold that the Immigration Judge and the BIA were incorrect in holding that the two standards are identical.

[150] Furthermore, that Court noted at footnote 31, that there are significant differences in the meanings between the two standards:

How “meaningful” the differences between the two standards may be is a question that cannot be fully decided in the abstract, but the fact that Congress has prescribed two different standards in the same Act certainly implies that it intended them to have significantly different meanings.

[151] The Court found that the immigration Judge incorrectly applied the “more likely than not” standard to an asylum claim. This decision was reversed and sent back to the BIA for redetermination, as it had been decided on the wrong standard of proof. The different standards were later recognized by the BIA in *Matter of Mogharrabi*, 19 I&N Dec. 439 (BIA 1987). The opinion evidence is that *Cardoza-Fonseca* represents the current state of the law. Thus, it was not the applicants who “quantified” the difference in standards between asylum and withholding; it was the U.S. courts.

[149] À la page 431, la Cour suprême des États-Unis a expliqué que [TRADUCTION] « une crainte est certainement fondée même si les probabilités sont inférieures à 50 pour 100 ». La Cour a affirmé que même une probabilité de 10 pour 100 était suffisante pour qu’on puisse conclure à l’existence d’une « crainte fondée ». Bien que la Cour ait signalé, à la page 448, que l’interprétation des normes soulevait des difficultés d’ordre pratique, ce qu’elle a réellement dit, c’était que l’interprétation qu’il convenait de donner à la norme de la « crainte fondée » en matière d’asile était quelque peu ambiguë. La Cour n’a pas dit qu’en pratique les deux normes devaient être interprétées de la même manière [aux pages 448 et 449] :

[TRADUCTION] La question de droit précise consistant à se demander si les deux normes sont identiques est, évidemment, fort différente de la question d’interprétation qui se pose chaque fois que l’organisme est tenu d’appliquer l’une ou l’autre norme ou les deux à un ensemble déterminé de faits. L’expression « crainte fondée » comporte de toute évidence une part d’ambiguïté et on ne peut lui donner un sens concret qu’en examinant chaque affaire individuellement [. . .] Loin de nous l’idée de proposer des explications détaillées sur la façon dont le critère de la « crainte fondée » devrait être appliqué. Nous nous contenterons plutôt de déclarer que le juge de l’immigration et le BIA ont eu tort de conclure que les deux normes étaient identiques.

[150] La Cour a par ailleurs signalé, à la note infrapaginale 31, qu’il existe des différences importantes en ce qui concerne la signification de ces deux normes :

[TRADUCTION] La question de savoir à quel point les différences entre les deux normes sont « importantes » est peut-être une question à laquelle on ne peut pleinement répondre dans l’abstrait, mais le fait que le Congrès a prescrit deux normes différentes dans la même Loi implique nécessairement qu’il souhaitait leur attribuer un sens différent.

[151] La Cour a conclu que le juge de l’immigration avait appliqué à tort la norme de la « forte probabilité » à une demande d’asile. Cette décision a été infirmée et renvoyée à la BIA pour qu’elle examine l’affaire de nouveau, étant donné qu’elle n’avait pas été jugée selon la bonne norme de preuve. La BIA a par la suite reconnu les différentes normes dans *Matter of Mogharrabi*, 19 I&N Dec. 439 (BIA 1987). Suivant les témoignages d’opinion entendus en l’espèce, la décision *Cardoza-Fonseca* représente l’état actuel du droit. Ce ne sont donc pas les demandeurs qui ont « quantifié » la différence

[152] Professor Anker affirms that this type of analysis does translate into a real difference in how withholding and asylum claims are adjudicated. For example, the grant rate for withholding in the immigration courts is 13%—much lower than for asylum, which the immigration courts grant at a rate of 38%. There is no indication that the BIA or courts have continued to engage in a qualitative analysis after *Cardoza-Fonseca* overruled this approach (as set out in *Matter of Acosta*).

[153] The applicants' evidence is that there are two different standards, and that it is more difficult to establish a claim for withholding. Mr. Martin states that some judges may not make a distinction between the two—but this would appear to constitute an error under U.S. law as it now stands.

[154] Thus, the weight of the expert evidence is that the higher standard for withholding combined with the one-year bar may put some refugees returned to the U.S. in danger of refoulement. This creates a real risk. Although the Canadian system allows the decision maker to consider delay as a factor in determining subjective fear, it cannot alone result in a denial of status. If an adjudicator believed that the claimant had a reasonable fear of persecution, there would be no legal basis for the adjudicator to reject the claim in Canadian law. Canadian law is consistent with the Refugee Convention; the U.S. law, practice and policies are not.

(b) Is the one-year bar a violation of the Convention Against Torture and Refugee Convention, apart from the withholding issue?

[155] The applicants also challenge the legality of having a one-year time bar on other grounds. In

entre la norme applicable au droit d'asile et celle régissant le sursis; ce sont les tribunaux américains qui l'ont fait.

[152] La professeure Anker affirme que ce type d'analyse se traduit par une différence dans la façon dont les demandes de sursis et les demandes d'asile sont tranchées. À titre d'exemple, le taux d'acceptation des demandes de sursis par les tribunaux d'immigration est de 13 pour 100, un taux beaucoup moins élevé que celui des demandes d'asile, qui se situe à 38 pour 100. Rien ne permet de penser que la BIA ou les tribunaux ont continué à se livrer à une analyse qualitative après que cette méthode eut été écartée dans l'arrêt *Cardoza-Fonseca* (ainsi qu'il est précisé dans *Matter of Acosta*).

[153] Suivant la preuve présentée par les demandeurs, il existe deux normes différentes et il est plus difficile de satisfaire à celle qui s'applique aux demandes de sursis. M. Martin affirme que certains juges ne font peut-être pas de distinction entre les deux, mais qu'il s'agirait là d'une erreur si l'on s'en tient à l'état actuel du droit aux États-Unis.

[154] Ainsi donc, suivant la preuve prépondérante présentée par les experts, la norme plus stricte qui régit les demandes de sursis combinée au délai de prescription d'un an risque d'exposer au refoulement certains des réfugiés qui sont renvoyés aux États-Unis, créant ainsi un risque réel. Bien que le système canadien permette au décideur de tenir compte du temps écoulé pour déterminer s'il existe une crainte subjective, ce facteur ne peut à lui seul justifier un refus d'octroyer le statut demandé. S'il estimait que le demandeur d'asile a une crainte raisonnable de persécution, l'arbitre n'aurait aucune base légale lui permettant de rejeter la demande en droit canadien. Le droit canadien va dans le même sens que la Convention relative aux réfugiés, alors que ce n'est pas le cas de la loi, des usages et des politiques des États-Unis.

b) Indépendamment de la question du sursis, le délai de prescription d'un an contrevient-il à la Convention contre la torture et à la Convention relative aux réfugiés?

[155] Les demandeurs font également valoir d'autres moyens pour contester la légalité du délai de prescription

comparing the Canadian and American contexts, it is clear that the approach to time delay is very different. Although the respondent raises several cases for the assertion that delay is an important factor in refugee determination in Canada, the principal distinction is that delay is never determinative of an asylum claim. The respondent recognizes this fact. The applicants also note that although delay is not determinative in the Canadian context, it often is an important factor. In *Huerta v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 157 N.R. 225 (F.C.A.), Justice Létourneau stated [at page 227]:

The delay in making a claim to refugee status is not a decisive factor in itself. It is, however, a relevant element which the tribunal may take into account in assessing both the statements and the actions and deeds of a claimant.

[156] Furthermore, Canadian judges have discretion to look at the reasons for the delay in determining whether it will be a factor or not. See for instance *El Balazi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 57 Imm. L.R. (3d) 9 (F.C.).

[157] The case cited in the European context, *Jabari v. Turkey*, [2000] ECHR 369 (July 11, 2000), is a decision of the European Court of Human Rights. In that case, the European Court was called to interpret Article 3 of the ECHR (non-refoulement to torture). The applicant had not had the merits of her claim assessed because Turkish law required her to comply with a five-day registration requirement and she had not done so. The European Court, at paragraph 40, held that:

In the Court's opinion, the automatic and mechanical application of such a short time-limit for submitting an asylum application must be considered at variance with the protection of the fundamental value embodied in Article 3 of the Convention.

[158] The Court also held that the failure to consider her claim on the merits for this ground violated Article 13 of the ECHR, requiring national governments to

d'un an. Lorsqu'on compare le contexte canadien avec le contexte américain, on constate que l'approche est fort différente en matière de délais. Bien que la défenderesse invoque plusieurs décisions à l'appui de son assertion que les délais constituent un facteur important au Canada en matière de reconnaissance du statut de réfugié, la distinction principale est que le temps écoulé ne peut jamais servir à trancher une demande d'asile. La défenderesse reconnaît ce fait. Les demandeurs signalent par ailleurs que, bien que les délais ne soient pas déterminants en droit canadien, ils constituent souvent un facteur important. Voici, à ce propos, ce que déclarait le juge Létourneau dans l'arrêt *Huerta c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 157 N.R. 225 (C.A.F.) [à la page 227] :

Le retard à formuler une demande de statut de réfugié n'est pas un facteur déterminant en soi. Il demeure cependant un élément pertinent dont le tribunal peut tenir compte pour apprécier les dires ainsi que les faits et gestes d'un revendicateur.

[156] De plus, les juges canadiens ont le pouvoir discrétionnaire d'examiner les raisons du retard pour déterminer si elles constituent ou non un facteur acceptable (voir, par exemple, le jugement *El Balazi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 38).

[157] L'affaire citée dans le contexte européen, *Jabari c. Turquie*, [2000] CEDH 369 (11 juillet 2000), est une décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire, la Cour européenne était appelée à interpréter l'article 3 de la Convention (non-refoulement vers un État où le réfugié risque d'être soumis à la torture). La demanderesse n'avait pas fait examiner le bien-fondé de sa demande, parce que la loi turque l'obligeait à se conformer à un délai d'enregistrement de cinq jours qu'elle n'avait pas respecté. La Cour européenne a déclaré, au paragraphe 40 :

Pour la Cour, l'application automatique et mécanique d'un délai aussi bref pour soumettre une demande d'asile doit être jugée incompatible avec la protection de la valeur fondamentale consacrée par l'article 3 de la Convention.

[158] La Cour a également statué que le défaut d'examiner le bien-fondé de la demande d'asile de la demanderesse sur ce fondement contrevenait à l'article

ensure that an effective remedy and recourse exist where ECHR rights are in question. Notably, however, this is a particularly onerous timeframe and the case does not explicitly condemn all time-bars. The decision focuses on the unreasonableness of the Turkish time bar.

[159] The applicants also argue that exceptions to the one-year bar are permissive rather than mandatory, not sufficiently broad, and that those who do qualify for exceptions may be barred if they did not file within a reasonable period after one year (interpreted as six months). They point out that the UNHCR condemns filing deadlines. In the UNHCR comments on the draft agreement issued prior to the release of the STCA, the UNHCR notes at page 2 that it is concerned with the filing deadline. (Notably, in passing this comment, the UNHCR expresses its concern with the time bar relationship to the higher standard for withholding.) The UNHCR recommended that where one party would bar an applicant and the other would not, the applicant should receive the procedure in the favourable country. (This is also the specific recommendation of the UNHCR to Canada referred to in the Scoffield affidavit.)

[160] While Mr. Martin points to the asylum manual as support for his assertion that vulnerable groups are protected by the exceptions, the portions of the manual excerpted into the respondent's memorandum of fact and law are not that helpful in supporting this position as they are broad-based and not specifically focused to minority issues.

[161] Given the evidence, it would be unreasonable to conclude that the one-year bar, as it is applied in the U.S., is consistent with the Convention Against Torture and the Refugee Convention.

13 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui oblige les instances nationales à garantir un recours effectif en cas de violation des droits reconnus dans la Convention européenne des droits de l'homme. Ce délai est toutefois particulièrement rigoureux et la Cour n'a pas condamné explicitement tous les délais de prescription. La décision portait principalement sur le caractère abusif du délai de prescription turc.

[159] Les demandeurs soutiennent par ailleurs que les exceptions au délai de prescription d'un an sont facultatives et non impératives. Ils ajoutent qu'elles n'ont pas une portée suffisamment large et que ceux qui remplissent les conditions requises pour bénéficier de ces exceptions peuvent être déclarés irrecevables s'ils ne déposent pas leur demande dans un délai raisonnable suivant l'expiration du délai d'un an (interprété comme un délai de six mois). Ils soulignent que le HCR condamne les délais de prescription en matière de dépôt de demandes. Dans les observations qu'il a formulées avant la signature de l'Entente au sujet de la version provisoire de l'Entente, le HCR signale, à la page 2, qu'il est préoccupé par les délais de prescription en matière de présentation de demandes. (Il convient de signaler qu'en formulant ce commentaire, le HCR s'est dit préoccupé au sujet du rapport existant entre le délai de prescription et la norme plus stricte applicable aux demandes de sursis.) Le HCR a recommandé que, lorsqu'une des parties déclarerait le demandeur irrecevable alors que l'autre ne le ferait pas, le demandeur devrait bénéficier de la procédure du pays qui lui est favorable. (C'est aussi la recommandation spécifique faite par le HCR au Canada dont il est question dans l'affidavit de Scoffield.)

[160] Bien que M. Martin cite le guide relatif au droit d'asile à l'appui de son assertion que les groupes de personnes vulnérables sont protégés par les exceptions, les extraits de ce guide reproduits dans le mémoire de la défenderesse ne sont pas très utiles pour étayer sa thèse en raison de leur vaste portée et du fait qu'ils ne portent pas précisément sur les questions de minorités.

[161] Vu l'ensemble de la preuve, il ne serait pas raisonnable de conclure que le délai de prescription d'un an, tel qu'il est appliqué aux États-Unis, est compatible avec la Convention contre la torture et avec la Convention relative aux réfugiés.

(c) One-year bar: Impact on gender-based and other minority group claims

[162] The applicants have also presented evidence that the one-year bar has a disproportionate impact on gender and sexual orientation claims. These claimants are more likely to delay their claims because of a lack of information and because of the shame these types of claimants often feel. The applicants make solid theoretical arguments about why this bar would have a disproportionate impact.

[163] The cases cited by the applicants in support of the finding that gender claims are particularly vulnerable to the one-year bar is supported by the Canadian case of *Williams v. Canada (Secretary of State)*, [1995] F.C.J. No. 1025 (T.D.) (QL), at paragraph 7, where Justice Reed recognized that many female applicants delay because they do not know spousal abuse is a ground for a refugee claim. This decision was followed in *Elcock v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 175 F.T.R. 116 (F.C.T.D.), at paragraph 17, and several other cases cited by the applicants. A similar problem arises where there are psychological factors which cause delay in seeking refugee protection (see *Diluna v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 92 F.T.R. 67 (F.C.T.D.), at paragraph 8).

[164] Both the Anker and Musalo affidavits appear to rely on anecdotal evidence from lawyers rather than statistics or case law. The credible evidence is that this type of bar would have a serious impact on gender-based claims, and it is not clear whether the exceptions to the bar would assist these claimants. The Regulations provide exceptions for “extraordinary circumstances” such as physical or mental disability, “including any effects of persecution or violent harm suffered in the past.”

c) Le délai de prescription d’un an : incidences sur les demandes fondées sur le sexe ou présentées par d’autres groupes minoritaires

[162] Les demandeurs ont également présenté des éléments de preuve suivant lesquels le délai de prescription d’un an a des incidences disproportionnées sur les demandes d’asile fondées sur le sexe ou l’orientation sexuelle. Ces demandeurs d’asile risquent davantage d’attendre avant de présenter leur demande en raison d’un manque d’information ou de la honte souvent ressentie par ce type de demandeurs d’asile. Les demandeurs font valoir de solides arguments théoriques au sujet des raisons pour lesquelles cette irrecevabilité aurait des incidences disproportionnées.

[163] La jurisprudence citée par les demandeurs au soutien de la conclusion que les personnes qui présentent des demandes d’asile fondées sur le sexe sont particulièrement vulnérables face au délai de prescription d’un an trouve appui au Canada dans le jugement *Williams c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1995] A.C.F. 1025 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 7, où la juge Reed a reconnu que bon nombre de femmes tardent à présenter une demande d’asile parce qu’elles ignorent que la violence conjugale constitue un motif pouvant fonder une demande d’asile. Cette décision a été suivie dans le jugement *Elcock c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] A.C.F. 1438 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 17, ainsi que dans plusieurs des autres décisions citées par les demandeurs. Un problème analogue surgit lorsque des facteurs d’ordre psychologique viennent retarder la présentation d’une demande d’asile (voir le jugement *Diluna c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 399 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 8).

[164] L’affidavit d’Anker et celui de Musalo semblent reposer sur des éléments de preuve anecdotiques fournis par des avocats plutôt que sur des statistiques ou sur la jurisprudence. Selon les éléments de preuve crédibles, ce type d’irrecevabilité aurait de graves incidences sur les demandes d’asile fondées sur le sexe, et on ne sait pas avec certitude si les exceptions à l’irrecevabilité aideraient ces demandeurs d’asile. Le Règlement prévoit des exceptions en cas de « circonstances exceptionnelles », telles qu’une incapacité mentale ou physique « y compris

tous les effets de la persécution ou des violences subies par le passé ».

(2) Categorical exceptions for criminality and terrorism

[165] There are two ways to be excluded from refugee protection under the Refugee Convention. First, Article 1(F) contains a series of exclusion clauses, including exclusion for persons who committed serious non-political crimes. Second, the principle of non-refoulement enshrined in Article 33(1) is subject to the exception for those who are a threat to security and a danger to the community. Article 33(2) (referring to Article 33(1)) provides that:

ARTICLE 33

...

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

[166] Therefore, under the Refugee Convention, a person can only be refouled under these two exceptions.

(a) Exclusion for terrorism

[167] There are two U.S. provisions that contain exclusions from asylum for security reasons and there appears to be no conflict on this description of the exclusion. First, INA [*Immigration and Nationality Act*] § 208(b)(2)(A)(iv) creates an exclusion for those who are a danger to the security of the U.S. and INA § 212(a)(3)(B) provides a terrorism exclusion. The terrorist exclusion incorporates the general provision governing inadmissibility for security and related grounds under INA § 212. This provision contains a definition of “terrorist activities” at INA § 212(a)(3)(B) that applies to the exclusion from asylum under INA § 208. Further, INA § 208(b)(2)(A)(iv) also excludes persons from

2) Exceptions par catégories en cas de criminalité et de terrorisme

[165] Il existe deux façons de refuser l’asile à quelqu’un. Premièrement, la section F de l’article premier de la Convention relative aux réfugiés énumère plusieurs clauses d’exclusion, notamment dans le cas des personnes ayant commis des crimes graves de droit commun. En second lieu, le principe du non-refoulement consacré au paragraphe 33(1) est sujet à une exception dans le cas des personnes constituant une menace pour la sécurité et un danger pour le public. Voici le texte du paragraphe 33(2) (qui renvoie au paragraphe 33(1)) :

ARTICLE 33

[...]

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu’il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l’objet d’une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

[166] Ainsi, sous le régime de la Convention relative aux réfugiés, une personne ne peut être refoulée qu’en vertu de ces deux exceptions.

a) Exclusion pour cause de terrorisme

[167] On trouve dans la législation américaine deux dispositions qui permettent de refuser l’asile pour des raisons de sécurité et il ne semble pas y avoir de débat sur cette description de l’exclusion. Premièrement, la § 208(b)(2)(A)(iv) de la INA [*Immigration and Nationality Act*] prévoit une exclusion dans le cas de ceux qui constituent un danger pour la sécurité des États-Unis et, en second lieu, la § 212(a)(3)(B) de la INA prévoit une exclusion dans le cas des personnes qui se livrent au terrorisme. L’alinéa relatif au terrorisme renferme une disposition générale portant sur les motifs d’interdiction de territoire énumérés à la § 212 de la INA, notamment ceux ayant trait à la sécurité. Cette disposition contient

protection falling under the general inadmissibility under INA § 237(a)(4)(B). INA § 237(a)(4)(B) incorporates the general terrorist activity principle under INA § 212(a)(3)(B) and INA § 212(a)(3)(F). INA § 212(a)(3)(B) is the general provision discussed above and (F) relates to association with terrorist organizations.

[168] Withholding has similar exclusions under INA § 241(b)(3)(B)(iv) except it only applies to being a “danger to the United States.” Following the general inadmissibility provision, there is also a statement that an alien who is described in INA § 237(a)(4)(B) shall be considered an alien with respect to whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the U.S.

[169] Engaging in a terrorist activity is defined in INA § 212(a)(3)(B)(iv)(VI) which includes:

212(a)(3)(B)(iv)(VI) to commit an act that the actor knows, or reasonably should know, affords material support, including a safe house, transportation, communications, funds, transfer of funds or other material financial benefit, false documentation or identification, weapons (including chemical, biological, or radiological weapons), explosives, or training —

...

(bb) to any individual who the actor knows, or reasonably should know, has committed or plans to commit a terrorist activity;

[170] Thus, there are two elements of subjectivity in the definition. First, the person contributing must know, or reasonably should know, that the transfer of funds involves material support. Second, the material support is to someone the person knows, or reasonably should

une définition des « activités terroristes » énumérées à la § 212(a)(3)(B) de la INA qui s’applique au refus du droit d’asile prévu à la § 208 de la INA. De plus, la § 208(b)(2)(A)(iv) de la INA déclare que les personnes tombant sous le coup de l’interdiction générale de territoire prévue à la § 237(a)(4)(B) de la INA ne peuvent bénéficier de la protection fournie par la Convention. La § 237(a)(4)(B) incorpore le principe général relatif aux activités terroristes qui est énoncé à la § 212(a)(3)(B) et à la § 212(a)(3)(F) de la INA. La § 212(a)(3)(B) de la INA est la disposition générale que nous avons déjà examinée et la § 212(a)(3)(F) se rapporte au fait de s’associer à une organisation terroriste.

[168] Le sursis fait l’objet d’exclusions semblables à la § 241(b)(3)(B)(iv) de la INA, à cette réserve près qu’il ne s’applique qu’aux personnes qui constituent un « danger pour les États-Unis ». À la suite de la disposition générale portant interdiction de territoire, on trouve aussi une disposition déclarant que l’étranger visé à la § 237(a)(4)(B) de la INA sera considéré comme un étranger pour lequel il existe des motifs raisonnables de considérer qu’il constitue un danger pour la sécurité des États-Unis.

[169] Voici un extrait de la définition de l’expression « se livrer à des activités terroristes » que l’on trouve à la § 212(a)(3)(B)(iv)(VI) de la INA :

[TRADUCTION] 212(a)(3)(B)(iv)(VI) commettre un acte qui, selon ce que son auteur sait ou devrait raisonnablement savoir, procure un soutien matériel, notamment un refuge, un moyen de transport ou un moyen de communication, de l’argent, un transfert de fonds ou tout autre avantage financier important, de faux documents ou une fausse identité, des armes (y compris toute arme chimique, biologique ou radiologique), des explosifs ou une formation —

[. . .]

(bb) à toute personne qui, selon ce que son auteur sait ou devrait raisonnablement savoir, se livre ou prévoit se livrer à des activités terroristes;

[170] Cette définition comporte donc deux aspects subjectifs. Premièrement, la personne qui contribue doit savoir, ou être présumée raisonnablement savoir, que le transfert de fonds implique un soutien matériel. En second lieu, ce soutien matériel doit être offert à une

know, has committed or plans to commit a terrorist act.

[171] As Mr. Martin points out, this provision is intended to bar ordinary applicants for a visa or for admission from permission to enter the United States. However, he admits that these provisions apply to refugee cases by a series of complicated cross-references and may operate to exclude some claimants from asylum or withholding. He states at paragraph 115 of his affidavit:

As applied in the refugee setting, this is no doubt a severe provision, pressing the outer boundaries of the leeway provided to States by the Convention in applying the security-based exclusion provisions, but it reflects Congress' deep concern about terrorism and the difficulty of establishing proof about a supporter's knowledge of the organization to which she has given money.

[172] A critical point set out by Mr. Martin's affidavit at paragraph 112 is that the exclusions for terrorism applying to asylum and withholding do not apply to deferral of removal under CAT. There are extra protections that are delineated in the regulations provided by Mr. Martin at Exhibit H to his affidavit. Under [*Immigration Regulations*, 8 C.F.R. (2007)] § 208.16(b)(4)(2), any person falling within INA § 241(b)(3)(B) (which applies to both security exclusions and exclusions for having committed a particularly serious crime) cannot obtain regular withholding or CAT protection. However, if a person has been found entitled to protection under CAT and is subject to the mandatory denial of withholding in this manner, they shall be granted deferral of removal to the country where he or she is "more likely than not" to be tortured ([*Immigration Regulations*] § 208.17(a)).

[173] Thus, the obligations under CAT are treated separately from the provisions affecting refugees

personne qui, selon ce que l'auteur sait ou devrait raisonnablement savoir, s'est livrée à un acte terroriste ou prévoit se livrer à un acte terroriste.

[171] Ainsi que M. Martin le souligne, cette disposition vise à interdire l'accès au territoire américain aux personnes ordinaires qui demandent un visa ou l'admission aux États-Unis. Il reconnaît toutefois que ces dispositions s'appliquent aux réfugiés par une série de renvois complexes et qu'elles peuvent avoir pour effet de refuser l'asile ou le sursis à certains demandeurs d'asile. Voici ce qu'il déclare au paragraphe 115 de son affidavit :

[TRADUCTION] S'agissant des réfugiés, il s'agit sans doute d'une disposition sévère, qui pousse à la limite la marge de manœuvre que la Convention accorde aux États lorsqu'il s'agit d'appliquer les dispositions d'exclusion fondées sur des motifs de sécurité. Elle traduit cependant les vives préoccupations du Congrès au sujet du terrorisme ainsi que la difficulté de prouver la connaissance de l'organisation à laquelle l'intéressée a donné de l'argent.

[172] Un point critique soulevé par M. Martin, au paragraphe 112 de son affidavit, est le fait que les exclusions pour terrorisme qui s'appliquent aux demandes d'asile et aux demandes de sursis ne s'appliquent pas au report de l'exécution d'une mesure de renvoi prévu par la Convention contre la torture. On trouve des protections supplémentaires dans le règlement soumis par M. Martin à l'annexe H de son affidavit. Ainsi, aux termes de la § 208.16(b)(4)(2) [*Immigration Regulations*, 8 C.F.R. (2007)], toute personne tombant sous le coup de la § 241(b)(3)(B) de la INA (qui s'applique tant aux exclusions fondées sur des motifs de sécurité qu'aux exclusions justifiées par la perpétration d'un crime ou délit particulièrement grave) ne peut obtenir la protection habituelle en matière de sursis ni celle prévue par la Convention contre la torture. Cependant, la personne à qui a été reconnue le droit à la protection de la Convention contre la torture et qui fait l'objet d'un refus obligatoire de sa demande de sursis se voit accorder un report de son renvoi vers le pays où il est [TRADUCTION] « fort probable » qu'elle soit soumise à la torture (§ 208.17(a) [*Immigration Regulations*]).

[173] Ainsi, les obligations prévues par la Convention contre la torture sont traitées séparément des dispositions

generally. While there is some acknowledgement of CAT obligations, the practices and policies related thereto are discussed later.

[174] The exclusions for terrorism set out above have been interpreted broadly in the decision *Matter of A-H-*, 23 I&N Dec. 774 (A.G. 2005). In that decision, it was clear a person can be refouled if there is a potential belief that a person may pose a danger. This is substantially different from the decision in *Suresh* where there is a requirement for an actual threat substantiated on objectively reasonable suspicion based on the evidence (paragraph 90 of *Suresh*). Mr. Martin does not deny the broad interpretation given to the exclusion clauses, essentially reading the “reasonable grounds” requirement to equate to “probable cause” (Martin affidavit, at paragraph 115). The BIA stated a broad interpretation, at pages 788-789:

Where, under the circumstances, information about an alien supports a reasonable belief that the alien poses a danger—to that is, any nontrivial degree of risk—to the national security, the statutory bar to eligibility is applicable.

...

The “reasonable grounds for regarding” standard is satisfied if there is information that would permit a reasonable person to believe that the alien may pose a danger to the national security.

[175] Therefore, the standard of proof required in the U.S. for exclusion by reason of danger to national security is far lower than in Canada (making the person more susceptible to refoulement).

[176] The critical concern raised by the applicants is that the U.S.A. Patriot Act [*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001*, Pub. L. No. 107-56 (2001)] expanded the definition of “terrorist activities”. According to Professor Anker, the Patriot Act expanded the scope of the definition of “material support” that is under “terrorist activities” to include transferring funds or other financial

visant les réfugiés en général. Bien qu’on reconnaisse jusqu’à un certain point les obligations imposées par la Convention contre la torture, les politiques et usages s’y rapportant seront analysés plus loin.

[174] Les exclusions pour terrorisme dont nous avons déjà traité ont fait l’objet d’une interprétation large dans la décision *Matter of A-H-*, 23 I&N Dec. 774 (A.G. 2005). Il ressort de cette décision qu’une personne peut être refoulée si l’on estime qu’elle pourrait éventuellement constituer un danger, ce qui est fort différent du critère posé dans l’arrêt *Suresh*, lequel exige une menace concrète qui doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve (paragraphe 90 de l’arrêt *Suresh*). M. Martin ne nie pas le fait qu’une interprétation large est donnée aux clauses d’exclusion, et il assimile essentiellement le critère des « motifs raisonnables » à celui de la « cause probable » (affidavit de Martin, au paragraphe 115). La BIA a retenu l’interprétation large aux pages 788 et 789 :

[TRADUCTION] Lorsque, compte tenu des circonstances, les renseignements recueillis au sujet d’un étranger permettent raisonnablement de croire qu’il constitue un danger pour la sécurité nationale — c’est-à-dire un risque non négligeable — l’interdiction de territoire prévue par la loi s’applique.

[...]

Il est satisfait au critère des « motifs raisonnables de croire » si l’on dispose de renseignements qui permettraient à une personne raisonnable de croire que l’étranger en question constitue un danger pour la sécurité nationale.

[175] Ainsi, la norme de preuve exigée aux États-Unis pour pouvoir exclure quelqu’un en raison du danger qu’il constitue pour la sécurité nationale est beaucoup moins stricte qu’au Canada (exposant ainsi davantage l’intéressé au refoulement).

[176] La principale préoccupation exprimée par les demandeurs est le fait que la Patriot Act des États-Unis [*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001*, Pub. L. No. 107-56 (2001)] a élargi la portée de la définition de l’expression « activités terroristes ». Selon la professeure Anker, la Patriot Act a élargi la portée de la définition de l’expression « soutien matériel » trouvée sous « activités

benefit and it does not require the person to have knowledge of support of terrorism. The “material support” test provides in its current form (as described by Mr. Martin) that any non-citizen who has engaged in terrorist activity, the definition of which includes providing material support to a terrorist organization or for terrorist act, is inadmissible.

[177] This test is further complicated by the fact that the provision has been interpreted to preclude a defence of duress or coercion. Mr. Martin states, at paragraphs 116-117 of his affidavit:

One particular critique of the “material support” exclusion derives from circumstances in which the person giving support knows the group’s or actor’s terrorist or violent nature, and yet is constrained to go forward through pressure or coercion. Such situations may include child soldiers forcibly conscripted by a terrorist militia, revolutionary “taxes” or other provision of food, lodging, or supplies extorted at gunpoint by guerrilla forces, and money paid over to terrorist organizations to ransom a kidnapped relative.

The administering authorities in the United States read the “material support” provision in the inadmissibility section, INA paragraph 212(a)(3)(B), to admit no exceptions for minor amounts of assistance or support provided under duress or coercion. See *Matter of S-K-*, 23 I&N Dec. 936 (BIA 2006). If this provision were applied inflexibly in that manner to refugee cases, it would, in my view, be inconsistent with the Convention. . . .

[178] The decision in *In re S-K-*, 23 I&N Dec. 936 (BIA 2006) explicitly affirms the fact that the intent to contribute to a terrorist organization is unnecessary.

[179] In *S-K-*, at pages 943-944, the BIA first stated that it does not matter if there was intent to provide support:

Nor do we understand the decision in *Singh-Kaur v. Ashcroft*, *supra*, to require a showing of an intent on the part of a provider of material support to further a particular admission-

terroristes » pour l’étendre aux transferts de fonds ou autres avantages financiers et elle n’exige pas que la personne soit au courant qu’elle appuie le terrorisme. Comme M. Martin l’explique, dans sa forme actuelle, le critère du « soutien matériel » frappe d’interdiction de territoire tout étranger qui se livre à des activités terroristes, expression qui est définie comme englobant le fait de procurer un soutien matériel à une organisation terroriste ou d’avoir favorisé la perpétration d’un acte terroriste.

[177] Ce critère se complique du fait que la disposition en question a été interprétée comme empêchant tout moyen de défense fondé sur la contrainte ou la coercition. M. Martin explique ce qui suit aux paragraphes 116 et 117 de son affidavit :

[TRADUCTION] On reproche notamment à l’exclusion fondée sur le « soutien matériel » de ne pas tenir compte des situations dans lesquelles la personne qui donne son appui est au courant des activités terroristes ou violentes du groupe ou de l’auteur mais est forcée d’agir en raison des contraintes ou de la pression qu’elle subit. Parmi ces situations, signalons par exemple le cas des enfants soldats qui sont recrutés de force au sein des milices terroristes, les « impôts » révolutionnaires ou tout autre fourniture d’aliments, de logement ou d’approvisionnements extorqués à la pointe du fusil par des guérilleros, ou encore la rançon versée à des organisations terroristes pour obtenir la libération d’un proche.

L’Administration américaine interprète l’expression « soutien matériel » contenue dans la disposition portant interdiction de territoire, l’alinéa 212a(3)B) de la INA, comme ne souffrant aucune exception dans le cas d’aide ou de soutien de peu d’importance fournis sous la contrainte (voir *Matter of S-K-*, 23 I&N Dec. 936 (BIA 2006)). Si cette disposition était appliquée de façon aussi inflexible aux affaires de réfugiés, elle serait, à mon avis, incompatible avec la Convention [. . .]

[178] La décision rendue dans l’affaire *In re S-K-*, 23 I&N Dec. 936 (BIA 2006), confirme explicitement le fait qu’il n’est pas nécessaire qu’il y ait eu une intention de contribuer à une organisation terroriste.

[179] Dans la décision *S-K-*, la BIA a d’abord expliqué, aux pages 943 et 944, qu’il importe peu que l’intéressé ait eu l’intention de fournir son appui :

[TRADUCTION] À notre avis, la décision *Singh-Kaur c. Ashcroft*, précitée, n’exige pas la preuve d’une intention, de la part de celui qui fournit un soutien matériel, de favoriser l’atteinte d’un

barring or asylum-barring goal of a terrorist organization. Rather, the statute is clearly drafted in this respect to require only that the provider afford material support to a terrorist organization, with the sole exception being a showing by clear and convincing evidence that the actor did not know, and should not reasonably have known, that the organization was of that character. Section 212(a)(3)(B)(iv)(VI)(dd) of the Act. We thus reject the respondent's assertion that there must be a link between the provision of material support to a terrorist organization and the intended use by that recipient organization of the assistance to further a terrorist activity. Especially where assistance as fungible as money is concerned, such a link would not be in keeping with the purpose of the material support provision, as it would enable a terrorist organization to solicit funds for an ostensibly benign purpose, and then transfer other equivalent funds in its possession to promote its terrorist activities. [Footnote omitted.]

[180] The applicants claim that the decision of the BIA in *Arias v. Ashcroft*, 143 Fed. Appx. 464 (3rd Cir. 2005) also states that duress is not a defence. In this case, however, the BIA found that the claimant had provided support voluntarily. The respondent simply notes that the decision in *Arias* was not designated a precedent decision and was upheld on other grounds, and that the U.S. system is working in a manner to ensure the interpretation of the exclusion for material support is done in such a way as to be consistent with international law.

[181] The respondent does not deny that there is a statutory exclusion pertaining to persons who give minimal amounts of support or support as a result of coercion. There is also no denial that if there is no defence for duress that American law would not adhere to international standards.

[182] The weight of the opinion evidence viewed in the context of the *Arias* decision is that there is no defence of duress in these circumstances. This is a significant departure from both international law and Canadian law. The absence of the defence of duress turns child soldiers, those forced (often at gunpoint) to support terrorist groups, and those coerced to pay revolutionary taxes, into terrorists in the U.S. system and subject to refoulement. If this principle were applied to the Canadian immigration experience, persons coerced by the LTTE Tigers

objectif de l'organisation terroriste qui empêche l'admission de l'étranger ou qui rend irrecevable sa demande d'asile. La loi précise bien qu'il suffit que l'intéressé ait fourni un soutien matériel à une organisation terroriste, à cette seule exception près que l'intéressé peut, au moyen d'éléments de preuve clairs et convaincants, démontrer qu'il ne savait pas et qu'il ne pouvait raisonnablement savoir qu'il avait affaire à une organisation terroriste (§ 212(a)(3)(B)(iv)(VI)(dd) de la Loi). Nous rejettons donc l'assertion de la défenderesse suivant laquelle il doit exister un lien entre la fourniture d'un soutien matériel à une organisation terroriste et l'usage que cette organisation entend en faire pour favoriser l'exercice d'une activité terroriste. Surtout dans le cas d'une aide aussi fungible que de l'argent, un tel lien ne serait pas conforme à l'objet de la disposition relative au soutien matériel, car il permettrait à une organisation terroriste de solliciter des fonds pour une fin apparemment anodine pour ensuite transférer d'autres fonds équivalents se trouvant en sa possession en vue de promouvoir ses activités terroristes. [Note de bas de page omise.]

[180] Les demandeurs soutiennent que, dans la décision *Arias v. Ashcroft*, 143 Fed. Appx. 464 (3d Cir. 2005), la BIA a également affirmé que la contrainte ne constitue pas un moyen de défense. Dans cette affaire, toutefois, la BIA a conclu que le demandeur d'asile avait offert son appui de son plein gré. La défenderesse fait simplement observer que la décision *Arias* n'a pas été reconnue comme un précédent et qu'elle a été confirmée pour d'autres motifs. Elle ajoute que le système américain fonctionne de manière à s'assurer que l'interprétation de l'exclusion fondée sur le soutien matériel soit compatible avec le droit international.

[181] La défenderesse ne nie pas que la loi prévoit une exclusion dans le cas des personnes qui offrent un appui minimal ou qui accordent leur appui sous la contrainte. Elle ne nie pas non plus que, si la contrainte ne pouvait être invoquée en défense, le droit américain ne serait pas conforme aux normes internationales.

[182] Suivant la preuve d'opinion prépondérante, la contrainte ne peut, compte tenu de la décision *Arias*, être invoquée comme moyen de défense en pareil cas, ce qui constitue une dérogation importante tant par rapport au droit international que par rapport au droit canadien. Le fait que la contrainte ne puisse être invoquée comme moyen de défense fait en sorte que des enfants soldats, des personnes qui sont forcées (souvent sous la menace d'une arme à feu) d'appuyer des groupes terroristes, et celles qui sont contraintes de payer des impôts dits

[Liberation Tigers of Tamil Ealam] of Sri Lanka would no longer be eligible for refugee treatment and/or protection.

[183] Mr. Martin points to the availability of the extraordinary, discretionary remedy of a waiver of inadmissibility by the Secretary of State or of Homeland Security. This was determined in *S-K-* — the DHS agreed it would apply. The applicants note that this is a very rare remedy which has only been used twice, to their knowledge. The availability of the waiver is recognized in *S-K-*, at page 950:

Accordingly, I concur in the majority's result. I note, however, that the law provides for a limited waiver of the material support bar to be exercised by the DHS in appropriate cases. Section 212(d)(3) of the Act. I suggest that the DHS may wish to consider this respondent as someone to whom the grant of such a waiver is appropriate.

[184] The waiver reads as follows:

212(d)(3)(B)(i) The Secretary of State, after consultation with the Attorney General and the Secretary of Homeland Security, or the Secretary of Homeland Security, after consultation with the Secretary of State and the Attorney General, may conclude in such Secretary's sole unreviewable discretion that subsection (a)(3)(B)(i)(IV)(bb) or (a)(3)(B)(i)(VII) shall not apply to an alien, that subsection (a)(3)(B)(iv)(VI) shall not apply with respect to any material support an alien afforded to an organization or individual that has engaged in a terrorist activity, or that subsection (a)(3)(B)(vi)(III) shall not apply to a group solely by virtue of having a subgroup within the scope of that subsection. The Secretary of State may not, however, exercise discretion under this clause with respect to an alien once removal proceedings against the alien are instituted under section 240.

[185] Mr. Martin attests to the fact that the DHS is uncertain as to how this waiver will apply in these circumstances:

révolutionnaires, sont considérés comme des terroristes selon le système des États-Unis et risquent d'être refoulés. Si ce principe était appliqué au Canada, les personnes victimes de coercition de la part des Tigres LTTE [Liberation Tigers of Tamil Ealam] au Sri Lanka ne pourraient plus se voir reconnaître la qualité de réfugiés ou avoir droit à l'asile.

[183] M. Martin signale qu'il existe un recours extraordinaire, en l'occurrence la renonciation à l'interdiction de territoire, laquelle peut être accordée de façon discrétionnaire par le Secrétaire d'État ou par le Department of Homeland Security. C'est ce qui a été décidé dans l'affaire *S-K-* et le DHS a convenu que cette exception s'appliquerait. Les demandeurs font observer qu'il s'agit d'un recours très rare qui n'a été exercé qu'à deux reprises, à leur connaissance. La possibilité de réclamer une renonciation a été reconnue dans la décision *S-K-*, à la page 950 :

[TRADUCTION] En conséquence, je souscris à la solution proposée par la majorité. Je constate toutefois que la loi prévoit une renonciation limitée à l'interdiction frappant les étrangers ayant procuré un soutien matériel et que cette renonciation peut être exercée par le DHS lorsque les conditions applicables sont réunies (paragraphe 212(d)(3) de la Loi). J'estime que le DHS voudra peut-être considérer la présente défenderesse comme une personne à qui il convient d'accorder cette renonciation.

[184] La renonciation est ainsi libellée :

[TRADUCTION] 212(d)(3)(B)(i) Le Secrétaire d'État, après avoir consulté le Procureur général et le Secrétaire à la Sécurité intérieure, ou le Secrétaire à la Sécurité intérieure, après avoir consulté le Secrétaire d'État et le Procureur général, peut, à sa discrétion la plus absolue, déclarer que l'alinéa (a)(3)(B)(i)(IV)(bb) ou le sous-alinéa (a)(3)(B)(i)(VII) ne s'appliquera pas à un étranger, que le sous-alinéa (a)(3)(B)(iv)(VI) ne s'appliquera pas au soutien matériel que l'étranger a accordé à une organisation ou un individu qui s'est livré à des activités terroristes, ou que le sous-alinéa (a)(3)(B)(vi)(III) ne s'appliquera pas à un groupe du seul fait qu'un sous-groupe tombe sous le coup de cet alinéa. Le Secrétaire d'État ne peut toutefois exercer le présent pouvoir discrétionnaire relativement à un étranger une fois qu'une procédure de renvoi a été entamée contre cet étranger en vertu de l'article 240.

[185] M. Martin confirme que le DHS ne sait pas avec certitude comment cette renonciation s'appliquera en pareil cas :

According to the latest information available to me, DHS is working to develop its final guidance or policy on applying the waiver to asylum cases of this type.

[186] The state of the law with respect to waivers is at best uncertain. There is insufficient evidence that the waiver, either in principle or in practice, ameliorates the unusually harsh provisions of U.S. law.

[187] Both parties review Canadian jurisprudence relating to exclusion from the refugee definition under Article 1(F) [of the Refugee Convention]. Neither mention any cases pertaining to section 34 of the IRPA, which relates to security exclusions from admissibility, but a plain reading of the provision does not support the same kind of broad-based exclusions as the American provisions.

[188] Canadian jurisprudence recognizes that the exclusion under Article 1(F) does not apply where there are involuntary acts. On the authority of *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Asghedom* (2001), 210 F.T.R. 294 (F.C.T.D.), at paragraph 22, it is necessary to consider duress when dealing with exclusion for war crimes or crime against humanity (see also the leading case of *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.) and *obiter* in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.)). The applicants, however, do not cite any cases relating to duress and exclusion in the terrorist context.

[189] There is Canadian jurisprudence relating to persons claiming refugee status on the basis of extortion by terrorist groups; these persons are not barred under terrorist exclusions. For instance, in *Kathirgamu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 300, a woman was forced to cook for the LTTE because she could not afford to pay the extortion they demanded. There was no dispute by any party in that

[TRANSLATION] Selon les renseignements les plus récents dont je dispose, le DHS est en train d'élaborer des directives ou des politiques définitives sur l'application de la renonciation aux dossiers d'asile de ce genre.

[186] L'état du droit en ce qui concerne les renoncations est, pour le moins, incertain. Il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir conclure qu'en principe ou en pratique, les renoncations atténuent les dispositions exceptionnellement sévères des lois américaines.

[187] Les deux parties ont passé en revue la jurisprudence canadienne portant sur les cas d'exclusion de la définition de réfugié par application de la section F de l'article premier de la Convention [relative aux réfugiés]. Aucune n'a cité de décision se rapportant à l'article 34 de la LIPR, qui concerne l'interdiction de territoire pour raison de sécurité, mais à sa lecture même, cette disposition ne permet pas de conclure au même genre d'exclusions à vaste portée que celles que prévoit la loi américaine.

[188] La jurisprudence canadienne reconnaît que l'exclusion par application de la section F de l'article premier de la Convention [relative aux réfugiés] ne s'applique pas en cas d'actes involontaires. Suivant le jugement *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Asghedom*, 2001 CFPI 972, au paragraphe 22, il y a lieu d'examiner la défense fondée sur la contrainte avant de pouvoir conclure à l'exclusion pour crimes de guerre ou crimes contre l'humanité (voir aussi la décision de principe *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.), et les observations incidentes formulées dans la décision *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.)). Les demandeurs ne citent toutefois aucune décision ayant trait à la contrainte ou à l'exclusion dans le contexte du terrorisme.

[189] Il existe au Canada de la jurisprudence portant sur des personnes ayant revendiqué le statut de réfugié au motif qu'elles avaient été victimes d'extorsion de la part de groupes terroristes; ces personnes ne se voient pas refuser l'asile en raison d'exclusion pour cause de terrorisme. Ainsi, dans l'affaire *Kathirgamu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 300, une femme avait été forcée de cuisiner pour les

case or by the Board (either IRB at the hearing or before the Federal Court) that extortion was a legitimate ground to claim fear of persecution.

[190] It is clear that the Canadian jurisprudence is less restrictive, adding further support to the proposition that the American provisions create a real risk of refoulement. In the absence of evidence that Canadian law is more generous than or is not consistent with the provisions of the Refugee Convention and CAT, I find that Canadian law reflects the international obligations under both Conventions.

[191] Based on the evidence, and where there is conflict between the experts I have preferred the evidence of the applicants' experts, it would be unreasonable to conclude that U.S. law in this area does not put genuine refugees in danger. It is difficult to imagine how the GIC could have reasonably concluded that the U.S. complies with the Refugee Convention when the law allows the exclusion of claimants who involuntarily provided support to terrorist groups. The terrorist exclusions are extremely harsh, and cast a wide net which will catch many who never posed a threat. In returning claimants to the U.S. under these circumstances, the weight of the evidence is that Canada is exposing refugees to a serious risk of refoulement and torture which is contrary to the applicable articles of the Refugee Convention and CAT.

(b) Exclusion for serious criminality

[192] A person is excluded from being granted asylum if, having been convicted of a particularly serious crime, they constitute a danger to the community of the United States; INA § 208(b)(2)(A)(ii). For the purpose of that clause, an alien convicted of an aggravated felony is deemed to be convicted of a particularly serious crime; INA § 208(b)(2)(B)(i). An aggravated felony is defined in INA § 101(a)(43). Sentences for certain crimes under INA § 101(a)(43) can range as low as one year, including

LTTE parce qu'elle n'avait pas les moyens de payer l'argent qu'ils exigeaient. Nul n'a contesté dans cette affaire — pas plus d'ailleurs que la Commission ou devant la Cour fédérale — que l'extorsion constituait un motif légitime justifiant une crainte de persécution.

[190] Il est évident que la jurisprudence canadienne est moins restrictive et qu'elle étaye encore plus la proposition que les dispositions législatives américaines créent un risque véritable de refoulement. À défaut d'éléments de preuve démontrant que la loi canadienne est plus généreuse que les dispositions de la Convention relative aux réfugiés et de la Convention contre la torture ou qu'elle n'est pas compatible avec elles, je conclus que la loi canadienne tient compte des obligations internationales prévues par les deux Conventions.

[191] Vu l'ensemble de la preuve, (en cas de conflit entre les experts, je préfère le témoignage des experts des demandeurs), j'estime qu'il serait déraisonnable de conclure que le droit des États-Unis n'expose pas les véritables réfugiés à un danger. Il est difficile de concevoir comment le gouverneur en conseil aurait logiquement pu conclure que les États-Unis se conforment à la Convention relative aux réfugiés alors que la loi permet l'exclusion de demandeurs d'asile qui ont involontairement appuyé des groupes terroristes. Les exclusions relatives aux terrorisme sont extrêmement sévères; elles ratissent très large et ont pour effet de s'appliquer à nombre de personnes qui n'ont jamais constitué une menace. En renvoyant les demandeurs d'asile aux États-Unis dans ces conditions, le Canada, suivant la prépondérance de la preuve, expose des réfugiés à un grave risque de refoulement et de torture, ce qui va à l'encontre des articles applicables de la Convention relative aux réfugiés et de la Convention contre la torture.

(b) Exclusion pour cause de grande criminalité

[192] Se voit refuser l'asile la personne qui, ayant été reconnue coupable d'un crime ou d'un délit particulièrement grave, est considérée comme constituant une menace pour la communauté des États-Unis (§ 208(b)(2)(A)(ii) de la INA). Pour l'application de cette disposition de la loi américaine, l'étranger qui a été reconnu coupable d'un acte délictueux grave est réputé avoir été déclaré coupable d'un crime ou d'un délit (§ 208(b)(2)(B)(i) de la INA). La INA définit l'acte

theft and burglary punishable by imprisonment of one year.

[193] A person convicted of a particularly serious crime is also excluded from eligibility for withholding of removal. Thus, INA § 241(b)(3)(B)(ii) excludes a person who, having been convicted of a particularly serious crime, is a danger to the community of the United States, just like its asylum counterpart under INA § 208. However, in contrast to the asylum provision, after the withholding exclusion provision there is a further interpretation applicable to INA § 241(b)(3)(B)(ii) which deems an alien convicted of an aggravated felony sentenced to five years as having committed a particularly serious crime. Thus, the scope of the provision is narrower. That said, the U.S. Attorney General can consider certain offences to be particularly serious even if the aggregate sentence is less than five years. Thus, while the likelihood of refoulement is higher than in Canada, it is unclear whether the U.S. interpretation is inconsistent with generally accepted principles on what constitutes a sufficiently serious crime.

[194] Although the Refugee Convention contains an exception to the protection against refoulement, Article 3 of CAT permits no such exception. However, the same exclusion considerations do not appear to apply to persons who apply for CAT protection. There are extra protections that are delineated in the regulations as stated by Mr. Martin at Exhibit H to his affidavit. Under [*Immigration Regulations*] § 208.16(b)(4)(2), any person falling within INA § 241(b)(3)(B) (which applies to both security exclusions and exclusions for having committed a particularly serious crime) cannot obtain regular withholding or CAT protection. However, if a person has been found entitled to protection under CAT and is subject to the mandatory denial of withholding in this manner, they shall be granted deferral of removal to the country where he or she is more likely than not to be

délictueux grave à la § 101(a)(43). La peine prévue pour certains des crimes énumérés à la § 101(a)(43) de la INA est d'à peine un an d'emprisonnement, notamment en cas de vol et de cambriolage.

[193] La personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit particulièrement grave n'a par ailleurs pas le droit de réclamer le sursis à l'exécution de son renvoi. Ainsi, la § 241(b)(3)(B)(ii) de la INA exclut les personnes qui, ayant été reconnues coupables d'un crime ou d'un délit particulièrement grave, sont considérées comme une menace pour la communauté des États-Unis, tout comme les demandeurs d'asile visés à la § 208. Toutefois, contrairement à la disposition relative au droit d'asile, on trouve, à la suite de la disposition relative à l'exclusion des demandeurs de sursis, une clause d'interprétation applicable à la § 241(b)(3)(B)(ii) de la INA suivant laquelle l'étranger qui a été déclaré coupable d'un acte délictueux grave et qui a été condamné à une peine de cinq ans d'emprisonnement est considéré comme ayant commis un crime ou un délit particulièrement grave. Le champ d'application de cette disposition est donc plus étroit. Ceci étant dit, le procureur général des États-Unis peut considérer que certaines infractions sont particulièrement graves même si la peine totale est inférieure à cinq ans. Ainsi, bien que les risques de refoulement soient plus élevés qu'au Canada, on ne sait pas avec certitude si l'interprétation américaine est incompatible avec les principes généralement admis sur ce qui constitue un crime suffisamment grave.

[194] Bien que la Convention relative aux réfugiés renferme une exception au principe interdisant le refoulement, l'article 3 de la Convention contre la torture ne permet pas une telle exception. Toutefois, les considérations qui s'appliquent aux cas d'exclusion ne semblent pas jouer dans le cas des personnes qui revendiquent la protection de la Convention contre la torture. Il y a des protections supplémentaires prévues dans le règlement soumis par M. Martin à l'annexe H de son affidavit. Aux termes de la § 208.16(b)(4)(2) [*Immigration Regulations*], toute personne tombant sous le coup de la § 241(b)(3)(B) de la INA (qui s'applique tant aux exclusions fondées sur des motifs de sécurité qu'aux exclusions justifiées par le fait d'avoir commis un crime ou un délit particulièrement grave) ne peut obtenir la protection habituelle en matière de sursis ni

tortured ([*Immigration Regulations*] § 208.17(a)) Thus, the obligations under CAT appear to be protected because no one can be refouled even if they are found excluded as a result of serious criminality.

[195] While Canada may be more liberal with respect to exclusion from asylum for serious criminality, deportation to torture where serious criminality is involved in theory is not the norm in the U.S. In Canada, there is no such legislative protection and *Suresh*, some argue, suggests that deportation even where there is a risk of torture may be legal in extraordinary circumstances.

[196] While the likelihood of refoulement is higher than in Canada, it is unclear whether the U.S. interpretation is inconsistent with generally accepted principles on what constitutes a sufficiently serious crime. Although the impact of considering a five-year sentence serious enough to render a claimant ineligible may be harsher than Canada, it is not so different from the Canadian law and of the Refugee Convention as to show that the GIC was unreasonable to accept that the U.S., at least in theory, is not violating the Refugee Convention.

(3) Interpretation of the term “persecution” and claims based on particular social group and gender claims

[197] The applicants raise numerous areas in which the U.S. interpretation of aspects of the definition of refugee

celle prévue par la Convention contre la torture. Cependant, la personne à qui a été reconnue le droit à la protection de la Convention contre la torture et qui fait l’objet d’un refus obligatoire de sa demande de sursis se voit accorder un report de son renvoi vers le pays où il est « fort probable » qu’elle sera soumise à la torture (§ 208.17(a) [*Immigration Regulations*]). Ainsi, les obligations prévues par la Convention contre la torture semblent être protégées parce que nul ne peut être refoulé même s’il a déjà été déclaré exclu pour cause de grande criminalité.

[195] Bien que le Canada soit peut-être plus libéral en ce qui concerne le refus d’accorder le droit d’asile pour cause de grande criminalité, l’expulsion d’une personne vers un pays où elle risque d’être torturée n’est en principe pas la norme appliquée aux États-Unis lorsque la grande criminalité est en cause. Au Canada, il n’existe pas de protection législative semblable et l’arrêt *Suresh* permet de penser, du moins selon certains, que l’expulsion peut être légale, dans certaines circonstances exceptionnelles, même lorsqu’il existe un risque de torture dans le pays d’origine.

[196] Bien que les probabilités d’un refoulement soient plus élevées qu’au Canada, on ne sait pas avec certitude si l’interprétation qui est retenue aux États-Unis est incompatible avec les principes généralement admis sur ce qui constitue un crime suffisamment grave. Bien que les conséquences découlant de la décision de considérer une peine d’emprisonnement de cinq ans comme suffisamment grave pour interdire un demandeur d’asile de territoire puissent sembler plus sévères qu’au Canada, elles ne sont pas à ce point différentes des dispositions de la loi canadienne et de la Convention relative aux réfugiés qu’elles puissent démontrer que le gouverneur en conseil a eu tort d’accepter que, du moins en principe, les États-Unis ne violent pas la Convention relative aux réfugiés.

3) Interprétation du terme « persécution », demandes d’asile fondées sur l’appartenance à un groupe social et demandes d’asile fondées sur le sexe

[197] Les demandeurs font ressortir plusieurs domaines dans lesquels l’interprétation que les États-Unis donnent

in the Refugee Convention diverges from Canadian and/or international law. The submissions on the term “persecution” and claims based on particular social group (PSG) and gender are somewhat interrelated, and are addressed in this section of these reasons.

(a) Gender claims

[198] Neither the applicants nor the respondent dispute that the role gender plays in claims of persecution in the U.S. is uncertain. What the parties dispute is the significance of this state of flux on asylum seekers. In 1999, the BIA determined in *In re R-A-* [22 I&N Dec. 906] (BIA 1999), vacated decision, that a victim of domestic violence was not a member of a PSG, and even if she were, her husband did not persecute her because of this membership.

[199] In 2000, the DOJ issued proposed regulations affirming that only immutable/fundamental characteristics are necessary to establish a PSG and that gender is clearly an immutable trait. It also re-interpreted all of the components of a PSG to enable gender-related claims, including the difficult area of domestic violence claims, to qualify.

[200] In 2001, Attorney General Janet Reno vacated the BIA’s decision in *R-A-*. She remanded the case to the BIA, directing them to reconsider it when the regulations were final. John Ashcroft applied the same process. However, the regulations have never been issued in final form and the law remains at best uncertain.

[201] The DHS filed a brief in February 2004 that affirms many of the principles in the draft regulations. The brief definitively states, at page 25, that the standard from *Matter of Acosta*, above, in which the Board

de certains aspects de la définition du réfugié au sens de la Convention diffère de celle qui est retenue en droit canadien et/ou en droit international. Les observations sur le terme « persécution » et sur les demandes d’asile fondées sur l’appartenance à un groupe social ou sur le sexe sont quelque peu liées entre elles. Nous les examinerons donc dans la présente partie.

a) Demandes d’asile fondées sur le sexe

[198] Les demandeurs et la défenderesse s’entendent pour dire que le rôle que joue le sexe du demandeur qui présente une demande d’asile fondée sur une crainte de persécution aux États-Unis est incertain. Ce sur quoi les parties divergent d’opinion c’est l’importance que revêt cette incertitude pour les demandeurs d’asile. En 1999, la BIA a déclaré, dans *In re R-A-* [22 I&N Dec. 906] (BIA 1999), décision annulée, qu’une victime de violence conjugale n’appartenait pas à un groupe social et que, même si elle en faisait partie, ce n’était pas du fait de son appartenance à un groupe social que son mari l’avait persécutée.

[199] En 2000, le ministère de la Justice a pris le règlement proposé en affirmant que seules les caractéristiques immuables et fondamentales étaient nécessaires pour constituer un groupe social et que le sexe constitue de toute évidence un trait immuable. Il a également réinterprété toutes les composantes du groupe social en déclarant admissibles les demandes d’asile fondées sur le sexe, y compris celles entrant dans la catégorie difficile des demandes fondées sur la violence conjugale.

[200] In 2001, la procureure générale Janet Reno a annulé la décision rendue par la BIA dans l’affaire *R-A-*. Elle a renvoyé l’affaire à la BIA, lui enjoignant de la réexaminer après que la version définitive du règlement serait adoptée. John Ashcroft a suivi la même démarche. Toutefois, la version définitive du règlement n’a jamais été publiée et l’état du droit demeure, au mieux, incertain.

[201] Le DHS a déposé en février 2004 un mémoire qui reprend bon nombre des principes contenus dans le projet de règlement. Le mémoire affirme catégoriquement à la page 25 qu’il convient d’appliquer la norme dégagée

articulated the “immutable characteristic” test, as recognized in the U.K. and Canada, should be followed. But despite these positive movements, there is still no definitive law on the issue.

[202] According to Professor Musalo, the DHS filed another brief on February 22, 2005. She states that it instructs DHS trial attorneys that the only gender-based claims currently cognizable under the U.S. law are those involving female genital cutting, until *In re R-A-* is conclusively decided. She has not produced sufficient documentation or citation to allow this to be verified.

[203] However, I accept Professor Musalo’s evidence that Mr. Martin’s quantitative analysis of the acceptance of these types of claims misses the point that the protection not being solidified may lead to arbitrary decision making. Even if the draft regulations and the DHS brief demonstrate a movement towards recognition of gender claims in a manner consistent with Canada, this is not the current state of the law. Further, although the DHS brief recognizes that membership in a PSG should be defined as immutable and innate characteristics, it goes on to state, at pages 18 to 24, that the Court’s application of the law has been inconsistent.

[204] There is no question that the Canadian standard accepts the “immutable and innate characteristics” definition of particular social group (see *Ward*, above). The UNHCR also advocates for this type of approach. In the E.U. context, Professor Hailbronner notes that the European countries have not evolved a generally accepted standard of protection with regard to domestic violence as persecution. However, Professor Hailbronner admitted during cross-examination that most European states will grant some kind of protection with respect to domestic violence, arising out of a sense of legal obligation.

dans *Matter of Acosta*, précité, où la Commission a articulé le critère des « caractéristiques immuables » qui est reconnu au Royaume-Uni et au Canada. Mais en dépit de ces avancées positives, l’état du droit demeure encore incertain sur cette question.

[202] Suivant la professeure Musalo, le DHS a déposé un autre mémoire le 22 février 2005. Elle affirme que, dans ce mémoire, le DHS explique à ses avocats plaidants que les seules demandes d’asile fondées sur le sexe qui sont présentement recevables en droit américain sont celles portant sur l’excision du clitoris, du moins tant que le sort final de l’affaire *In re R-A-* ne sera pas connu. Elle n’a pas produit de pièces ou cité de sources suffisantes pour qu’on soit en mesure de vérifier ses dires.

[203] J’accepte cependant le témoignage de la professeure Musalo suivant lequel l’analyse quantitative de M. Martin au sujet de l’acceptation de ces types de demandes d’asile néglige le fait qu’en laissant dans le flou la question de savoir quelles demandes d’asile sont acceptables ou non, on risque d’aboutir à des décisions arbitraires. Même si le projet de règlement et le mémoire du DHS démontrent qu’on se dirige vers une reconnaissance des demandes fondées sur le sexe qui s’apparente à celle qui existe au Canada, tel n’est pas l’état actuel du droit. De plus, bien que le DHS reconnaisse que l’appartenance à un groupe social devrait être considérée comme une caractéristique immuable innée, il poursuit en expliquant, aux pages 18 à 24, que les tribunaux n’ont pas appliqué la loi de façon uniforme.

[204] Il ne fait aucun doute que la norme canadienne accepte la définition du groupe social fondée sur l’existence de « caractéristiques innées et immuables » (voir l’arrêt *Ward*, précité). Le HCR préconise lui aussi cette façon de voir. Dans le contexte de la Communauté européenne, le professeur Hailbronner signale que les pays européens n’ont pas adopté une norme de protection généralement acceptée en ce qui concerne la violence conjugale en tant que motif de persécution. Toutefois, le professeur Hailbronner a admis en contre-interrogatoire que la plupart des États européens accordent une certaine protection en ce qui concerne la violence conjugale, parce qu’ils se sentent légalement obligés de le faire.

[205] The question to be determined is whether this state of flux in the U.S. law, which is really not in dispute by any party, gives rise to a likelihood of refoulement. Interestingly, the Standing Committee on Citizenship and Immigration recommended [*The Safe Third Country Regulations: Report*, December 2002] to the Canadian government that women claiming protection from domestic violence be a blanket excluded category under the STCA. Specifically it stated that [Recommendation 2]:

The Committee recommends that until such time as the American regulations regarding gender-based persecution are consistent with Canadian practice, women claiming refugee status on the basis that they are victims of domestic violence be listed as an exempt category under section 159.6 of the proposed regulations.

[206] There is clearly a serious concern that women with these claims are not being sufficiently protected under American law and that concern is not refuted by the evidence submitted by the respondent. Obviously if these women are being denied asylum protection, the secondary withholding of removal provision would not protect them and the CAT protection may impose too high a threshold of danger to protect women subject to domestic violence. This could result in a real risk of refoulement, contrary to the Refugee Convention. Since the GIC has an obligation to conclude positively that the U.S. is compliant, it would be unreasonable to do so in the face of the uncertainty in U.S. law.

(b) “Persecution”

[207] The American interpretation of persecution, although giving rise to some concerns, does not appear to conclusively give rise to a risk of refoulement. The applicants have not provided sufficient evidence of U.S. practice in this regard nor shown that the GIC’s conclusions on this aspect are unreasonable.

[205] La question à trancher est celle de savoir si l’incertitude entourant l’état du droit aux États-Unis, incertitude que nul ne conteste vraiment, augmentent les probabilités de refoulement. Fait intéressant, le Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration a recommandé [*Le Règlement sur les tiers pays sûrs: Rapport*, décembre 2002] au gouvernement canadien de considérer les femmes qui réclament une protection contre la violence conjugale comme une catégorie générale exclue du champ d’application de l’Entente. Plus précisément, voici ce qu’il a déclaré [Recommandation 2] :

Le Comité recommande d’exempter les femmes qui demandent le statut de réfugié selon le motif qu’elles sont victimes de violence familiale, au titre de l’article 159.6 du projet de règlement, jusqu’à ce que le règlement américain visant les demandes fondées sur des motifs de persécution liée au sexe soit aligné sur la pratique canadienne en la matière.

[206] On craint de toute évidence que la loi américaine ne protège pas suffisamment les femmes qui présentent ce type de demande, et cette crainte n’est pas réfutée par les éléments de preuve soumis par la défenderesse. Manifestement, si ces femmes sont déboutées de leur demande d’asile, la mesure secondaire consistant à surseoir à l’exécution de leur renvoi ne les protégerait pas non plus et il se peut par ailleurs que la protection prévue par la Convention contre la torture impose un critère minimal trop exigeant en matière de danger pour protéger les femmes victimes de violence conjugale. Elles risquent ainsi véritablement d’être refoulées, en violation de la Convention relative aux réfugiés. Comme le gouverneur en conseil est tenu de conclure catégoriquement que les États-Unis se conforment, il serait déraisonnable qu’il le fasse, vu l’incertitude qui règne en ce qui concerne l’état du droit américain.

b) « Persécution »

[207] L’interprétation américaine de la persécution, bien qu’elle soulève certaines préoccupations, ne semble pas donner catégoriquement lieu à un risque de refoulement. Les demandeurs n’ont pas produit suffisamment d’éléments de preuve au sujet des usages suivis par les États-Unis à cet égard, et ils n’ont pas démontré que les conclusions tirées par le gouverneur en conseil sur cet aspect sont déraisonnables.

[208] The applicants argue that the U.S. is unsettled in its approach to non-state agents. A failure to recognize non-state agents as persecutors is counter to Canadian and U.K. interpretations and is also contrary to the UNHCR interpretation (which provides guidance, rather than an expression of law). However, the evidence supports a reasonable conclusion that the U.S. does recognize persecution by non-state agents, as long as the state cannot protect a person from the action.

[209] The applicants further argue that neither the courts nor the government have provided a clear definition of persecution in the U.S. The draft regulations (attached as Exhibit K to the Martin affidavit) indicate that Congress believes the definition to be well established by court decisions, specifically that in *Matter of Acosta*, above.

[210] Professor Anker admits this is the definition the BIA often applies. However, Anker contends that the lack of true definition can lead to confusion. For instance, the Court of Appeals for the First Circuit in *Bocova v. Gonzales*, 412 F.3d 257 (1st Cir. 2005), recognized that persecution is not defined and held that it had to look to BIA decisions to determine its true meaning. It then held that the BIA has eschewed rigid rules for determining persecution, preferring analysis on a case-by-case basis. The Court did recognize that BIA decisions have provided guidance as to the definition.

[211] On this issue, as unsettled and as unsettling as the U.S. law may be, there does not appear to be enough evidence provided to establish that the lack of definition would result in refoulement. There is a reasonable basis for the GIC to conclude otherwise.

[212] Finally, the applicants argue that the respondent does not recognize persecution based on mixed motives. Unlike in Canada, where the Refugee Convention

[208] Les demandeurs soutiennent que l'approche suivie aux États-Unis en ce qui concerne les éléments indépendants de l'État n'est pas constante. Le défaut de reconnaître les éléments indépendants de l'État comme des agents de persécution va à l'encontre de l'interprétation retenue au Canada et au Royaume-Uni et est également contraire à l'interprétation du HCR (qui, sans aller jusqu'à dire le droit, propose des balises). La preuve permet toutefois raisonnablement de conclure que les États-Unis reconnaissent effectivement la persécution par des éléments indépendants de l'État, dès lors que l'État n'est pas en mesure de protéger une personne contre leurs actes.

[209] Les demandeurs soutiennent en outre que ni les tribunaux ni le gouvernement n'ont proposé de définition claire de la persécution aux États-Unis. Le projet de règlement (joint à l'affidavit de M. Martin sous la cote K) indique que le Congrès estime que la définition est fermement établie dans la jurisprudence, notamment dans la décision *Matter of Acosta*, précitée.

[210] La professeure Anker reconnaît qu'il s'agit de la définition que la BIA applique souvent. Elle soutient toutefois que l'absence de véritable définition peut créer de la confusion. Ainsi, la Cour d'appel du Premier Circuit a, dans l'arrêt *Bocova v. Gonzales*, 412 F.3d 257 (1st Cir. 2005), reconnu que la persécution n'a pas fait l'objet d'une définition et a statué qu'elle devait examiner la jurisprudence de la BIA pour en déterminer le sens véritable. Elle a ensuite jugé que la BIA a évité de poser des règles rigides pour définir la persécution, préférant une analyse au cas par cas. La Cour a effectivement reconnu que les décisions de la BIA s'étaient avérées utiles pour trouver une définition.

[211] Sur cette question, aussi incertain et flou que puisse être le droit américain, il ne semble pas qu'il y ait suffisamment d'éléments de preuve parmi ceux qui ont été présentés en l'espèce pour pouvoir démontrer que l'absence de définition se traduirait par un refoulement. Le gouverneur en conseil pouvait légitimement conclure le contraire.

[212] Les demandeurs affirment enfin que la défenderesse ne reconnaît pas la persécution fondée sur des motifs multiples. À la différence du Canada, où la

definition is directly incorporated into IRPA, the definition in the U.S. of refugee is expressed in its legislation as requiring persecution “on account of” instead of in accordance with the wording in the Convention “for reasons of.” This has arguably created a problem for persecution arising from “mixed motives” cases.

[213] Both Professor Anker and Mr. Martin agree that the leading case on persecution in the U.S. is *In re S-P*, 21 I&N Dec. 486 (BIA 1996). In that precedent case, it was formally recognized that the evidence may suggest mixed motives of the persecutor, at least one or more of which is related to a protected ground. Mr. Martin notes this remains the law.

[214] However, it is also true that the *Real ID Act of 2005* [Pub. L. 109-13, Div. B, Title II], passed only in 2005, seems to make the requirement stricter, in that although it recognizes that persecution for mixed motives can exist, there must be a central focus on the enumerated grounds of persecution. Although Mr. Martin argues that the most recent clarification of this definition in the Real ID Act will likely not result in any real changes, this is purely speculative.

[215] The DHS brief notes the use of the term “central” but states that it still allows for mixed motives; it just precludes the Convention ground from being incidental or tangential. The U.S. Supreme Court emphasized that in order for persecution to be “on account of” one of the Convention grounds, there must be evidence that the persecutor seeks to harm the victim on account of the victim’s possession of the characteristic at issue: see *INS v. Elias-Zacarias*, 502 U.S. 478 (1992). However, that case did not say anything that would preclude mixed motives. Both parties agree that the way in which the lower courts and the BIA have interpreted mixed motives is inconsistent.

définition prévue par la Convention relative aux réfugiés est directement incorporée à la LIPR, aux États-Unis, la définition du réfugié que l’on trouve dans la loi exige que la persécution soit [TRADUCTION] « en raison de », plutôt que de suivre la formule employée par la Convention, en l’occurrence, une persécution « du fait de ». On peut soutenir que cette différence a créé un problème dans le cas de persécution fondée sur des motifs multiples.

[213] La professeure Anker et M. Martin sont tous deux d’accord pour dire que l’arrêt de principe en matière de persécution aux États-Unis est *In re S-P*, 21 I&N Dec. 486 (BIA 1996). Dans cet arrêt de principe, le tribunal a formellement reconnu que la preuve peut permettre de penser que l’agent de persécution agissait en vertu de motifs multiples, dont au moins un se rattache à un motif protégé. M. Martin signale que cette décision reflète toujours l’état du droit.

[214] Il est toutefois également vrai que la *Real ID Act of 2005* [Pub. L. 109-13, Div. B, Title II], qui n’a été adoptée qu’en 2005, semble rendre cette exigence encore plus stricte, en ce que, même si elle reconnaît que la persécution fondée sur des motifs multiples peut exister, elle prescrit de mettre principalement l’accent sur les motifs de persécution énumérés. Bien que M. Martin affirme que les éclaircissements les plus récents que la Real ID Act a apportés à cette définition ne se traduiront probablement pas par de réels changements, il s’agit là de pures spéculations.

[215] Le mémoire du DHS relève l’emploi du terme « principalement », mais affirme qu’on peut quand même toujours invoquer des motifs multiples; la seule chose qui soit exclue, ce sont les motifs fondés sur la Convention qui seraient accessoires ou subalternes. La Cour suprême des États-Unis a souligné que, pour qu’on puisse conclure que la persécution est [TRADUCTION] « en raison » d’un des motifs prévus par la Convention, il doit y avoir des éléments de preuve tendant à démontrer que l’agent de persécution cherchait à porter préjudice à la victime en raison du fait que celle-ci possédait une des caractéristiques en litige (voir *INS v. Elias-Zacarias*, 502 U.S. 478 (1992)). Cet arrêt ne dit cependant rien qui permette d’exclure les motifs multiples. Les deux parties conviennent que l’interprétation que les tribunaux

[216] Given the wording of the Refugee Convention's definition of persecution, and Canada's interpretation and application of that term which I take to be the proper interpretation, the U.S. practice of inconsistency in application is sufficient to show that it is unreasonable to conclude that the U.S. is in compliance.

#### (4) Corroboration and credibility

[217] The applicants maintain that amendments introduced in the Real ID Act that allow for rejection of a refugee claim on the basis of lack of credibility and lack of corroboration elevate the standards for rejection to a level exceeding that in Canada.

[218] In *Maldonado v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1980] 2 F.C. 302 (C.A.), at page 305, Justice Heald explicitly held that testimony of a claimant in Canada is presumed credible. Also, it is the Canadian position that a trier of fact must not deny a person asylum on credibility issues where the credibility issues relate to peripheral issues of the claim. See for instance *R.K.L. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 228 F.T.R. 43 (F.C.T.D.), at paragraph 14.

[219] Under the Real ID Act, a presumption of credibility is explicitly denied. Furthermore, although the grounds upon which credibility is assessed are the same as in Canada (for instance, plausibility, consistency, and demeanour), the trier of fact is entitled to base these findings of credibility "without regard to whether an inconsistency, inaccuracy, or falsehood goes to the heart of the applicant's claim, or any other relevant factor"; see INA § 101(a)(3)(B)(iii).

[220] With respect to corroboration, the Real ID Act provides that:

inférieurs et la BIA ont donnée des motifs multiples n'est pas uniforme.

[216] Compte tenu du libellé de la définition de la persécution que l'on trouve dans la Convention relative aux réfugiés, ainsi que de l'interprétation et de l'application que le Canada fait de ce terme et que je considère être la bonne interprétation, j'estime que le manque d'uniformité qui existe aux États-Unis en ce qui concerne l'application de cette définition est suffisante pour démontrer qu'on ne peut raisonnablement conclure que les États-Unis se conforment.

#### 4) Corroboration et crédibilité

[217] Les demandeurs maintiennent que les modifications apportées à la Real ID Act qui permettent de rejeter une demande d'asile pour manque de crédibilité ou de corroboration élèvent les normes de rejet à un niveau supérieur à celui qui existe au Canada.

[218] Dans l'arrêt *Maldonado c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1980] 2 C.F. 302 (C.A.), à la page 305, le juge Heald a explicitement déclaré que le témoignage d'un demandeur d'asile au Canada est présumé crédible. Au Canada, les tribunaux considèrent également que l'arbitre des faits ne doit pas refuser l'asile à une personne pour des motifs tenant à sa crédibilité lorsque les questions de crédibilité se rapportent à des questions qui ne concernent qu'accessoirement sa demande d'asile (voir, par exemple, *R.K.L. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 116, au paragraphe 14).

[219] La Real ID Act écarte explicitement toute présomption de crédibilité. De plus, bien que les motifs sur le fondement desquels la crédibilité est appréciée soient les mêmes qu'au Canada (par exemple, la vraisemblance, la cohérence et le comportement), l'arbitre des faits a le droit de tirer ses conclusions en matière de crédibilité [TRADUCTION] « sans tenir compte du fait que l'incohérence, l'inexactitude ou la fausseté touchent ou non à l'essence même de la demande d'asile ou de tout autre facteur pertinent » (§ 101(a)(3)(B)(iii) de la INA).

[220] Pour ce qui est de la corroboration, la Real ID Act prévoit que :

101(a)(3)(B)(ii) The testimony of the applicant may be sufficient to sustain the applicant's burden without corroboration, but only if the applicant satisfies the trier of fact that the applicant's testimony is credible, is persuasive, and refers to specific facts sufficient to demonstrate that the applicant is a refugee. . . . Where the trier of fact determines that the applicant should provide evidence that corroborates otherwise credible testimony, such evidence must be provided unless the applicant does not have the evidence and cannot reasonably obtain the evidence.

[221] Unlike the discrepancy between the Canadian and American standards relating to credibility, the corroboration provision amended by the Real ID Act does not appear to drastically depart from Canadian and international norms.

[222] Canadian jurisprudence establishes that the failure of an applicant to provide documentation cannot be associated with a credibility finding, in the absence of evidence to contradict the allegations: see *Attakora v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 99 N.R. 168 (F.C.A.); *Ahortor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 65 F.T.R. 137 (F.C.T.D.). The jurisprudence is clear that the IRB may not discredit an applicant's testimony simply because of an absence of documentary evidence, particularly in situations where it would not be reasonable to expect the applicant to have it at his or her disposal.

[223] However, the IRB may reject a claim because of an absence of documentation if there was ample opportunity to seek the documentation and if the Board does not accept an applicant's explanations for failing to produce the evidence: *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 233 F.T.R. 166 (F.C.T.D.). This does not appear materially different from the U.S. law, where there is provision made to exempt persons who could not reasonably obtain that evidence.

[224] Furthermore, according to Mr. Martin, the Real ID provision was intended to solidify the standard set by the BIA in *In re S-M-J*, 21 I&N Dec. 722 (BIA 1997),

[TRANSLATION] 101(a)(3)(B)(ii) Le témoignage du demandeur peut être suffisant pour lui permettre de s'acquitter du fardeau de la preuve sans corroboration, mais seulement s'il persuade l'arbitre des faits que son témoignage est crédible et convaincant et qu'il se rapporte à des faits précis suffisants pour démontrer qu'il a qualité de réfugié [. . .] Lorsque l'arbitre des faits estime que le demandeur devrait fournir des éléments de preuve qui corroborent d'autres témoignages par ailleurs dignes de foi, le demandeur doit présenter ces éléments de preuve à moins qu'il ne les ait pas et qu'il ne puisse les obtenir raisonnablement.

[221] Contrairement à l'écart constaté entre les normes canadiennes et les normes américaines en matière de crédibilité, la disposition relative à la corroboration qui a été modifiée par la Real ID Act ne semble pas s'écarter radicalement des normes canadiennes ou internationales.

[222] Suivant la jurisprudence canadienne, le défaut du demandeur d'asile de fournir des documents ne peut être associé à une conclusion portant sur la crédibilité en l'absence d'éléments de preuve contredisant les allégations (voir *Attakora c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] A.C.F. 444 (C.A.) (QL), et *Ahortor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 705 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)). Il est de jurisprudence constante que la CISR ne peut écarter le témoignage d'un demandeur d'asile pour la simple raison qu'il n'y a pas d'éléments de preuve documentaires, surtout dans les cas où il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce que le demandeur les ait à sa disposition.

[223] La CISR peut toutefois rejeter une demande d'asile pour cause de documentation insuffisante si le demandeur d'asile a eu amplement l'occasion de se procurer les pièces requises et si la Commission n'accepte pas les explications données par le demandeur d'asile pour justifier son défaut de produire les éléments de preuve requis (*Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 556). La situation qui existe au Canada ne semble pas très différente de celle du droit américain, qui prévoit une exception dans le cas des personnes qui n'ont pas raisonnablement été en mesure d'obtenir les éléments de preuve.

[224] De plus, suivant M. Martin, la disposition contenue dans la Real ID Act visait à solidifier la norme posée par la BIA dans *In re S-M-J*, 21 I&N Dec. 722

which had been variously applied and not applied. Professor Anker, for the applicants, admits the standard as established in *S-M-J-*, is reasonable and appropriate doctrine but maintains that it is not followed in practice. However, Anker also notes that the Real ID Act does not codify all of the principles in *S-M-J-*. In particular she claims it does not codify the requirement in *S-M-J-* that an applicant should be given an opportunity to explain why the evidence is not presented. Notably, however, the legislation also does not codify to the contrary.

[225] Professor Anker also raises concern with the limited scope afforded to judicial review of decisions involving corroboration. § 101(d)(e) of the Real ID Act provides that INA § 242(b)(4) is amended by adding that the court shall not reverse a determination made by a trier of fact with respect to the availability of corroborating evidence unless the court finds that a reasonable trier of fact is compelled to conclude that such corroborating evidence is unavailable.

[226] However, according to Mr. Martin, this is just a codification of the same “substantial evidence” standard of review that applies to all other factual determinations (Martin affidavit, at paragraph 180). On reading Mr. Martin’s overview of this standard of review, although in wording it is different from the Canadian standard of patent unreasonableness, in function it appears similar.

[227] It would appear from a comparison of the two standards that the American standard is not inconsistent with either the Canadian standard or the international norm.

##### (5) Detention and access to counsel

[228] The applicants raise these matters as factors that aggravate the risk of refoulement. There does not appear to be a solid evidentiary basis provided by the applicants in their materials to demonstrate that detention practices

(BIA 1997), norme qui n’était pas systématiquement appliquée. La professeure Anker, pour les demandeurs, admet que la norme établie dans la décision *S-M-J-*, est raisonnable et appropriée mais elle maintient qu’elle n’est pas suivie en pratique. Anker signale toutefois par ailleurs que la Real ID Act ne codifie pas tous les principes posés dans la décision *S-M-J-*. Elle soutient notamment que cette loi ne codifie l’exigence posée dans *S-M-J-* voulant qu’on accorde au demandeur d’asile la possibilité d’expliquer pourquoi il n’a pas soumis d’éléments de preuve. Il convient toutefois de signaler que la loi ne codifie pas le contraire.

[225] La professeure Anker exprime ses réserves au sujet de la portée restreinte du contrôle judiciaire en ce qui concerne les décisions en matière de corroboration. La § 101(d)(e) de la Real ID Act modifie la § 242(b)(4) de la INA en y ajoutant que le tribunal ne doit pas infirmer la décision prise par l’arbitre des faits au sujet de la possibilité d’obtenir des éléments de preuve corroborants, sauf si le tribunal estime qu’un arbitre des faits raisonnable aurait été forcé de conclure à l’impossibilité d’obtenir de tels éléments de preuve corroborants.

[226] Toutefois, selon M. Martin, il s’agit simplement d’une codification de la même norme de contrôle relative aux « éléments de preuve substantiels » (voir l’affidavit de M. Martin, au paragraphe 180). À la lecture de l’examen sommaire que M. Martin fait de cette norme de contrôle, force est de reconnaître que cette norme semble jouer un rôle semblable et ce, même si son libellé diffère de celui de la norme canadienne de la décision manifestement déraisonnable.

[227] Si l’on compare les deux normes, il semblerait que la norme américaine ne soit pas incompatible avec la norme canadienne ou avec la norme internationale.

##### 5) Détention et droit de consulter un avocat

[228] Suivant les demandeurs, ces questions constituent des facteurs qui aggravent les risques de refoulement. Il semble que les pièces versées au dossier par les demandeurs ne constituent pas un fondement probatoire

and lack of access to counsel could result in the refoulement of refugees.

[229] Any assertions that failure to provide legal counsel would result in a higher likelihood of refoulement could apply equally in Canada as in the United States. Firstly, only six provinces have an established legal aid process available for immigration claimants (though these include the provinces with the highest number of refugee claimants). The rest rely on pro bono representation and refugee advocacy clinics. Secondly, the provision of legal aid is subject to similar limitations as the pro bono system in the United States, including underfunding and screening for merit. Furthermore, even the applicants' expert, Professor Anker, notes that "international law does not specifically call for this measure as part of the implementation of a fair adjudication system." The U.K. High Court also accepted that international law does not require the provision of legal advice and assistance to asylum seekers.

[230] The applicants try to make a link between detention and lack of legal representation. The statistics suggest that asylum seekers are six times more likely to succeed when they are represented and that twice as many detainees are unrepresented as asylum seekers who are not detained (Asylum Representation, Summary Statistics, prepared by Dr. Andrew I. Schoenholz, Director of Law and Policy Studies, Institute for the Study of International Migration, Georgetown University, May 2000). Furthermore, it is alleged that it is far more difficult to obtain corroboration for claims from detention. Even accepting the applicants' argument that Americans detain people more readily than Canadians, there is still insufficient evidence to support a finding that this has resulted in refoulement to persecution (much less to torture).

solide permettant de conclure que les usages suivis en matière de détention et l'impossibilité de consulter un avocat pourraient se traduire par le refoulement de réfugiés.

[229] L'assertion que le défaut d'offrir l'accès à un avocat augmenterait les risques de refoulement vaut autant pour le Canada que pour les États-Unis. Premièrement, seulement six provinces ont mis en place un régime d'aide juridique destiné aux demandeurs d'asile (bien qu'il convienne de signaler qu'il s'agit des provinces où se retrouvent le plus grand nombre de demandeurs d'asile). Les autres provinces comptent sur la représentation bénévole et les cliniques de défense des droits des réfugiés. En second lieu, l'aide juridique au Canada est sujette à des contraintes semblables à celles que l'on trouve dans le système de représentation bénévole aux États-Unis, y compris le financement limité et la préselection axée sur le bien-fondé apparent. De plus, même l'experte des demandeurs, la professeure Anker, signale que [TRADUCTION] « le droit international n'exige pas expressément cette mesure dans le cadre de la mise en œuvre d'un système juridictionnel équitable ». La Haute Cour du Royaume-Uni a également accepté que le droit international n'exige pas que l'on offre les services d'un avocat aux demandeurs d'asile.

[230] Les demandeurs tentent d'établir un lien entre la détention et l'absence de représentation par avocat. Les statistiques démontrent que les demandeurs d'asile ont six fois plus de chance d'obtenir gain de cause lorsqu'ils sont représentés et qu'il y a deux fois plus de détenus qui ne sont pas représentés que de demandeurs d'asile qui ne sont pas détenus (Représentation des demandeurs d'asile, bilan statistique, Andrew I. Schoenholz, directeur des études juridiques et politiques, Institute for the Study of International Migration, Georgetown University, mai 2000). De plus, il est allégué qu'il est beaucoup plus difficile d'obtenir une corroboration lorsque le demandeur d'asile est détenu. Même en acceptant l'argument des demandeurs que les Américains recourent plus volontiers à la détention que les Canadiens, il n'y a toujours pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier la conclusion que cette situation s'est traduit par un refoulement vers un pays où le demandeur d'asile risque d'être persécuté (et encore moins vers un pays où il risque d'être torturé).

[231] Likewise, there is insufficient evidence to reasonably conclude that the U.S. process of expedited removal, highly criticized by the UNHCR, as well as the Standing Committee on Citizenship and Immigration, would itself lead to refoulement.

[232] However, the problem with detention and expedited removal under the U.S. system and where it runs afoul of international norms is that detention, according to the weight of the evidence, is used as a penalty. The matter of detention is aggravated by the fact that, unlike Canada's legislated criteria, U.S. parole criteria are inconsistent—a matter which Mr. Martin agrees is an accurate description of the U.S. system.

[233] Again, unlike Canada, parole is not determined by an independent decision maker. There is no appeal and very limited rights to *habeas corpus*. This absence of an independent review is contrary to international law.

[234] Moreover, the expert evidence is that detention and parole are inconsistently applied to certain groups such as those of Arab descent and/or the Muslim faith.

[235] The effect of this increased use of detention is, so it was argued, to make contesting refugee cases more difficult. From that proposition, it is argued that the inability or difficulty in fighting a case results in unjustified losses which results in refoulement.

[236] With respect, while there is some logic in the proposition that fighting a case from jail is troublesome, it is difficult to establish with sufficient certitude that systemically there are a significant number of cases lost which should not have been. It cannot be said that this in itself is contrary to international conventions.

[231] Dans le même ordre d'idées, il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir raisonnablement conclure que la procédure de renvoi accéléré qui est suivie aux États-Unis et que le HCR et le Comité permanent sur la citoyenneté et l'immigration ont sévèrement critiquée se traduirait en soi par un refoulement.

[232] Le problème toutefois que comportent la détention et le renvoi accéléré prévus par le régime américain et la raison pour laquelle ce régime va à l'encontre des normes internationales, est que la détention, selon la prépondérance de la preuve, sert de sanction. La question de la détention est aggravée par le fait que, contrairement aux critères établis par la loi au Canada, les critères prévus aux États-Unis en matière de libération conditionnelle sont incompatibles, un problème qui, comme le reconnaît M. Martin, décrit bien le système américain.

[233] Encore une fois, contrairement à ce qui existe au Canada, la libération conditionnelle n'est pas déterminée par un décideur indépendant. Il n'y a pas d'appel et le recours au bref d'*habeas corpus* est très limité. Cette absence d'examen indépendant va à l'encontre du droit international.

[234] Qui plus est, suivant le témoignage des experts, certains groupes, tels que les personnes d'origine arabe ou de confession musulmane sont soumises arbitrairement à la détention et à la libération conditionnelle.

[235] Ce recours accru à la détention aurait pour conséquence de rendre plus difficile la contestation des affaires relatives aux réfugiés, ce qui se traduirait par des échecs injustifiées se soldant par un refoulement.

[236] En toute déférence, bien que la proposition qu'il est malaisé de contester une affaire depuis la prison ne soit pas dépourvue de logique, il est difficile d'établir avec suffisamment de certitude qu'il existe systématiquement un nombre important de demandeurs d'asile qui sont déboutés alors qu'ils auraient dû obtenir gain de cause. On ne saurait affirmer que cet état de fait est en soi contraire aux conventions internationales.

(6) Summary

[237] The applicants have raised a number of issues that they say show that the U.S. does not meet the standards of Article 33 of the Refugee Convention. I have found some, such as the matter of serious criminality and persecution, as forming no basis for undermining the reasonableness of the GIC's determination that the U.S. is a safe country through its compliance with the international conventions.

[238] I have found that some other issues raise concerns about compliance, such as the use of expedited removals and use of detention, which absent more, are not sufficient in themselves to undermine the reasonableness of the GIC's designation. However, these issues in combination with more clear contradictions with Convention provisions call the reasonableness of the GIC's determination into question.

[239] Finally, there are a series of issues, which individually, and more importantly, collectively, undermine the reasonableness of the GIC's conclusion of U.S. compliance. These include: the rigid application of the one-year bar to refugee claims; the provisions governing security issues and terrorism based on a lower standard, resulting in a broader sweep of those caught up as alleged security threats/terrorists; and the absence of the defence of duress and coercion. Lastly, there are the vagaries of U.S. law which put women, particularly those subject to domestic violence, at real risk of return to their home country.

[240] These instances of non-compliance with Article 33 are sufficiently serious and fundamental to refugee protection that it was unreasonable for the GIC to conclude that the U.S. is a "safe country." Further, in the light of this evidence it was even more unreasonable for

6) Résumé

[237] Les demandeurs ont soulevé plusieurs questions qui démontrent selon eux que les États-Unis ne respectent pas les normes prévues à l'article 33 de la Convention relative aux réfugiés. J'ai constaté que certaines de ces questions, comme celles relatives à la grande criminalité et à la persécution, ne permettraient pas de mettre en doute le caractère raisonnable de la conclusion du gouverneur en conseil suivant laquelle les États-Unis sont un pays sûr parce qu'ils se conforment aux conventions internationales.

[238] J'ai conclu que certaines autres questions soulèvent des préoccupations au sujet de la conformité, telles que la procédure de renvoi accéléré et le recours à la détention qui, faute de plus, ne sont pas suffisantes en elles-mêmes pour mettre en doute le caractère raisonnable de la désignation faite par le gouverneur en conseil. Toutefois, combinées aux contradictions plus flagrantes des dispositions des Conventions, ces questions permettent de douter du caractère raisonnable de la décision du gouverneur en conseil.

[239] Enfin, il y a une série de questions qui, individuellement et, ce qui est encore plus important, collectivement, minent le caractère raisonnable de la conclusion du gouverneur en conseil quant à la conformité des États-Unis. Parmi ces facteurs, mentionnons les suivants : l'application rigide du délai de prescription aux demandes d'asile; les dispositions régissant les questions de sécurité et de terrorisme qui sont fondées sur une norme moins exigeante, ce qui permet d'englober un plus grand nombre de personnes soupçonnées de menace à la sécurité ou de terrorisme; et l'absence de moyen de défense fondé sur la contrainte ou la coercition. Enfin, il y a le manque d'uniformité de la loi américaine, qui expose les femmes, en particulier celles qui sont victimes de violence conjugale, à un danger véritable d'être refoulées vers leur pays d'origine.

[240] Ces exemples de non-conformité avec l'article 33 sont suffisamment graves et fondamentaux en ce qui concerne la protection des réfugiés pour qu'on soit en droit de penser qu'il n'était pas raisonnable de la part du gouverneur en conseil de conclure que les États-Unis

the GIC not to engage in the review of U.S. practices and policies required by subsection 102(2) of IRPA.

sont un « pays sûr ». De plus, compte tenu des éléments de preuve en question, il était encore plus déraisonnable de la part du gouverneur en conseil de ne pas procéder à l'examen des usages et politiques des États-Unis exigé par le paragraphe 102(2) de la LIPR.

## VI. INTERPRETATION AND APPLICATION OF CAT

[241] When the United States ratified the Convention Against Torture (CAT) in 1994, it did so subject to several reservations and understandings (which amount to interpretative guidelines). The following reservations are at issue in this case:

II. The Senate's advice and consent is subject to the following understandings, which shall apply to the obligations of the United States under this Convention:

(1) (a) That with reference to article 1, the United States understands that, in order to constitute torture, an act must be specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering . . . .

...

(d) That with reference to article 1 of the Convention, the United States understands that the term 'acquiescence' requires that the public official, prior to the activity constituting torture, have awareness of such activity and thereafter breach his legal responsibility to intervene to prevent such activity.

...

(2) That the United States understands the phrase, 'where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture,' as used in article 3 of the Convention, to mean 'if it is more likely than not that he would be tortured.'

[242] Mr. Martin includes the regulations that discuss the incorporation of CAT and CAT protection at Exhibit H (all subsequent references are to the *Immigration Regulations*, 8 C.F.R. The *Immigration Regulations* explicitly incorporate the actual definition of Article 1 of CAT, "subject to the reservations, understandings, declarations, and provisos contained in the United States Senate resolution of ratification of the Convention." (*Immigration Regulations*, § 208.18(a)). The application

## VI. INTERPRÉTATION ET APPLICATION DE LA CONVENTION CONTRE LA TORTURE

[241] La ratification par les États-Unis de la Convention contre la torture en 1994 était subordonnée à certaines réserves et interprétations (qui ont valeur de lignes directrices en matière d'interprétation). Les réserves suivantes sont en litige en l'espèce :

[TRADUCTION] II. L'avis et le consentement du Sénat sont subordonnés aux interprétations suivantes, qui s'appliquent aux obligations souscrites par les États-Unis en vertu de la présente Convention :

1. a) S'agissant de l'article premier, les États-Unis entendent que, pour constituer une torture, un acte doit viser expressément à infliger une douleur ou des souffrances physiques ou mentales aiguës,

[. . .]

d) Touchant l'article premier de la Convention, les États-Unis interprètent l'expression « consentement tacite » comme signifiant que l'agent de la fonction publique doit avoir eu connaissance de l'activité constituant une forme de torture avant qu'elle ne se produise et avoir failli par la suite à son obligation légale d'intervenir pour la prévenir;

[. . .]

(2) Les États-Unis interprètent le membre de phrase « où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture », tel qu'il figure à l'article 3 de la Convention, comme signifiant « s'il est fort probable qu'elle sera soumise à la torture ».

[242] M. Martin a joint à l'annexe H le règlement qui traite de l'incorporation de la Convention contre la torture et de la protection prévue par la Convention contre la torture (toutes les mentions subséquentes visent la *Immigration Regulations*, 8 C.F.R. La *Immigration Regulations* incorpore explicitement le texte même de la définition de l'article premier de la Convention contre la torture [TRADUCTION] « sous réserve des interprétations, déclarations et conditions contenues dans la résolution

of Article 3 is subject to the same proviso (*Immigration Regulations*, § 208.16(c)).

[243] More specifically, § 208.16(c)(2) states that the burden of proof is a balance of probabilities (“more likely than not”). This is the same standard as in Canada: see *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 239 (C.A.). The *Immigration Regulations* also incorporate the specific intent requirement at § 208.18(a)(5), which provides that to constitute torture, “an act must be specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering.” Finally, at § 208.18(a)(7), “[a]cquiescence of a public official requires that the public official, prior to the activity constituting torture, have awareness of such activity and thereafter breach his or her legal responsibility to intervene to prevent such activity.”

[244] The applicants argue that the requirement for a specific intent to inflict torture may put refugees at risk. The effect of this requirement is illustrated in the following cases. *In re J-E-*, 23 I&N Dec. 291 (BIA 2002), the BIA considered whether the Haitian government’s indeterminate detention of criminals prior to their hearing constituted torture. The claimant, who had been convicted of selling cocaine, argued that he would be subject to torture because of this indefinite period of detention in inhuman conditions.

[245] The BIA states, at page 298:

. . . the act must be *specifically intended* to inflict severe physical or mental pain or suffering. . . . This specific intent requirement is taken directly from the understanding contained in the Senate’s ratification resolution. . . . Thus, an act that results in unanticipated or unintended severity of pain or suffering does not constitute torture. In view of the specific intent requirement, the Senate Foreign Relations Committee noted that rough and deplorable treatment, such as police brutality, does *not* amount to torture. . . .

du Sénat des États-Unis portant ratification de la Convention » (*Immigration Regulations*, § 208.18(a)). L’application de l’article 3 est subordonnée à la même clause conditionnelle (*Immigration Regulations*, § 208.16(c)).

[243] Plus précisément, la § 208.16(c)(2) porte que la charge de la preuve est celle de la prépondérance des probabilités ([TRADUCTION] « fort probable »). C’est la même norme que celle qui s’applique au Canada (*Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 239 (C.A.)). La *Immigration Regulations* incorpore également l’exigence spécifique relative à l’intention que l’on trouve à la § 208.18(a)(5), qui prévoit que, pour constituer de la torture, [TRADUCTION] « un acte doit viser expressément à infliger une douleur ou des souffrances physiques ou mentales aiguës ». Enfin, à la § 208.18(a)(7), il est dit ceci : [TRADUCTION] « pour qu’on puisse conclure à un consentement tacite, l’agent de la fonction publique doit avoir eu connaissance de l’activité constituant une forme de torture avant qu’elle ne se produise et avoir failli par la suite à son obligation légale d’intervenir pour la prévenir ».

[244] Les demandeurs soutiennent que l’exigence de l’intention spécifique d’infliger des tortures est susceptible d’exposer les réfugiés à un danger. Les conséquences de cette exigence sont illustrées dans les décisions suivantes. Dans l’affaire *In re J-E-*, 23 I&N Dec. 291 (BIA 2002), la BIA s’est penchée sur la question de savoir si la détention, par le gouvernement haïtien, de criminels pour une durée indéterminée avant leur procès constituait de la torture. Le demandeur d’asile, qui avait été reconnu coupable d’avoir vendu de la cocaïne, soutenait qu’il serait exposé à la torture du fait de cette période indéfinie de détention dans des conditions inhumaines.

[245] La BIA déclare, à la page 298 :

[TRADUCTION] [. . .] l’acte doit *viser expressément* à infliger une douleur ou des souffrances physiques ou mentales aiguës [. . .] Cette exigence quant à l’intention spécifique provient directement de l’interprétation contenue dans la résolution de ratification du Sénat [. . .] Ainsi, un acte qui donne lieu à une douleur ou à des souffrances physiques ou mentales aiguës non prévues ou non voulues ne constitue pas de la torture. Compte tenu de l’exigence quant à l’intention spécifique, le Comité du Sénat sur les relations extérieures a signalé que les mauvais

[246] The BIA found, at pages 300-301, that although the practice was deplorable,

. . . there is no evidence that Haitian authorities are detaining criminal deportees with the specific intent to inflict severe physical or mental pain or suffering. . . .

Although Haitian authorities are intentionally detaining criminal deportees knowing that the detention facilities are substandard, there is no evidence that they are intentionally and deliberately creating and maintaining such prison conditions in order to inflict torture.

The record establishes that Haitian prison conditions are the result of budgetary and management problems as well as the country's severe economic difficulties.

[247] Mr. Martin also points to the decision in *Zubeda v. Ashcroft*, 333 F.3d 463 (2003), a decision of the Court of Appeals for the Third Circuit as applying a less exacting standard. The Court held, at page 473 that:

Although the regulations require that severe pain or suffering be “intentionally inflicted,” *id.*, we do not interpret this as a “specific intent” requirement. Rather, we conclude that the Convention simply excludes severe pain or suffering that is the unintended consequence of an intentional act. . . . The intent requirement therefore distinguishes between suffering that is the accidental result of an intended act, and suffering that is purposefully inflicted or the foreseeable consequence of deliberate conduct. However, this is not the same as requiring a specific intent to inflict suffering.

[248] The Court later stated, at page 474, “requiring an alien to establish the specific intent of his/her persecutors could impose insurmountable obstacles to affording the very protections the community of nations sought to guarantee under the Convention Against Torture.”

[249] While *J-E-* is the leading case in the United States, there remains a serious question as to the difference

traitements ou les agissements déplorables, comme la brutalité policière, *ne* constituent *pas* de la torture.

[246] La BIA a conclu, aux pages 300 et 301, que bien que cet usage soit regrettable,

[TRADUCTION] [. . .] rien ne permet de penser que les autorités haïtiennes détiennent des criminels qui ont été expulsés dans le but explicite de leur infliger une douleur ou des souffrances physiques ou mentales aiguës [. . .]

Bien que les autorités haïtiennes détiennent volontairement des criminels qui ont été expulsés tout en étant parfaitement conscientes que les conditions de détention sont inférieures aux normes, rien ne permet de penser qu'elles créent et maintiennent de telles conditions carcérales afin d'infliger de la torture de façon intentionnelle et délibérée.

Il ressort du dossier que les conditions de détention dans les prisons haïtiennes s'expliquent par des problèmes de budget et de gestion ainsi que par les graves difficultés économiques avec lesquelles ce pays est aux prises.

[247] M. Martin cite également la décision *Zubeda v. Ashcroft*, 333 F.3d 463 (2003), un arrêt dans lequel la Cour d'appel du Troisième Circuit a appliqué une norme moins stricte. Voici ce que la Cour a dit à la page 473 :

[TRADUCTION] Bien que le règlement exige que *l'acte vise expressément* à infliger une douleur ou des souffrances, nous n'interprétons pas cette disposition comme exigeant une « intention spécifique ». Nous concluons plutôt que la Convention exclue simplement les douleurs et souffrances aiguës qui sont la conséquence involontaire d'un acte intentionnel [. . .] L'obligation relative à l'intention établit donc une distinction entre les souffrances qui sont le résultat accidentel d'un acte délibéré et les souffrances qui sont infligées intentionnellement ou qui constituent une conséquence prévisible d'un acte délibéré, ce qui n'est toutefois pas la même chose que d'exiger une intention spécifique d'infliger des souffrances.

[248] La Cour a déclaré, plus loin, à la page 474 : [TRADUCTION] « obliger un étranger à faire la preuve d'une intention spécifique de la part de ses persécuteurs risquerait de lui imposer des obstacles insurmontables qui empêcheraient de lui accorder les protections mêmes que le concert des nations cherchait à garantir en réitérant la Convention contre la torture ».

[249] Bien que l'affaire *J-E-* soit la décision de principe aux États-Unis, la question de la différence entre la

between the U.S. view of Article 3 and the Canadian view.

[250] As to the matter of the American interpretation of “state acquiescence,” in *Y-L-*, the BIA held that acquiescence required a “wilful acceptance of the torturous activity.” In that case, the BIA found no state acquiescence where the claimant feared torture by gangs in Jamaica that he had associated with, accompanied by the possible involvement of corrupt police, because a few rogue agents acting against the country’s laws did not constitute state acquiescence.

[251] The evidence establishes that the state of U.S. law in respect of “state acquiescence to torture” is found in *Khouzam v. Ashcroft*, 361 F.3d 161 (2d Cir. 2004), at page 170. The Court of Appeals rejected a BIA decision that held that state acquiescence to torture required wilful acceptance of torturous activity. The U.S. Court of Appeals was very clear that the fact that even if police torture was not committed as part of their official duties, the threshold for state acquiescence was met.

[252] In coming to this conclusion, the Court of Appeals considered the language of CAT itself and the U.S. conditions which accompanied their ratification of CAT. At page 171, the Court noted that the Senate voted in favour of a condition that “that both actual knowledge and ‘willful blindness’ fall within the definition of the term ‘acquiescence.’” The Senate voted in favour of this condition.

[253] There is some dispute in the expert evidence that U.S. law holds that a state has not acquiesced to torture by non-state agents where the state is powerless to control or stop the torture.

conception que l’on se fait de l’article 3 aux États-Unis et au Canada demeure entière.

[250] Quant à l’interprétation que les États-Unis font de l’expression « consentement tacite de l’État », dans la décision *Y-L-*, la BIA a estimé que le consentement tacite exigeait [TRADUCTION] « une acceptation volontaire de l’acte constituant de la torture ». Dans cette affaire, la BIA a estimé que l’État n’avait pas donné son consentement dans le cas de ce demandeur d’asile, qui craignait d’être soumis à la torture par des gangs de la Jamaïque avec lesquels il avait frayé, avec en plus une possible implication de policiers corrompus, parce que les actes illicites commis par quelques agents malhonnêtes qui ne respectaient pas les lois du pays ne pouvaient être interprétés comme un consentement tacite de l’État.

[251] Il ressort de la preuve que l’arrêt *Khouzam v. Ashcroft*, 361 F.3d 161 (2d Cir. 2004), à la page 170, reflète l’état du droit aux États-Unis en ce qui concerne le « consentement tacite de l’État face à la torture ». La Cour d’appel a rejeté la décision dans laquelle la BIA a déclaré que le consentement tacite de l’État à l’égard de la torture exigeait une acceptation consciente de l’activité constituant de la torture. La Cour d’appel des États-Unis a bien précisé que, même si la torture policière n’avait pas été commise dans le cadre des fonctions officielles des policiers, le critère minimal permettant de conclure au consentement tacite de l’État avait été respecté.

[252] Pour arriver à cette conclusion, la Cour d’appel a examiné le libellé de la Convention contre la torture ainsi que les conditions dont les États-Unis en avaient assorti la ratification. À la page 171, la Cour a fait observer que le Sénat avait voté en faveur d’une condition suivant laquelle [TRADUCTION] « tant la connaissance effective que l’“aveuglement volontaire” répondent à la définition de l’expression “consentement tacite” ». Le Sénat a voté en faveur de cette condition.

[253] Les experts qui ont témoigné ne s’entendent pas sur la question de savoir si, en droit américain, un État est considéré comme n’ayant pas donné son consentement tacite à la torture par des éléments indépendants de l’État lorsqu’il est impuissant à enrayer ou à stopper la torture.

[254] Although neither party provided evidence on Canadian law on these issues, I would refer to the following passage from Lorne Waldman's text *Immigration Law and Practice*, 2nd ed., loose-leaf (Toronto: Butterworths, 2006), Vol. 1, at paragraph 8.26, footnote 2:

It is significant to note that the CAT does require state complicity so that in circumstances where there is no acquiescence on the part of the state to the commission of the acts, but the state is unable to provide protection, the acts will not constitute torture as defined by Article 1 of CAT.

[255] It is in the area of security and CAT protection where there is a significant departure between Canadian and international principles and the approach and practices of the U.S. It was the applicants' contention that refoulement to torture is not prohibited in the U.S. or if prohibited, it is permitted in any event by practice.

[256] The expert evidence is that the U.S. takes a narrow interpretation of the prohibition of refoulement to torture. This is consistent with the U.S. action in putting in a reservation against torture when it ratified the CAT as discussed in paragraph 241.

[257] In respect of this aspect of the interpretation of the international conventions, there is some guidance from the Supreme Court in *Suresh*. The Supreme Court recognized that Article 3 of CAT is an absolute prohibition against deportation to torture. Since CAT is not domestic law, the Supreme Court found that the domestic prohibition was contained in section 7 of the Charter. Because courts are generally loath to make unequivocal statements beyond that which is necessary to decide a case, the Supreme Court went on to speculate that there might someday in some unforeseen circumstance be an "exceptional circumstance" justifying departure from this norm. This is hardly an approval of refoulement to torture.

[254] Bien que ni l'une ni l'autre des parties n'ait soumis d'éléments de preuve au sujet du droit canadien sur ces questions, je cite le passage suivant de l'ouvrage de Lorne Waldman, *Immigration Law and Practice*, 2<sup>e</sup> éd., feuilles mobiles (Toronto : Butterworths, 2006), vol. 1, au paragraphe 8.26, note 2 :

[TRADUCTION] Il convient de signaler que la Convention contre la torture exige effectivement une complicité de l'État, de sorte que lorsqu'il n'y a pas, de la part de l'État, de consentement tacite à la commission des actes mais que celui-ci n'est pas en mesure d'assurer la protection, les actes ne répondent pas à la définition de la torture prévue à l'article premier de la Convention contre la torture.

[255] C'est dans le domaine de la sécurité et de la protection prévue par la Convention contre la torture que l'on constate l'écart le plus marqué entre, d'une part les principes canadiens et internationaux et, d'autre part, la méthode et les usages suivis aux États-Unis. Les demandeurs soutiennent à cet égard que le refoulement vers un pays où le réfugié risque d'être soumis à la torture n'est pas interdit aux États-Unis ou que, s'il est interdit, il est de toute façon autorisé en pratique.

[256] Suivant les témoignages des experts, les États-Unis interprètent de façon restrictive l'interdiction de refoulement vers un pays où il existe un risque de torture, ce qui est compatible avec les réserves relatives à la torture auxquelles les États-Unis ont subordonné la ratification de la Convention contre la torture, ainsi qu'il a été précisé au paragraphe 241.

[257] S'agissant de cet aspect de l'interprétation des conventions internationales, la Cour suprême du Canada a proposé certaines balises dans l'arrêt *Suresh*. La Cour suprême a reconnu que l'article 3 de la Convention contre la torture interdit de façon absolue l'expulsion de toute personne vers un pays où elle risque d'être soumise à la torture. Comme la Convention contre la torture ne fait pas partie du droit interne, la Cour suprême a conclu que le droit interne canadien contenait cette interdiction à l'article 7 de la Charte. Parce que les tribunaux répugnent le plus souvent à faire des déclarations catégoriques qui débordent le cadre de ce qui est nécessaire pour trancher le litige dont ils sont saisis, la Cour suprême a poursuivi en évoquant la possibilité qu'un jour, il puisse se présenter une situation imprévue qui constituerait une

[258] It is evident that Article 3 of CAT is an absolute bar against removal to torture. That prohibition is also part of Canadian law. Canada will not remove a person who is likely to face death (*United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283) or torture (*Suresh*).

[259] The evidence of American law is equivocal. U.S. law authorizes the acceptance of assurances from another country that it will not torture a deportee but neither U.S. law, nor certainly its practice, considers that deportation to a country where torture is a likely occurrence to be an absolute bar to deportation. The CAT prohibits deportation to torture where it is reasonably likely. In other words, a deporting country who knows or ought to know that torture would likely occur cannot deport a person into those circumstances.

[260] While this is not the Maher Arar case and this Court is not trying that case, the Court can take judicial notice of the findings of the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar [*Report of the Events Relating to Maher Arar*, Ottawa: The Commission, 2006] (the Arar Report). Although the U.S. did not participate in those proceedings, it advised the Commission that it complied with Article 3 of CAT.

[261] The facts in the Arar case give one serious cause to doubt that assurance. It may be that the assurance is based on a narrow interpretation of Article 3 but it would be an interpretation which is at odds with Canadian understanding of the obligations under CAT (see IRPA, paragraph 102(2)(b)).

« circonstance exceptionnelle » et qui justifierait de déroger à ce principe. On est loin d'une approbation du refoulement vers un pays qui pratique la torture.

[258] Il est évident que l'article 3 de la Convention contre la torture constitue une interdiction absolue de tout renvoi vers un pays où l'intéressé risque d'être torturé. Cette interdiction fait également partie du droit canadien. Le Canada refuse de renvoyer une personne vers un pays où elle pourrait être passible de la peine de mort (*États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283) ou risquerait d'être soumise à la torture (*Suresh*).

[259] Les éléments de preuve présentés au sujet du droit américain sont équivoques. Le droit des États-Unis permet d'accepter les assurances d'un autre pays que la personne renvoyée ne sera pas torturée, mais ni le droit des États-Unis, ni en tout cas sa pratique, ne considèrent que l'expulsion d'une personne vers un pays où elle sera probablement torturée ne constitue un empêchement absolu à son expulsion. La Convention contre la torture interdit d'expulser une personne vers un pays où elle est raisonnablement susceptible d'être soumise à la torture. En d'autres termes, le pays qui procède à l'expulsion qui sait ou devrait savoir que l'intéressé risque d'être torturé ne devrait pas, dans ces conditions, l'expulser.

[260] Bien qu'il ne s'agisse pas de l'affaire Maher Arar et qu'elle ne soit pas appelée à juger cette affaire, la Cour peut prendre connaissance d'office des conclusions du *Rapport sur les événements concernant Maher Arar* de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar [Ottawa: La Commission, 2006] (le rapport Arar). Bien que les États-Unis n'aient pas participé à cette affaire, ils ont informé la Commission qu'ils s'étaient conformés à l'article 3 de la Convention contre la torture.

[261] Les faits de l'affaire Arar permettent de mettre sérieusement en doute ce type d'assurances. Il se peut que les assurances soient fondées sur une interprétation étroite de l'article 3, mais une telle interprétation irait à l'encontre de l'interprétation que le Canada fait des obligations que la Convention contre la torture met à sa charge (voir l'alinéa 102(2)b) de la LIPR).

[262] Specifically, in this regard, the applicants' submissions and evidence that the U.S. does not comply with Article 3 are credible. Those submissions and evidence are supported by a real life example and therefore more credible than the respondent's evidence. It was unreasonable, given the evidence, for the GIC to conclude that the U.S. meets the standards of Article 3 of CAT.

[263] Further, but standing as a distinct matter, the Arar Report and the circumstances examined should have at the very least caused a thorough and comprehensive review of U.S. practices and policies. It is difficult to understand how or why the obligation to have a continuing review, mandated by subsection 102(3), was not immediately put into operation on an urgent basis. There is no evidence of any such thing occurring.

## VII. FAILURE TO REVIEW

[264] In addition to the matter of the preconditions to the Regulations, the applicants allege that the government has failed to conduct the required reviews of the STCA and the conditions for refugee claimants in the U.S. It is necessary to examine the nature of this duty to determine whether the GIC has complied with its obligations.

[265] Subsection 102(3) of IRPA requires a continuing review of factors in subsection (2). The legislation provides specifically that:

### 102. . . .

(3) The Governor in Council must ensure the continuing review of factors set out in subsection (2) with respect to each designated country.

[266] On October 12, 2004, the GIC adopted Directives for ensuring a continuing review of factors set out in subsection 102(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* with respect to countries designated under paragraph 102(1)(a) of that Act (Directives). The

[262] Plus précisément, les arguments et les éléments de preuve présentés par les demandeurs à ce propos pour démontrer que les États-Unis ne se conforment pas à l'article 3 sont crédibles. Ces arguments et ces éléments de preuve reposent sur un cas authentique et sont donc plus crédibles que les éléments de preuve de la défenderesse. Vu l'ensemble de la preuve, il était donc déraisonnable de la part du gouverneur en conseil de conclure que les États-Unis répondent aux critères de l'article 3 de la Convention contre la torture.

[263] Il convient par ailleurs de signaler une question distincte, en l'occurrence le fait que le rapport Arar et les faits examinés par la Commission auraient à tout le moins dû susciter un examen approfondi et détaillé des politiques et usages des États-Unis. On comprend mal comment ou pourquoi l'obligation imposée par le paragraphe 102(3) d'assurer un suivi n'a pas immédiatement et de toute urgence été mise en œuvre. Il n'y a aucun élément de preuve qui permette de penser qu'une telle mesure a été prise.

## VII. DÉFAUT D'ASSURER UN SUIVI

[264] Outre la question des conditions préalables à l'application du Règlement, les demandeurs allèguent que le gouvernement n'a pas assuré le suivi auquel il était tenu de procéder en ce qui concerne l'Entente et les conditions de détention des demandeurs d'asile aux États-Unis. Il est nécessaire d'examiner la nature de cette obligation pour déterminer si le gouverneur en conseil a rempli ses obligations.

[265] Le paragraphe 102(3) de la LIPR exige un suivi de l'examen des facteurs énumérés au paragraphe (2). La Loi prévoit spécifiquement ce qui suit :

### 102. [. . .]

(3) Le gouverneur en conseil assure le suivi de l'examen des facteurs à l'égard de chacun des pays désignés.

[266] Le 12 octobre 2004, le gouverneur en conseil a adopté les Directives pour assurer le suivi de l'examen des facteurs énoncés au paragraphe 102(2) de la LIPR à l'égard des pays désignés en vertu de l'alinéa 102(1)a) de la LIPR (les Directives). Les Directives n'imposent

Directives do not impose a particular timeline for review but state:

1. The Minister of Citizenship and Immigration shall undertake a review, on a continuous basis, of the factors set out in subsection 102(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* with respect to the countries designated under paragraph 102(1)(a) of that Act.

2. The Minister of Citizenship and Immigration shall report to the Governor in Council on the review undertaken under section 1 on a regular basis, or more often should the circumstances warrant.

[267] Neither the legislation nor the Directives authorize a specific time frame for review. Nor is there a legislated format for review. However, the use of the phrases “continuous” and “regular” suggest that a failure to review in the more than two years raises the issue of whether there has been compliance with the expressed obligation.

[268] In the absence of a specific time frame established in the legislation, such a review must be ongoing consistent with the word “continuing.” This does not necessarily require a minute-by-minute review but it does require a review on a reasonably continuous basis consistent with the facts and circumstances as they develop from time to time.

[269] There has still been no review of the subsection 102(2) factors. The applicants point to the cross-examination of Bruce Scoffield, the principal affiant for the respondent, to support its argument that the respondent cannot provide evidence of a systematic, continuing review of U.S. policies and practices under the Refugee Convention and CAT. The respondent has filed no evidence in its submissions to refute this challenge. As the applicants have pointed out throughout their submissions, numerous changes in U.S. law have arisen since December 2004, not least of which is the Real ID Act upon which several allegations were founded.

pas de délai particulier pour assurer le suivi, mais précisent ce qui suit :

1. Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration doit assurer de façon permanente le suivi des facteurs énumérés au paragraphe 102(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* à l’égard des pays désignés en vertu de l’alinéa 102(1)a) de la Loi.

2. Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration rend régulièrement compte au gouverneur en conseil du suivi assuré conformément à la Loi, et il le fait plus souvent si les circonstances le justifient.

[267] Ni la loi ni les Directives ne prévoient de délais précis pour procéder au suivi. La loi n’impose pas non plus de procédure précise à cet égard. Toutefois, l’emploi des mots « suivi » et « régulier » permet de penser que le défaut d’assurer le suivi pendant plus de deux ans laisse croire que l’obligation imposée n’a pas été respectée.

[268] À défaut de délai précis prévu par la loi, l’examen doit être permanent, comme l’indique l’emploi du mot « suivi », ce qui n’exige pas nécessairement un examen ininterrompu, mais un suivi assez constant pour qu’on puisse tenir compte de l’évolution des faits et de la situation.

[269] Les facteurs énumérés au paragraphe 102(2) n’ont pas encore fait l’objet d’un suivi. Les demandeurs se fondent sur le contre-interrogatoire de Bruce Scoffield, le principal souscripteur d’affidavit de la défenderesse, pour appuyer son argument que la défenderesse n’est pas en mesure de fournir des éléments de preuve démontrant que les politiques et usages des États-Unis ont fait l’objet d’un suivi systématique et permanent en conformité avec la Convention relative aux réfugiés et avec la Convention contre la torture. La défenderesse n’a soumis aucun élément de preuve pour étayer les arguments qu’elle invoque pour réfuter cette assertion. Ainsi que les demandeurs l’ont souligné dans toute leur argumentation, de nombreux changements sont survenus en droit américain depuis décembre 2004, dont un des plus marquants est l’entrée en vigueur de la Real ID Act sur laquelle plusieurs des allégations reposent en l’espèce.

[270] Mr. Scofield states that the Government has made public monthly statistical reports prepared in accordance with UNHCR's monitoring plan, held regular meetings with several NGOs including CCR, and received extensive input that he testified was being taken into account during the review of the Agreement's first year of implementation. However, he makes only a blanket statement that the Minister will report formally to the GIC without specifying a projected timeline. The Minister has not established a review process nor has it reported to the GIC.

[271] The respondent has complied with the requirement at paragraph 8(3) of the STCA for a one-year review by both parties in cooperation with UNHCR; the document was released in November 2006. However, that is not the review mandated by Parliament nor is it sufficient to meet the obligation of continuous review to ensure ongoing compliance.

[272] Although there is no specific instruction in the legislation as to what is to be done following a review, it must be implied that, in the appropriate circumstances, the GIC is required to take the actions outlined in section 159.7 of the STCA Regulations, namely suspension or termination of the STCA.

[273] Reading section 102 as a whole, I conclude that before the STCA Regulations are passed, the GIC must conclude on a reasonable basis that the third country complies with the specific Articles of the Refugee Convention and the Convention Against Torture; when the Regulations are passed, that the third country continues to comply; and when the third country ceases to comply or when evidence becomes available to suggest that the initial conclusion of compliance can no longer stand, the Government either suspends or terminates the STCA.

[274] The purpose of subsection 102(3), at least in part, is to address the fact that new matters may develop, practices and policies of a third country may shift depending on the current administration, and that

[270] M. Scofield affirme que le gouvernement a publié des rapports statistiques mensuels élaborés conformément au plan de surveillance du HCR, a tenu des réunions régulières avec diverses ONG, dont le Conseil canadien pour les réfugiés, et a reçu des observations détaillées dont on a, à ses dires, tenu compte lors de l'examen de la première année de mise en œuvre de l'Entente. Il se contente toutefois d'affirmer en des termes généraux que le ministre rendra officiellement des comptes au gouverneur en conseil sans préciser de délai spécifique. Le ministre n'a pas encore établi de procédure de suivi ou fait rapport au gouverneur en conseil.

[271] La défenderesse s'est conformée à l'exigence prévue au paragraphe 8(3) de l'Entente en ce qui concerne l'examen de la première année en collaboration avec le HCR; le document a été publié en novembre 2006. Il ne s'agit cependant pas du suivi exigé par le législateur fédéral et cette mesure n'est pas suffisante pour remplir l'obligation de suivi nécessaire pour assurer une conformité constante.

[272] Bien que la loi ne renferme pas d'instruction spécifique sur les mesures à prendre une fois le suivi terminé, il faut déduire que, lorsque la situation s'y prête, le gouverneur en conseil est tenu de prendre les mesures énumérées à l'article 159.7 du Règlement mettant en œuvre l'Entente, en l'occurrence la suspension ou la résiliation de l'Entente.

[273] En interprétant l'article 102 comme un tout, je conclus qu'avant de pouvoir prendre un règlement mettant en œuvre l'Entente, le gouverneur en conseil doit conclure, de façon raisonnable, que le pays tiers se conforme à des articles précis de la Convention relative aux réfugiés et de la Convention contre la torture. Une fois le règlement pris, le pays tiers continue à se conformer et lorsque le pays tiers cesse de se conformer ou que des éléments de preuve sont communiqués suivant lesquels la conclusion initiale de conformité ne tient plus, le gouvernement suspend l'Entente ou y met fin.

[274] Le paragraphe 102(3) vise, du moins en partie, à tenir compte de la possibilité que la situation évolue, que les politiques et usages du pays tiers changent selon l'administration en place et que l'opinion initialement

opinions formed initially are not immutable and must be re-examined in the light of more current opinion and other evidence of the third country's actual, rather than claimed, compliance.

[275] On this issue, I find that the GIC has failed to ensure the continuing review of the subsection 102(2) factors.

#### VIII. CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS

[276] The analysis for the applicants' arguments on sections 7 and 15 of the Charter is based on both the U.S. law and practices and policies as well as the manner in which Canada views the operation of the STCA. The standard of review in respect of the Charter is correctness.

##### A. Is the Charter engaged in this situation, even if the substance of the human rights violations occur outside of Canada?

[277] A critical issue raised is whether the Charter applies to refugees sent back to the U.S. according to the STCA, since the Canadian government would no longer be responsible for their refoulement.

[278] In *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at page 202, Justice Wilson stated that section 7 can be asserted by "every human being who is physically present in Canada and by virtue of such presence amenable to Canadian law." According to *Singh*, the word "everyone" in section 7 includes illegal immigrants who wish to make a refugee claim in Canada. This decision provided that every illegal immigrant in Canada claiming to be a refugee was entitled to a hearing.

[279] In *Burns*, above, the Supreme Court of Canada determined that extradition to the U.S. without assurances that the government would not seek the death penalty was contrary to the principles of fundamental justice.

formée ne soit pas immuable et qu'elle doive être réexaminée pour tenir compte des avis plus récents et d'autres éléments de preuve portant sur la conformité effective du pays tiers plutôt que sur sa conformité alléguée.

[275] Sur cette question, je conclus que le gouverneur en conseil n'a pas assuré le suivi de l'examen des facteurs énumérés au paragraphe 102(2).

#### VIII. CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

[276] L'analyse des moyens que les demandeurs tire des articles 7 et 15 de la Charte est fondée tant sur les usages et politiques des États-Unis que sur la conception que le Canada se fait de l'application de l'Entente. La norme de contrôle qui s'applique dans le cas de la Charte est celle de la décision correcte.

##### A. La Charte s'applique-t-elle en l'espèce, même si les violations des droits de la personne se sont essentiellement produites à l'extérieur du Canada?

[277] Une des questions critiques qui se pose en l'espèce est celle de savoir si la Charte s'applique aux réfugiés qui sont renvoyés aux États-Unis conformément à l'Entente, puisque, dans cette hypothèse, le gouvernement canadien ne sera plus responsable de leur refoulement.

[278] Dans l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la page 202, la juge Wilson explique que l'article 7 peut être invoqué par « tout être humain qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujéti à la loi canadienne ». Suivant l'arrêt *Singh*, le mot « chacun » employé à l'article 7 englobe les immigrants illégaux qui demandent l'asile au Canada. Dans cet arrêt, la Cour suprême a déclaré que tout immigrant illégal se trouvant au Canada et qui revendique le statut de réfugié a droit à une audience.

[279] Dans l'arrêt *Burns*, précité, la Cour suprême du Canada a estimé que l'extradition d'une personne aux États-Unis sans assurances que le gouvernement ne réclamerait pas la peine de mort allait à l'encontre des

The Court stated, at paragraph 29, that although the Canadian government would not impose the death penalty itself, “[t]he Minister’s decision [to extradite] is a prior and essential step in a process that may lead to death by execution.” In that case, there was no guarantee that the respondents would be convicted, let alone sentenced to the death penalty. Nonetheless, the Supreme Court determined that sending the accused to the U.S., where they faced a risk of this sentence, was sufficient to engage the Charter.

[280] The situation of a person charged with an offence punishable by death is somewhat analogous to the situation of a refugee claimant who approaches the Canadian border, and whom Canadian immigration officials return to the U.S., where the laws and practice as set out above put him at risk of refoulement.

[281] It is therefore clear that the Charter would apply to a refugee claimant at the Canadian border and under the control of Canadian immigration officials. If Canadian officials return the refugee claimant to the U.S., this action must be in compliance with the Charter.

#### (1) Section 7

[282] Section 7 protects the right to “life, liberty and security of the person” and the right not to be deprived thereof, except in accordance with the principles of fundamental justice.

##### (a) Is a refugee claimant’s life, liberty or security of the person at stake?

[283] Several aspects of U.S. law put genuine refugees at risk of refoulement to persecution and/or refoulement to torture. In *Singh*, the Supreme Court considered whether the possibility of refoulement deprived a claimant of life, liberty or security of the person. The Court stated in concluding that section 7 was so engaged [at pages 205-207]:

principes de justice fondamentale. La Cour a déclaré, au paragraphe 29, que même si ce n’était pas le gouvernement du Canada qui infligerait lui-même la peine de mort, « [l]a décision du ministre [d’extrader] constitue une étape préalable essentielle d’un processus susceptible de mener à la mort par exécution ». Dans cette affaire, il n’y avait aucune garantie que les intimés seraient reconnus coupables, et encore moins condamnés à la peine de mort. La Cour suprême a néanmoins statué que le fait de renvoyer les accusés aux États-Unis, où ils risquaient cette peine, suffisait pour justifier l’application de la Charte.

[280] La situation d’une personne accusée d’un crime pour lequel elle encourt la peine de mort est quelque peu analogue à celle du demandeur d’asile qui se présente à la frontière canadienne et que les fonctionnaires canadiens de l’immigration renvoient aux États-Unis, où les lois et les usages susmentionnés l’exposent à un risque de refoulement.

[281] Il est donc évident que la Charte s’appliquerait au demandeur d’asile qui se présente à la frontière canadienne et qui relèverait des fonctionnaires canadiens de l’immigration. Si les autorités canadiennes retournent le demandeur d’asile aux États-Unis, elles doivent le faire en conformité avec la Charte.

#### 1) Article 7

[282] L’article 7 protège le droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » et précise qu’il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

##### a) Le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité du demandeur d’asile est-il compromis?

[283] Le droit des États-Unis comporte plusieurs aspects qui ont pour effet d’exposer les réfugiés authentiques au risque d’être refoulés vers un pays qui pratique la persécution et/ou la torture. Dans l’arrêt *Singh*, la Cour suprême a examiné la question de savoir si la possibilité de refoulement privait le demandeur d’asile de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. La Cour a déclaré, en conclusion, que l’article 7 trouvait effectivement application [aux pages 205 à 207] :

... it will be recalled that a Convention refugee is by definition a person who has a well-founded fear of persecution in the country from which he is fleeing. In my view, to deprive him of the avenues open to him under the Act to escape from that fear of persecution must, at the least, *impair* his right to life, liberty and security of the person in the narrow sense advanced by counsel for the Minister. The question, however, is whether such an impairment constitutes a “deprivation” under s. 7.

It must be acknowledged, for example, that even if a Convention refugee’s fear of persecution is a well-founded one, it does not automatically follow that he will be deprived of his life or his liberty if he is returned to his homeland. Can it be said that Canadian officials have deprived a Convention refugee of his right to life, liberty and security of the person if he is wrongfully returned to a country where death, imprisonment or another form of persecution *may* await him? There may be some merit in counsel’s submission that closing off the avenues of escape provided by the Act does not *per se* deprive a Convention refugee of the right to life or to liberty. It may result in his being deprived of life or liberty by others, but it is not certain that this will happen.

I cannot, however, accept the submission of counsel for the Minister that the denial of the rights possessed by a Convention refugee under the Act does not constitute a deprivation of his security of the person.

...

For purposes of the present appeal it is not necessary, in my opinion, to consider whether such an expansive approach to “security of the person” in s. 7 of the *Charter* should be taken. It seems to me that even if one adopts the narrow approach advocated by counsel for the Minister, “security of the person” must encompass freedom from the threat of physical punishment or suffering as well as freedom from such punishment itself. I note particularly that a Convention refugee has the right under s. 55 of the Act not to “. . . be removed from Canada to a country where his life or freedom would be threatened. . .”. In my view, the denial of such a right must amount to a deprivation of security of the person within the meaning of s. 7.

[284] Section 7 applies to torture inflicted abroad if there is a sufficient causal connection with Canadian government acts. At paragraph 54 of *Suresh*, the Supreme Court remarks:

[. . .] on se rappellera qu’un réfugié au sens de la Convention est par définition une personne qui craint avec raison d’être persécutée dans le pays qu’elle fuit. À mon avis, si on la prive des moyens que lui offre la Loi d’échapper à cette crainte d’être persécutée, cela a pour effet tout au moins de *porter atteinte* à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne suivant le sens strict proposé par l’avocat du Ministre. Il s’agit cependant de savoir si une telle atteinte constitue une « atteinte » au sens de l’art. 7.

On doit reconnaître, par exemple, que même si un réfugié au sens de la Convention craint avec raison d’être persécuté, il ne s’ensuit pas automatiquement que l’on portera atteinte à sa vie ou à sa liberté s’il est renvoyé dans son pays. Peut-on dire que les fonctionnaires canadiens portent atteinte au droit d’un réfugié au sens de la Convention à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne s’il est renvoyé à tort dans un pays où il *peut* être menacé de mort, d’emprisonnement ou d’une autre forme de persécution? L’argument de l’avocat, selon lequel le refus d’accorder les recours prévus par la Loi ne porte pas atteinte en soi au droit à la vie ou à la liberté que possède un réfugié au sens de la Convention, peut être valable dans une certaine mesure. Il peut en résulter que quelqu’un d’autre porte atteinte à sa vie ou à sa liberté, mais il n’est pas certain que cela se produira.

Toutefois, je ne puis accepter la prétention de l’avocat du Ministre selon laquelle la négation des droits que la Loi confère à un réfugié au sens de la Convention ne constitue pas une atteinte à la sécurité de sa personne.

[. . .]

Pour les fins de l’espèce, il n’est pas nécessaire, à mon avis, de se demander si on doit adopter une interprétation aussi large de l’expression « sécurité de sa personne » employée à l’art. 7 de la *Charte*. Il me semble que même si on adopte l’interprétation stricte préconisée par l’avocat du Ministre, l’expression « sécurité de sa personne » doit englober tout autant la protection contre la menace d’un châtement corporel ou de souffrances physiques, que la protection contre le châtement lui-même. Je constate, en particulier, qu’un réfugié au sens de la Convention a le droit, en vertu de l’art. 55 de la Loi, de ne pas « . . . être renvoyé dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées. . . ». À mon avis, la négation d’un tel droit ne peut que correspondre à une atteinte à la sécurité de sa personne au sens de l’art. 7.

[284] L’article 7 s’applique à la torture infligée à l’étranger s’il existe un lien de causalité suffisant avec les actes du gouvernement canadien. Au paragraphe 54 de l’arrêt *Suresh*, la Cour suprême fait observer ce qui suit :

. . . the guarantee of fundamental justice applies even to deprivations of life, liberty or security effected by actors other than our government, if there is a sufficient causal connection between our government's participation and the deprivation ultimately effected. We reaffirm that principle here. At least where Canada's participation is a necessary precondition for the deprivation and where the deprivation is an entirely foreseeable consequence of Canada's participation, the government does not avoid the guarantee of fundamental justice merely because the deprivation in question would be effected by someone else's hand. [Emphasis added.]

[285] It is therefore quite clear that the life, liberty and security of refugees is put at risk when Canada returns them to the U.S. under the STCA if the U.S. is not in compliance with CAT and the Refugee Convention. The law in the U.S. with respect to gender claims and the material support bar, along with the other issues found to be contrary to the Convention, make it "entirely foreseeable" that genuine claimants would be refouled. The situation is potentially even more egregious in respect of refoulement to torture. A refugee, by his/her very nature, is fleeing a threat to his/her life, liberty or security, and a risk of return to such conditions would surely engage section 7. There is sufficient causal connection between Canada and the deprivation of those rights by virtue of Canada's participation in the STCA.

(b) Principles of fundamental justice

[286] A further step in a section 7 analysis is to determine whether the deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. The applicants assert several principles of fundamental justice are applicable to this case. According to the applicants, non-refoulement itself is a principle of fundamental justice. The applicants also argue that the STCA violates the following principles: arbitrariness/lack of discretion and overbreadth of legislation, arbitrary detention, right to counsel and right to review.

[. . .] la garantie relative à la justice fondamentale s'applique même aux atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui sont le fait d'acteurs autres que le gouvernement canadien, à condition qu'il existe un lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l'atteinte qui survient en bout de ligne. Nous réaffirmons ce principe en l'espèce. À tout le moins, dans les cas où la participation du Canada est un préalable nécessaire à l'atteinte et où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne, le gouvernement ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale uniquement parce que l'atteinte en cause serait le fait d'autrui. [Non souligné dans l'original.]

[285] Il est donc tout à fait évident que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des réfugiés est compromis lorsque le Canada les renvoie aux États-Unis en vertu de l'Entente si les États-Unis ne se conforment pas à la Convention contre la torture et à la Convention relative aux réfugiés. Les règles de droit qui existent aux États-Unis en ce qui concerne les demandes d'asile fondées sur le sexe et en ce qui concerne l'interdiction touchant le soutien matériel, sans compter les autres aspects jugés contraires à la Convention, font en sorte qu'il est « tout à fait prévisible » que des demandeurs d'asile authentiques seraient refoulés. La situation est peut-être encore plus flagrante dans le cas du refoulement du réfugié vers un pays où il risque d'être soumis à la torture. Par définition, le réfugié fuit une menace à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité et le risque d'être renvoyé dans un pays où il serait exposé à pareille situation fait certainement entrer en jeu l'article 7. Il existe un lien de causalité suffisant entre le Canada et la négation des droits en question du fait de la participation du Canada à l'Entente.

b) Principes de justice fondamentale

[286] L'étape suivante, dans une analyse fondée sur l'article 7, consiste à déterminer si l'atteinte a été portée en conformité avec les principes de justice fondamentale. Les demandeurs affirment que plusieurs principes de justice fondamentale s'appliquent en l'espèce. Selon les demandeurs, le non-refoulement est en lui-même un principe de justice fondamentale. Les demandeurs soutiennent également que l'Entente viole les principes suivants : caractère arbitraire/absence de pouvoir discrétionnaire et portée trop grande de la loi, détention

[287] I will first deal with the proposed principles of fundamental justice that are not applicable in this situation. First, it is not necessary to determine whether non-refoulement stands on its own as a principle as fundamental justice, as the Charter arguments can be dealt with in another manner.

[288] Next, the CBSA officer's initial decision at the port of entry that a claimant does not fall under one of the exceptions to the STCA will be reviewed by the Minister's delegate who makes the final decision. Judicial review is also available. I disagree with the applicants' position that this is a highly complex determination at which counsel must be present. I agree with the respondent that because this is not a final determination about the person's status as a refugee, but simply a determination of where the person can claim status, there is no absolute right to counsel. In any case, it appears that counsel is generally permitted.

[289] I could not find, based on the evidence provided to me, that claimants returned to the U.S. under the STCA will be subject to excessive or unfair detention in the U.S., so this principle is irrelevant to the case. The fact that the claimant may ultimately be unfairly detained in the home country or subject to persecution or torture is dealt with earlier in these reasons.

[290] It is in the area of arbitrariness and lack of discretion where the principles of fundamental justice collide with the operation of the STCA.

(c) Arbitrariness/lack of discretion

[291] As noted earlier, a Canadian immigration officer retains no discretion to allow a claimant into Canada

arbitraire, droit de consulter un avocat et droit de révision.

[287] Je vais d'abord traiter des principes de justice fondamentale proposés qui ne s'appliquent pas au cas qui nous occupe. Premièrement, il n'est pas nécessaire de décider si le non-refoulement constitue à lui seul un principe de justice fondamentale, car il est possible d'aborder autrement les moyens tirés de la Charte.

[288] Ensuite, la décision initiale de l'agent de l'ASFC au point d'entrée suivant laquelle le demandeur d'asile ne tombe sous le coup d'aucune des exceptions prévues à l'Entente sera révisée par le délégué du ministre, qui prendra la décision définitive. Il est également possible de demander le contrôle judiciaire de cette décision. Je ne suis pas d'accord avec les demandeurs pour dire qu'il s'agit d'une décision très complexe qui exige la présence de l'avocat. Je conviens avec la défenderesse que, comme il ne s'agit pas d'une décision définitive au sujet du statut de réfugié de l'intéressé mais simplement d'une décision portant sur le lieu où il peut demander l'asile, le droit de consulter un avocat n'est pas absolu. En tout état de cause, il semble qu'il soit en règle générale permis de consulter un avocat.

[289] Vu l'ensemble de la preuve dont je dispose, je ne puis conclure que les demandeurs d'asile renvoyés aux États-Unis en vertu de l'Entente feront l'objet d'une détention excessive ou injuste aux États-Unis. Ce principe ne s'applique donc pas en l'espèce. La question des risques que le demandeur d'asile soit en fin de compte détenu illégalement dans son pays d'origine ou qu'il soit soumis à la persécution ou à la torture a déjà été traitée dans les présents motifs.

[290] C'est dans le domaine du caractère arbitraire et de l'absence de pouvoir discrétionnaire que les principes de justice fondamentale entrent en conflit avec l'application de l'Entente.

c) Caractère arbitraire/absence de pouvoir discrétionnaire

[291] Ainsi qu'il a déjà été signalé, l'agent d'immigration canadien ne dispose d'aucune latitude qui

after determining that the claimant does not fit one of the very narrow exceptions to the STCA. The applicants argue that this leads to arbitrary results which do not take the individual claimant's circumstances into account.

[292] For purposes of analysis, it is appropriate to compare how safe third country agreements have been applied in practice in Canada, the U.S. and the U.K. and determine whether some discretion must remain with immigration officers to allow a claim to be made in Canada in order to satisfy the requirements of fundamental justice.

(i) Canada

[293] The provision under which individualized discretion could be afforded is Article 6 of the STCA, which provides as follows:

ARTICLE 6

Notwithstanding any provision of this Agreement, either Party may at its own discretion examine any refugee status claim made to that Party where it determines that it is in its public interest to do so.

[294] The one-year review report [*A Partnership for Protection: Year One Review*, November 2006] by the Canadian government describes how Canada interprets Article 6, at pages 35 and 36. The report states, at page 35 that:

Canada does not apply it on a case-by-case basis but rather as a means to achieve an articulated public good or outcome.

[295] The government opted for a regulatory mechanism to codify examples of when the public interest exception should be exercised. According to the report, the advantage of defining categories in the Regulations rather than in the guidelines is that regulations provide for maximum transparency and objective decision making. It is not possible to define all situations where the

lui permettrait d'admettre au Canada un demandeur d'asile après avoir déterminé que ce dernier ne tombe sous le coup d'aucune des exceptions étroitement délimitées de l'Entente. Les demandeurs plaident que cet état de fait conduit à des résultats arbitraires qui ne tiennent pas compte de la situation particulière du demandeur d'asile.

[292] Pour les fins de l'analyse, il est utile de comparer comment les ententes sur les pays tiers sûrs sont appliqués en pratique au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni et de déterminer si les agents d'immigration devraient conserver une certaine latitude pour permettre la présentation d'une demande d'asile au Canada pour répondre aux exigences de la justice fondamentale.

i) Le Canada

[293] La disposition en vertu de laquelle un pouvoir discrétionnaire individualisé pourrait être conféré aux agents d'immigration est l'article 6 de l'Entente, qui stipule :

ARTICLE 6

Par dérogation à toute autre disposition du présent accord, l'une des parties, ou l'autre, peut, à son gré, décider d'examiner toute demande du statut de réfugié qui lui a été faite si elle juge qu'il est dans l'intérêt public de le faire.

[294] Le rapport d'examen de la première année publié par le gouvernement canadien explique, aux pages 35 et 36, comment le Canada interprète l'article 6. Voici ce qu'on trouve à la page 35 [*Partenariat pour la protection : Examen de la première année*, novembre 2006] :

Le Canada l'applique non pas au cas par cas, mais bien comme moyen de réaliser un objectif ou d'obtenir un résultat lié au bien collectif.

[295] Le gouvernement a opté pour un mécanisme de réglementation en vue de codifier des exemples de situations où l'exception relative à l'intérêt public devrait être appliquée. Suivant le rapport, la définition de catégories dans le Règlement est plus avantageuse que l'établissement de lignes directrices, car un règlement procure un maximum de transparence et d'objectivité

public interest exception should be exercised. Thus, in order to respond to new or extraordinary circumstances, including those relating to concerns for the safety of individuals in the U.S. which engage the public interest, the guidelines could be used as an interim measure, until the Regulations are amended. The current Regulations codify public interest exceptions in two situations: (1) persons subject to the death penalty; and (2) nationals of countries with stay of removals under subsection 230(1) of IRPA. Thus, Canada interprets the public interest exception as operating to allow for temporary categorical exceptions in the interim until they can be incorporated formally in the Regulations. Furthermore, the report states, at page 36 that:

Any future regulatory amendments would need to be similarly based on policy considerations generally relevant beyond individual cases, no matter how compelling.

[296] The UNHCR recommended broadening the interpretation to include, for example, vulnerable persons who do not fall under any of the exceptions to the Agreement.

[297] In the June 2006 Monitoring Report [*Monitoring Report: Canada–United States “Safe Third Country” Agreement, 29 December 2004–28 December 2005*], UNHCR noted, at page 36 that “[t]he public interest provision in Article 6 is interpreted in a way that leaves little room for discretion.” Thus, UNHCR recommended at Recommendation 13.0:

*Recommendation 13.0:* There are cases that fall outside the Agreement but that would otherwise warrant exceptional consideration. The interpretation of Article 6 should permit sufficient flexibility to allow for the consideration of certain cases based on the public interest provision of the Agreement. For example, vulnerable individuals who would not normally be eligible under an exception but who nevertheless warrant special consideration because of their vulnerability (e.g. victims of torture, disabled claimants, the elderly, etc.) should be deemed eligible for consideration under Article 6.

décisionnelle. Il est impossible de définir toutes les situations où l’exception relative à l’intérêt public devrait être appliquée. Ainsi, pour réagir efficacement à des situations nouvelles ou extraordinaires, y compris celles où l’on se préoccupe de la sécurité d’une personne aux États-Unis, et où l’intérêt public entre en jeu, les lignes directrices pourraient être utilisées à titre de mesures provisoires, en attendant que le Règlement soit modifié. Le Règlement actuel autorise le recours à l’exception relative à l’intérêt public dans deux situations particulières : 1) personnes accusées d’un crime qui pourrait leur valoir la peine de mort ; 2) ressortissants de pays à l’égard desquels le ministre a imposé un sursis aux mesures de renvoi aux termes du paragraphe 230(1) de la LIPR. Ainsi, le Canada interprète l’exception relative à l’intérêt public comme une mesure permettant de recourir, à titre provisoire, à des exceptions temporaires par catégories en attendant qu’elles soient incorporées officiellement dans le Règlement. Par ailleurs, le rapport déclare, à la page 36 :

Toute future modification réglementaire devra également être fondée sur des considérations stratégiques dont la pertinence va généralement au-delà de cas particuliers, quel qu’en soit son intérêt.

[296] Le HCR a recommandé d’élargir la portée de l’interprétation de manière à englober, par exemple, les personnes vulnérables qui ne sont visées par aucune des exceptions à l’Entente.

[297] Dans son rapport de surveillance de juin 2006 [*Rapport de surveillance: Entente sur les pays sûrs entre le Canada et les É.-U. 29 décembre 2004–28 décembre 2005*], le HCR signale, à la page 36 : « À l’article 6, la disposition concernant l’intérêt public est interprétée d’une manière qui ne laisse que peu de latitude », d’où la recommandation 13.0 du HCR :

*Recommandation 13.0:* Il y a des cas qui échappent aux dispositions de l’Entente, mais qui justifient d’autre part l’application de mesures exceptionnelles. L’interprétation de l’article 6 devrait offrir suffisamment de latitude pour permettre de prendre en considération certains cas en vertu de la disposition de l’Entente concernant l’intérêt public. À titre d’exemple, les personnes vulnérables qui, en temps normal, ne seraient visées par aucune des exceptions, mais dont le cas particulier justifierait néanmoins d’être pris en considération en raison de leur vulnérabilité (par ex. les victimes de torture,

[298] In sum, Canada’s interpretation of Article 6 leaves no room for a case-by-case discretionary analysis. The U.S. interprets Article 6 in an entirely different fashion.

(ii) The United States

[299] The U.S. position on Article 6 is that it retains discretion in its interpretation of the STCA and its application on a case-by-case basis.

[300] Under INA § 208(a)(2)(A), a person cannot apply for asylum where the alien is subject to the STCA, “unless the Attorney General [now deemed to be the Secretary of Homeland Security for purposes of this provision] finds that it is in the public interest for the alien to receive asylum in the United States” (emphasis added).

[301] The process in the U.S., as described in the one-year review report, unfolds as follows. For an offensive claim, an asylum officer conducts a threshold screening interview to determine whether the applicant is eligible for credible fear screening or is subject to removal to Canada under the STCA. Threshold screening determinations are subject to review by both a supervisory asylum officer and Headquarters Asylum Division (HQASM). There are thus three layers of independent consideration, and no other further review. Where there is a defensive claim, immigration judges determine whether asylum seekers fall under the STCA and whether they can establish an exception to the STCA.

les demandeurs d’asile ayant une limitation fonctionnelle, les gens âgés, etc.), devraient être jugées admissibles à un examen de leur demande en vertu de l’article 6.

[298] En somme, l’interprétation que le Canada fait de l’article 6 ne laisse place à aucune analyse fondée sur l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire dans des cas particuliers. Les États-Unis interprètent l’article 6 d’une manière entièrement différente.

ii) Les États-Unis

[299] S’agissant de l’article 6, les États-Unis tiennent à conserver toute la latitude possible en ce qui concerne l’interprétation de l’Entente et son application à des cas individuels.

[300] Aux termes de la § 208(a)(2)(A) de la INA, l’étranger visé par l’Entente ne peut présenter une demande d’asile [TRADUCTION] « à moins que le procureur général [maintenant réputé être le Secrétaire à la Sécurité intérieure pour l’application de la présente disposition estime qu’il est dans l’intérêt public d’octroyer l’asile aux États-Unis à l’étranger en question » (non souligné dans l’original).

[301] Voici comment se déroule la procédure suivie aux États-Unis, telle qu’elle est décrite dans le rapport d’examen de la première année. Dans le cas d’une demande affirmative, avant de déterminer si la crainte d’être persécuté ou torturé du demandeur est crédible, l’agent responsable des demandes d’asile procède à une entrevue dans le cadre du contrôle préliminaire afin de déterminer si le demandeur est admissible à un examen portant sur la crédibilité de la crainte ou s’il doit être renvoyé au Canada en vertu de l’Entente. Un agent superviseur responsable des demandes d’asile et la Headquarters Asylum Division (HQASM) examinent toutes les décisions découlant des contrôles préliminaires. Trois instances indépendantes évaluent donc toutes les décisions, qui ne font l’objet d’aucun autre examen par la suite. Dans le cas d’une demande défensive, un juge de l’immigration détermine si le demandeur d’asile est visé par l’Entente et s’il peut invoquer une exception à l’Entente.

[302] The one-year review report discusses the retention of discretion at page 68. During the threshold screening interview, if the asylum officer determines that no other exception applies, the Asylum Officer asks the applicant for any other reasons why he or she wishes to pursue an asylum claim in the U.S. instead of Canada, and considers whether a public interest exception applies to the individual case. The report notes that in the U.S., a determination of a public interest exception is made on a case-by-case basis. The Report lists several categorical areas in which a person might claim such an exception, including humanitarian concern, the existence of minor anchor relatives, past torture, and health needs, along with other relevant circumstances, on a case-by-case basis. If an asylum officer believes a public interest exception applies, he or she makes a recommendation to the Director of the Office of Refugee, Asylum and International Operations. HQASM coordinates the final determination of the exception.

[303] With respect to the U.S. approach, the UNHCR stated, at page 64 of the June 2006 Monitoring Report that:

UNHCR appreciates CIS' policy of exploring asylum-seekers' eligibility for the public interest exception in cases where they do not clearly establish eligibility under the other exceptions to the Agreement. UNHCR also appreciates CIS' stated willingness to consider a variety of humanitarian factors when deciding eligibility under the public interest exception.

[304] Thus, it appears that the U.S. retains discretion to apply the provisions of the STCA where Canada does not. It can be fairly argued that Canada has abdicated its international and domestic responsibilities towards potential refugees in favour of the administrative convenience of passing back to the U.S. the responsibility for assessing those refugee claims. From a public policy perspective, it may be advantageous to do so since the vast bulk of these prospective refugees are inbound to Canada not *vice versa*. This administrative convenience

[302] Le rapport d'examen de la première année examine, à la page 68, la latitude conservée par les États-Unis en la matière. Durant l'entrevue du contrôle préliminaire, si l'agent responsable des demandes d'asile détermine qu'aucune autre exception ne s'applique, il invite le demandeur à lui dire s'il a d'autres raisons pour lesquelles il souhaite présenter une demande d'asile aux États-Unis plutôt qu'au Canada, afin de déterminer si l'exception relative à l'intérêt public s'applique. Le rapport signale qu'aux États-Unis on établit qu'une demande constitue une exception au nom de l'intérêt public au cas par cas. Le rapport cite plusieurs exemples de cas où une personne pourrait revendiquer une telle exception, notamment en invoquant des considérations humanitaires, la présence de mineurs membres de la famille aux États-Unis, des antécédents de torture et des besoins de santé. Ce sont quelques facteurs dont on peut tenir compte lorsqu'on décide de l'admissibilité à une exception relative à l'intérêt public prévue à l'Entente, au cas par cas. Si un agent des demandes d'asile croit qu'il est dans l'intérêt public d'accepter un demandeur, il envoie une recommandation au directeur de l'Office of Refugee, Asylum and International Operations. La HQASM coordonne la décision finale visant l'exception.

[303] En ce qui concerne l'approche américaine, le HCR déclare, à la page 64 du rapport de surveillance de juin 2006 :

Le HCR loue la politique du CIS qui consiste à vérifier l'admissibilité en vertu de l'exception relative à l'intérêt public lorsque le demandeur d'asile ne peut établir la recevabilité de sa demande en vertu des autres exceptions de l'Entente. Le HCR loue également la volonté du CIS de prendre en compte une variété de facteurs humanitaires lorsqu'il décide de la recevabilité de la demande en vertu de l'exception relative à l'intérêt public.

[304] Il semble donc que les États-Unis conserve toute la latitude voulue pour appliquer les dispositions de l'Entente alors que ce n'est pas le cas du Canada. On pourrait soutenir, sans trop de risque de se tromper, que le Canada s'est dérobé à ses obligations internationales et internes envers les éventuels réfugiés et qu'il a jugé plus commode sur le plan administratif, de refiler aux États-Unis la charge d'évaluer ces demandes d'asile. Du point de vue de l'intérêt public, il peut être avantageux d'agir de la sorte, étant donné que l'immense majorité

does not overshadow the individual rights and no section 1 evidence has been adduced to justify the Canadian position under section 1 of the Charter.

(iii) The United Kingdom

[305] Professor Greenwood provides a very thorough analysis of the evolution of the U.K. legislation. His analysis suggests that there is no discretion retained by U.K. officials in determining whether to certify that a person should be returned to a safe country in situations similar to the situation under the Canada/U.S. agreement. The only time the U.K. must make an individualized assessment is when there is no pre-existing treaty or regulatory framework designating a country as safe.

[306] The U.K. does not enjoy the benefits and burdens of a charter of rights and freedoms.

(d) Does the Charter require individualized consideration?

[307] The Supreme Court has held that a lack of discretion can render a provision arbitrary, and has discussed the merits of allowing a front line decision maker some discretion in applying laws which deprive an individual of their life, liberty or security of the person. In *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, the accused argued that the fact that offenders could be treated differently because of the prosecutor's discretion about whether or not to make an application to declare an accused a dangerous offender was unconstitutionally arbitrary. At page 348, the Court stated that the absence of this discretion would render the law's application arbitrary because the Crown would be required to seek the declaration in every case, regardless of whether or not it was warranted.

des réfugiés éventuels en cause cherchent à entrer au Canada et non le contraire. Cette commodité administrative n'éclipse pas les droits individuels et aucun élément de preuve n'a été présenté en vertu de l'article premier pour justifier la position du Canada au regard de l'article premier de la Charte.

iii) Le Royaume-Uni

[305] Le professeur Greenwood offre une analyse très approfondie de l'évolution du droit du Royaume-Uni. Son analyse permet de penser que les autorités britanniques ne conservent aucune latitude pour déterminer s'il convient de certifier qu'une personne devrait être refoulée vers un pays sûr dans des situations semblables à celles visées par l'entente conclue entre le Canada et les États-Unis. Le seul moment où le Royaume-Uni doit procéder à une évaluation individualisée est lorsqu'il n'existe pas déjà de traité ou de cadre de réglementation désignant un État comme étant un pays sûr.

[306] Le Royaume-Uni ne jouit pas des avantages d'une charte des droits et libertés et n'a pas à composer avec ses inconvénients.

d) La Charte exige-t-elle un examen individualisé?

[307] La Cour suprême a jugé que l'absence de latitude peut rendre une disposition arbitraire, et elle a discuté de l'opportunité de laisser une certaine marge de manœuvre au décideur de première ligne lorsqu'il s'agit d'appliquer des lois qui portent atteinte au droit d'une personne à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. Dans l'affaire *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, l'accusé plaidait que le fait que les contrevenants pouvaient être traités différemment en raison du pouvoir discrétionnaire dont jouissait le poursuivant quant à la décision de présenter ou non une demande visant à faire déclarer l'accusé délinquant dangereux présentait un caractère arbitraire inconstitutionnel. À la page 348, la Cour a déclaré que c'était, au contraire, l'absence d'un tel pouvoir discrétionnaire qui, bien souvent, rendrait arbitraire l'application de la loi, étant donné que le ministère public se verrait dans l'obligation de demander

[308] The most relevant pronouncement on this issue is *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933. The accused challenged sections of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] which required that a person found not guilty by reason of insanity be detained. No discretion was given to the trial Judge, so detention was mandatory in every case. The accused argued that his rights were infringed because of automatic detention without any consideration of the necessity for detention in each particular case.

[309] Chief Justice Lamer found that automatic detention without any sort of hearing was not in accordance with the principles of fundamental justice, and was therefore in breach of the procedural aspect of section 7. He also concluded that the impugned provision was arbitrary detention within the meaning of section 9 because it provided no rational standard for determining which acquitteds should be detained and which should not. The effect of the scheme was that people who were not dangerous would be detained automatically. Chief Justice Lamer appears to have regarded the scheme as an infringement of section 7 as well, since he notes that section 9, concerning arbitrary detention, is simply an illustration of the general protection given in section 7.

[310] The facts of the case at bar are analogous to *Swain*. The STCA, in its application to an individual, may be “overbroad” or “arbitrary” because it applies to individuals who may be placed at risk if sent back to the U.S. and grants no discretion to the immigration officer to allow a person to make a claim in Canada where such risk exists. The analysis of the state of U.S. law, practices and policies indicates that it is not safe for all refugee claimants. Some discretion in the hands of the front line immigration official would protect refugees who would otherwise be exposed to risk of contravention of Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture or who for other individual circumstances should not be returned to the U.S.

cette déclaration dans tous les cas, peu importe que cette mesure soit justifiée ou non.

[308] La décision la plus pertinente sur cette question est l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933. L'accusé contestait des articles du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34] qui exigeaient la détention de toute personne acquittée pour cause d'aliénation mentale. Le juge du procès ne disposait d'aucun pouvoir discrétionnaire, de sorte qu'il devait ordonner la détention dans tous les cas. L'accusé soutenait que ses droits étaient bafoués parce que la détention était automatiquement ordonnée sans examen de la nécessité de la détention dans chaque cas particulier.

[309] Le juge en chef Lamer a conclu que la détention automatique sans audience de quelque sorte que ce soit n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale et qu'elle contrevenait donc à l'aspect procédural de l'article 7. Il a également conclu que la disposition contestée constituait une détention arbitraire au sens de l'article 9 parce qu'elle ne comportait aucun critère rationnel permettant de déterminer, parmi les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale, lesquelles devraient être détenues et lesquelles devraient être libérées. En raison de ces dispositions, des personnes qui n'étaient pas dangereuses seraient détenues automatiquement. Le juge en chef Lamer semble avoir considéré que ce régime contrevenait aussi à l'article 7, car il signale que l'article 9, qui porte sur la détention arbitraire, est une illustration de la protection générale accordée par l'article 7.

[310] Les faits de la présente espèce sont analogues à ceux de l'affaire *Swain*. L'Entente peut, lorsqu'elle s'applique à une personne déterminée, avoir une « portée trop large » ou être « arbitraire » parce qu'elle s'applique à des individus qui peuvent être exposés à un risque s'ils sont renvoyés aux États-Unis. L'Entente ne reconnaît à l'agent d'immigration aucun pouvoir discrétionnaire qui lui permettrait de laisser quelqu'un présenter une demande d'asile au Canada si un tel risque existe. Il ressort de l'analyse de l'état du droit et des usages et politiques des États-Unis que ce pays n'est pas sûr pour tous les demandeurs d'asile. Reconnaître un certain pouvoir discrétionnaire au fonctionnaire de l'immigration de première ligne protégerait des réfugiés qui seraient

[311] I need not decide whether the Charter would be engaged in any event if the U.S. was a safe country but one would be concerned about the lack of a case-by-case process in that event as well.

[312] There is a further aspect of arbitrariness which affects both section 7 and section 15; the limitation of the STCA to those arriving by land. While there may be good practical reasons for the distinction (it was suggested that traceability to ensure that the person truly arrived from the U.S. is one), there is no section 1 justification advanced. Indeed, with respect to the traceability of a person whose last stop before Canada was the United States, flights from U.S. points would provide at least the same degree of assurance of origin as transportation over land.

[313] Two people, in the identical refugee situation, receive vastly different treatment and protection. One transiting the U.S. from their home country makes the last part of the journey by land to Canada, is immediately returned to the U.S. without the benefit of being able to make a refugee claim. The other transits the U.S. and makes the last part of the journey on a non-stop flight originating in the U.S., and receives the full panoply of Canadian protection.

[314] The situation raises issues under section 7 and section 15 and is more fully discussed in the analysis below.

autrement exposés au risque de contravention à l'article 33 [de la Convention relative aux réfugiés] et à l'article 3 [de la Convention contre la torture] ou qui, en raison d'autres aspects de leur situation personnelle, ne devraient pas être refoulés aux États-Unis.

[311] Il n'est pas nécessaire que je me prononce sur la question de savoir si la Charte s'appliquerait en tout état de cause si les États-Unis étaient un pays sûr, mais même là, on aurait raison de s'inquiéter de l'absence de procédure permettant un examen au cas par cas.

[312] Il y a un autre aspect du caractère arbitraire qui touche tant à l'article 7 qu'à l'article 15, en l'occurrence le fait que l'Entente ne s'applique qu'à ceux qui arrivent par voie terrestre. Bien qu'il puisse exister de bonnes raisons pratiques qui justifient pareille distinction (on a avancé notamment qu'on était ainsi en mesure de vérifier si l'intéressé arrivait réellement des États-Unis), aucune justification fondée sur l'article premier n'a été avancée. D'ailleurs, en ce qui concerne le fait de pouvoir retracer une personne dont le dernier arrêt avant d'arriver au Canada était les États-Unis, les vols en provenance de villes américaines fournirait au moins une assurance quant à l'origine qui serait au moins aussi solide que dans le cas du transport terrestre.

[313] Force est de constater que deux personnes se trouvant dans la même situation en tant que réfugiés font l'objet d'un traitement et d'une protection radicalement différents. Celle qui transite par les États-Unis en provenance de son pays d'origine et qui effectue le dernier segment de son voyage par voie terrestre pour finalement arriver au Canada est refoulée sur-le-champ aux États-Unis sans avoir eu la possibilité de demander l'asile. L'autre, qui transite par les États-Unis et qui effectue le dernier segment de son voyage par un vol sans escale provenant des États-Unis a droit à toute la panoplie des mesures de protection du Canada.

[314] Cette situation soulève des questions quant à l'application de l'article 7 et de l'article 15. Nous y reviendrons plus en détail dans l'analyse qui suit.

(2) Section 15

[315] The applicants argue that the application of the STCA discriminates against refugees and non-citizens, because other groups are given an opportunity to have a hearing in Canada. The applicants allege that women and minorities will be disproportionately impacted because of the one-year bar and because of how gender-based claims are treated in the U.S. Colombians are also disproportionately affected by the material support bar since Colombians are more likely to have been extorted by a terrorist organization than other nationals.

[316] According to the Supreme Court of Canada's section 15 jurisprudence, the equality guarantees of section 15 are aimed at preventing the "violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration"; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at paragraph 51.

[317] As first outlined in *Law*, discrimination can be identified through a three-step test.

1. Did the law, program, or activity impose differential treatment between the claimant and a comparator group? That is, was a distinction created between the groups in purpose or effect?

2. If so, was the differential treatment based on enumerated or analogous grounds?

2) Article 15

[315] Les demandeurs soutiennent que la façon dont l'Entente est appliquée a pour effet d'établir une discrimination à l'égard des réfugiés et des non-citoyens, parce que d'autres groupes se voient accorder la possibilité d'obtenir une audience au Canada. Les demandeurs allèguent que les femmes et les minorités subiront des conséquences disproportionnées en raison du délai de prescription d'un an et de la suite donnée aux États-Unis aux demandes d'asile fondées sur le sexe. L'interdiction d'accès au territoire américain frappant les personnes qui procurent un soutien matériel est également susceptible de faire subir des effets préjudiciables disproportionnés aux Colombiens, étant donné que ces derniers sont davantage susceptibles que les autres nationaux d'être victimes d'extorsion de la part d'organisations terroristes.

[316] Selon la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur l'article 15, les garanties d'égalité consacrées à l'article 15 ont pour objet « d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes, et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération » (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au paragraphe 51).

[317] Dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême a proposé la démarche en trois étapes suivantes pour conclure à l'existence d'une discrimination :

1. La loi, le programme ou l'activité ont-ils pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et le groupe de comparaison? Autrement dit, de par leur objet ou leurs effets, la loi, le programme ou l'activité ont-ils créé une distinction entre les groupes en question?

2. Dans l'affirmative, la différence de traitement était-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

3. If so, did the law in question have a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee?

(a) Does the law impose differential treatment between the claimants and a comparator group?

[318] The first question in the *Law* framework is whether the impugned law draws a formal distinction or fails to take into account the claimant's already disadvantaged position within society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics.

[319] The applicants propose the following comparator group: persons seeking protection of their fundamental human rights in the Canadian justice system, including citizens and non-citizens. The respondent suggests that the appropriate comparator group is refugee claimants arriving in Canada at a port of entry other than a land border.

[320] An appropriate comparator group shares all of the claimant's characteristics except for the enumerated or analogous personal characteristic which is the alleged ground of discrimination; *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, [2004] 3 S.C.R. 357. In *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657, the claimants argued that the government discriminated against autistic people because it covered all medically necessary services provided by physicians, and some services by non-physicians, but not medically necessary autism therapy. The Supreme Court selected a very narrow comparator group: those who were receiving comparable novel therapies, as opposed to people receiving medically necessary therapy.

3. Dans l'affirmative, La loi en question a-t-elle un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité?

a) La loi impose-t-elle une différence de traitement entre les demandeurs d'asile et un groupe de comparaison?

[318] La première question à laquelle il faut répondre, selon la démarche proposée dans l'arrêt *Law*, est celle de savoir si la loi contestée établit une distinction formelle entre les demandeurs et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles ou si elle omet de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle les demandeurs d'asile se trouvent déjà.

[319] Les demandeurs proposent le groupe de comparaison suivant : les personnes — y compris les citoyens et les non-citoyens — qui cherchent à faire protéger leurs droits de la personne fondamentaux au sein du système judiciaire canadien. La défenderesse estime pour sa part que le groupe de comparaison approprié est celui qui est constitué des demandeurs d'asile qui se présentent à un point d'entrée canadien autre qu'une frontière terrestre.

[320] Le groupe de comparaison approprié présente les mêmes caractéristiques que les demandeurs d'asile sauf pour les caractéristiques personnelles énumérées ou analogues constituant le motif de discrimination allégué (*Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357). Dans l'arrêt *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657, les demandeurs d'asile affirmaient que le gouvernement faisait subir un traitement discriminatoire aux personnes souffrant d'autisme parce qu'il assurait le financement de tous les services médicaux nécessaires fournis par des médecins, de même que certains services offerts par d'autres personnes que des médecins, tout en refusant de financer les services médicalement requis pour soigner les personnes autistes. La Cour suprême a retenu un groupe de comparaison très restreint, en l'occurrence les personnes à qui étaient destinées d'autres thérapies nouvelles comparables par opposition aux personnes qui recevaient une thérapie médicalement requise.

[321] In that case, as in this one, the selection of the comparator group may be determinative. *Auton* suggests a narrow approach to defining a comparator group. The applicants argue that *Auton* should be distinguished because it concerned a new benefit, whereas this case concerns a well-recognized obligation. I do not see how we can distinguish a ruling about the appropriate approach to comparator groups on that basis.

[322] I find the respondent's choice of comparator group is more appropriate, but not ideal. Refugee claimants entering Canada otherwise than at a land border share most of the characteristics of the persons subject to the STCA, except that they are not subject to the STCA. However, this comparator group does not touch on the real issues at stake in this case in that it specifically ignores the very different treatment of female claimants arriving at land borders compared to male claimants. It also ignores differential treatment based on nationality.

[323] Women and certain nationals are affected more harshly than other refugee claimants covered by the STCA. I note that the respondent's statistics on the acceptance rates for Colombians, for example, is not a clear indication that these individuals would not suffer disproportionately under the STCA. There may be a high acceptance rate because conditions in Colombia are especially harsh. Many others may still be excluded under the material support bar or because they cannot prove state acquiescence.

[324] I do not have sufficient evidence before me concerning discriminatory practice in the U.S. with respect to race or religion. However, there is evidence that people from countries which are powerless to stop torture or from countries where terrorist organizations routinely extort money will be disproportionately

[321] Dans cette affaire, tout comme dans la présente, le choix du groupe de comparaison peut s'avérer déterminant. L'arrêt *Auton* propose une démarche restrictive pour définir le groupe de comparaison. Les demandeurs soutiennent qu'il convient d'établir une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Auton* parce que celle-ci portait sur un nouvel avantage, tandis que la présente espèce concerne une obligation bien reconnue. Je ne vois pas comment on pourrait justifier sur ce fondement une distinction portant sur la méthode à suivre pour définir les groupes de comparaison.

[322] J'estime que le groupe de comparaison proposé par la défenderesse convient mieux, sans toutefois être idéal. Les demandeurs d'asile qui entrent au Canada ailleurs qu'à une frontière terrestre présentent la plupart des caractéristiques que possèdent les personnes visées par l'Entente, à cette exception près qu'ils ne sont pas soumis à l'Entente. Toutefois, le présent groupe de comparaison ne touche pas aux véritables questions en jeu en l'espèce, étant donné qu'il ne tient pas compte du traitement fort différent réservé aux demanderesse d'asile qui se présentent à un poste frontalier terrestre par rapport à celui auquel ont droit les demandeurs d'asile. Il ne tient également pas compte de la différence de traitement fondée sur la nationalité.

[323] Les femmes et certains ressortissants sont affectés plus sévèrement que d'autres demandeurs d'asile visés par l'Entente. Je constate que les statistiques citées par la défenderesse au sujet du taux d'acceptation des Colombiens, par exemple, ne constituent pas une indication claire que ces personnes ne subiraient pas des effets préjudiciables disproportionnés sous le régime de l'Entente. Le taux d'acceptation est peut-être élevé parce que la situation est particulièrement difficile en Colombie. Beaucoup d'autres demandeurs d'asile peuvent quand même être exclus en raison de l'interdiction touchant le soutien matériel ou parce qu'ils ne sont pas en mesure de prouver le consentement tacite de l'État.

[324] Je ne dispose pas de suffisamment d'éléments de preuve au sujet des usages discriminatoires en cours aux États-Unis en ce qui concerne la race ou la religion. Il y a toutefois des éléments de preuve tendant à démontrer que les personnes provenant de pays qui sont impuissants à mettre un frein à la torture ou qui sont originaires de

affected. It will be especially hard for these individuals to prove genuine refugee claims in the U.S. This is a burden which other claimants entering at the land border do not bear.

(b) Discrimination

[325] In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, Justice McIntyre stated that discrimination is [at page 174] “a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.”

[326] This indicates that although the government’s objective was not to discriminate based on sex or nationality (and in fact, on its face the STCA applies equally to everyone approaching a land border), the fact that it has an especially adverse effect for certain groups can mean that it is discriminatory. For example, in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, the Supreme Court found that it was discriminatory that the government did not take the special circumstances of deaf people into account and provide sign language interpretation services. The failure to provide interpretation denied deaf people the full benefits of healthcare which were provided to hearing people.

[327] To determine whether a distinction is discriminatory, it is necessary to consider the four contextual factors set out in *Law*.

pays où des organisations terroristes leur extorquent systématiquement de l’argent subiront effectivement des effets préjudiciables disproportionnés. Il sera particulièrement difficile pour ces personnes de démontrer le bien-fondé de leur demande d’asile aux États-Unis. C’est là un fardeau que d’autres demandeurs d’asile se présentant à un poste frontalier terrestre n’ont pas à supporter.

b) Discrimination

[325] Dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre a expliqué que la discrimination est [à la page 174] « une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société ».

[326] Cet extrait démontre que, malgré le fait que le gouvernement ne cherchait pas à établir une discrimination fondée sur le sexe ou la nationalité (et, de fait, à première vue, l’Entente s’applique également à quiconque approche un point frontalier terrestre), le fait que l’Entente a des effets particulièrement préjudiciables pour certains groupes peut vouloir dire qu’elle est discriminatoire. Par exemple, dans l’arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, la Cour suprême a estimé que le gouvernement avait agi de manière discriminatoire en ne tenant pas compte de la situation spéciale dans laquelle se trouvaient les personnes atteintes de surdité et en ne leur offrant pas de services d’interprétation gestuelle. Le refus de fournir des services d’interprétation gestuelle privait ces personnes de l’égalité de bénéfice de la loi et créait de la discrimination à leur endroit par comparaison avec les entendants.

[327] Pour déterminer si une distinction crée de la discrimination, il est nécessaire d’examiner les quatre facteurs contextuels énoncés dans l’arrêt *Law*.

(i) Pre-existing disadvantage

[328] Women have been traditionally disadvantaged. This is especially true of women from many refugee-producing countries, where women are forced to flee their homes because of the severe discrimination or more clearly the physical abuse they face and the inability or unwillingness of their governments to protect them.

[329] Refugee claimants from countries such as Colombia, where the government is powerless to prevent torture by guerrilla groups, are also likely to have suffered pre-existing disadvantage.

(ii) Correspondence of the law with the individual's circumstances

[330] Here, the law applies generally to those who approach the border from the U.S. It may meet the needs of many such claimants, but in my opinion, it may not meet the needs of women and people from countries which are likely to produce the type of claim which the U.S. may reject. It does not meet the needs of those persons who would be caught by the U.S. laws, practices and policies which are not compliant with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture.

(iii) Ameliorative purpose

[331] This is not a particularly relevant consideration in this context. The use of limited exceptions to the STCA, as discussed earlier, does not address the specific needs of individuals.

(iv) Nature and scope of interests affected

[332] The interest at stake is highly important to an individual's life, safety and dignity: the right not to be refouled contrary to the Refugee Convention or CAT.

i) Désavantage préexistant

[328] Les femmes constituent un groupe historiquement défavorisé. Cela est particulièrement vrai dans le cas des femmes originaires de pays d'où proviennent beaucoup de réfugiés, où les femmes sont forcées de fuir leur foyer en raison de la grave discrimination ou des violences physiques plus flagrantes dont elles sont victimes et du fait que l'État ne veut pas ou ne peut pas les protéger.

[329] Les demandeurs d'asile provenant de pays comme la Colombie, où le gouvernement est impuissant à empêcher les groupes de guérilleros de se livrer à la torture, sont également susceptibles d'avoir fait l'objet d'un désavantage préexistant.

ii) Correspondance entre la loi et la situation personnelle du demandeur

[330] Ici, la loi s'applique de façon générale aux personnes qui franchissent la frontière en provenance des États-Unis. Il se peut que la loi réponde aux besoins de bon nombre de ces demandeurs d'asile, mais j'estime qu'elle ne satisfait pas aux besoins des femmes et des gens provenant de pays qui sont susceptibles de donner lieu au genre de demande d'asile que les États-Unis peuvent rejeter. Elle ne répond pas aux besoins des personnes qui tomberaient sous le coup des lois et des politiques et usages des États-Unis qui ne se conforment pas à l'article 33 de la Convention relative aux réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture.

iii) L'objet ou l'effet d'amélioration

[331] Ce facteur n'est pas particulièrement pertinent dans le présent contexte. Ainsi que nous l'avons déjà vu, le recours à des exceptions limitées à l'Entente ne répond pas aux besoins spécifiques des personnes en cause.

iv) Nature et étendue des droits touchés

[332] Le droit en jeu revêt une importance cruciale en ce qui concerne la vie, la sécurité et la dignité de la personne : le droit de ne pas être refoulé en contravention de la Convention relative aux réfugiés ou de la Convention contre la torture.

[333] I would therefore conclude that the designation of the U.S. as a safe third country leads to a discriminatory result in that it has a much more severe impact on persons who fall into the areas where the U.S. is not compliant with the Refugee Convention or CAT, and it discriminates against and exposes such people to risk based solely on the method of arrival in Canada, a wholly irrelevant Charter consideration.

(3) Can the breaches of section 7 and section 15 be justified under section 1?

[334] In *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Chief Justice Dickson set out the following approach to the section 1 analysis of whether the limitation on a Charter right is justified in a free and democratic society:

1. There must be a pressing and substantial objective.
2. The means must be proportional.
  - (i) The means must be rationally connected to the objective.
  - (ii) There must be minimal impairment of rights.
  - (iii) There must be proportionality between the infringement and objective.

[335] It is quite clear that the government's objectives are important. Canada and the U.S. formed the STCA in order to share their respective refugee obligations and to create a more efficient refugee determination process. This may be an admirable objective, which would be well served by the designation of the U.S. as a safe third country. The STCA and the designation of the U.S. are clearly connected to these goals.

[333] Je conclus donc que la désignation des États-Unis en tant que pays tiers sûr crée une situation discriminatoire étant donné qu'elle entraîne des conséquences beaucoup plus graves pour les personnes qui entrent dans des catégories à l'égard desquelles les États-Unis ne se conforment pas à la Convention relative aux réfugiés ou à la Convention contre la torture, en plus de soumettre ces personnes à un traitement discriminatoire et de les exposer à des risques sur le seul fondement du moyen qu'elles ont employé pour entrer au Canada, ce qui constitue un facteur dénué de toute pertinence dans le cadre d'une analyse fondée sur la Charte.

3) La violation des articles 7 et 15 peut-elle se justifier en vertu de l'article premier?

[334] Dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson a proposé la démarche suivante pour guider l'analyse fondée sur l'article premier, à savoir si une restriction à un droit est raisonnable et si sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique :

1. Il doit exister un objectif urgent et réel.
2. Le moyen choisi pour atteindre l'objectif doit être proportionnel à cet objectif.
  - (i) les mesures choisies doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif;
  - (ii) elles doivent porter le moins possible atteinte au droit en question;
  - (iii) il doit exister une proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et l'objectif.

[335] Il est acquis aux débats que les objectifs visés par le gouvernement sont importants. Le Canada et les États-Unis ont élaboré l'Entente dans le but de partager leurs obligations respectives à l'égard des réfugiés et de créer un régime de détermination du statut de réfugié plus efficace. Il s'agit sans doute d'un objectif admirable, qui serait bien servi par la désignation des États-Unis comme pays tiers sûr. L'Entente et la désignation des États-Unis sont manifestement rattachés à ces objectifs.

[336] The difficulty with the respondent's position is that there is insufficient evidence of section 1 justification. There is no explanation of minimal impairment or even that the objective is pressing and substantial. There has been no evidence of the inadequacy of the Canadian refugee system to afford proper protection.

[337] In my view, the STCA, as it is currently structured and applied, contravenes section 7 and section 15 of the Charter for which justification under section 1 has not been made out.

#### IX. CONCLUSION

[338] For the reasons outlined above, I find:<sup>[\*]</sup>

(a) that sections 159.1 to 159.7 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* and the Safe Third Country Agreement are *ultra vires* in that the conditions to the enactment of the Regulations specified in IRPA subsection 102(1) had not been met;

(b) that the Governor in Council acted unreasonably in concluding that the United States complied with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture;

(c) that the Governor in Council has failed to ensure the continuing review, particularly of the practices and policies of the United States, as required by IRPA subsection 102(2); and

(d) that the Regulations and the operation of the Safe Third Country Agreement are contrary to sections 7 and

[336] La difficulté que pose la thèse de la défenderesse est qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour soutenir une justification au regard de l'article premier. Aucune explication n'a été fournie au sujet de l'atteinte minimale et on n'a pas même tenté de faire valoir que l'objectif visé était urgent et réel. La Cour ne dispose d'aucun élément de preuve quant à la présumée incapacité du système canadien de reconnaissance du statut de réfugié d'assurer une protection suffisante.

[337] À mon avis, telle qu'elle est présentement structurée et appliquée, l'Entente contrevient aux articles 7 et 15 de la Charte et la justification de cette contravention par application de l'article premier n'a pas été démontrée.

#### IX. CONCLUSION

[338] Pour les motifs ci-dessus exposés, je conclus [\*] :

a) que les articles 159.1 à 159.7 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et l'Entente sur les tiers pays sûrs constituent un excès de pouvoir, étant donné que les conditions énumérées au paragraphe 102(1) [de la LIPR] en ce qui concerne la prise de règlements n'ont pas été respectées;

b) que le gouverneur en conseil a agi de façon déraisonnable en concluant que les États-Unis se conforment à l'article 33 de la Convention relative aux réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture;

c) que le gouverneur en conseil n'a pas assuré de suivi, notamment en ce qui concerne les usages et politiques des États-Unis, contrairement à ce qu'exigeait le paragraphe 102(2) de la LIPR;

d) que le Règlement et l'Entente sur les tiers pays sûrs sont contraires aux articles 7 et 15 de la *Charte*

\*Editor's note

The Federal Court of Appeal (2008 FCA 40) stayed the judgment of Phelan J. invalidating 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*, until such time as the appeal has been heard and determined.

\* Note de l'arrêtiste en chef

La Cour d'appel fédérale (2008 CAF 40) a sursis à l'exécution du jugement invalidant 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* jusqu'à ce que l'appel ait été entendue et tranchée.

15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and are not saved by section 1.

[339] Following submissions by the parties as to any questions for certification and any other terms of the judgment, a judgment granting a declaration and ancillary relief in accordance with these reasons shall issue. The parties shall have until December 17, 2007 to make submissions as to questions for certification and form and content of the judgment. Each party may then reply to the other's submissions by January 14, 2008.

[340] These are special circumstances where a cost award is appropriate. The parties may make submissions as to costs, in writing, within the time frames regarding submissions as to a certified question.

*canadienne des droits et libertés* et qu'ils ne sont pas légitimés par application de l'article premier.

[339] Après avoir reçu les observations des parties sur toute question à certifier ou sur toute autre condition ou modalité du jugement, la Cour rendra un jugement déclaratoire et accordera des mesures accessoires conformément aux présents motifs. Les parties auront jusqu'au 17 décembre 2007 pour présenter leurs observations au sujet des questions à certifier et de la forme et de la teneur du jugement. Chacune des parties peut répondre aux observations de l'autre partie au plus tard le 14 janvier 2008.

[340] Il s'agit de circonstances spéciales justifiant l'adjudication de dépens. Les parties peuvent présenter des observations au sujet des dépens, par écrit, dans le même délai que celui qui leur est imparti pour présenter des observations au sujet des questions à certifier.