

LE DROIT DES FRONTIÈRES

47^e Conférence
annuelle de l'ICAJ

RAPPORT ISSU DE LA 47^e CONFÉRENCE ANNUELLE DE L'ICAJ
Tenue à Ottawa et en ligne | Du 25 au 27 octobre 2023



Par Nathan Afilalo et Sarah Rowe, avril 2024



ICAJ

Institut canadien
d'administration
de la justice

Rapport de la Conférence annuelle 2023 de l'ICAJ

APERÇU

Le rapport qui suit est issu des discussions ayant eu lieu lors des panels de la 47^e conférence annuelle de l'Institut canadien d'administration de la justice, intitulée « Le droit des frontières ». Cette conférence a eu lieu à Ottawa, du 25 au 27 octobre 2023. Elle a rassemblé de nombreux professionnels du droit et universitaires dont le travail s'articule autour de la question des frontières, tant au niveau national qu'international. La conférence s'est penchée sur l'importance des frontières au Canada et dans le monde, la vulnérabilité des personnes qui doivent les franchir et leur impact sur de nombreux groupes divergents au Canada et à l'étranger. Le programme est disponible sur le [site Web de l'ICAJ](#).

INTRODUCTION

Les frontières sont par nature discriminatoires.¹ Qu'elles soient géographiques, physiques, politiques, juridiques, fixes, ou qu'il s'agisse de processus, elles agissent comme « un filtre ou un écran qui ralentit et arrête l'entrée de certains, tout en permettant et en accélérant l'entrée d'autres ». ² Les frontières restreignent l'entrée sur la base de critères définissant un ensemble de personnes, de pratiques, d'institutions ou de normes, ou par des moyens physiques. Une même frontière peut permettre différents moyens d'entrée, en fonction du rapport existant entre la personne qui entre, la raison d'être de cette frontière et ceux qui la gardent au moment de son passage. Par conséquent, la pertinence d'une frontière varie en fonction 1) de la personne qui cherche à la franchir 2) du lieu où elle tente d'entrer et 3) des conditions dans lesquelles elle tente de le faire.

Le rapport qui suit fait état des points forts de la conférence de l'ICAJ sur le droit des frontières. Les conférenciers ont démontré l'impact des frontières au Canada et leur effet sur les personnes qui cherchent à les franchir. Le rapport vise à résumer la conférence dans un format accessible au grand public. Il vise à mettre en évidence ses principaux enseignements et à fournir suffisamment d'informations pour que les lecteurs puissent poursuivre leurs recherches sur les questions abordées par les conférenciers. Le rapport est divisé en deux sections. La première présente les discussions des trois invités spéciaux, en soulignant leurs points de vue et en établissant les grands thèmes qui ont résonné tout au long de la conférence. La seconde présente une vue d'ensemble et une brève analyse de chacun des neuf panels, en notant les principaux éléments abordés par les conférenciers.

¹ Audrey Macklin, "(In) Essential Bordering: Canada, COVID, and Mobility" (2020) *Frontiers in Human Dynamics* 1 à la 2.

² *Ibid* à la p 2.

SECTION I

La pérennité des frontières

Introduction

Trois voix distinctes ont accompagné les discussions. Chacune d'entre elles a apporté un point de vue éclairé sur l'importance des frontières et des lois qui les régissent aujourd'hui. L'honorable juge Mahmud Jamal, de la Cour suprême du Canada, a ouvert la conférence en expliquant comment les politiques frontalières reflètent les valeurs d'une nation et l'importance historique des frontières au Canada. Son Excellence Yuliya Kovaliv, ambassadrice de l'Ukraine au Canada, a souligné le rôle vital du droit international dans le maintien de la primauté du droit en temps de guerre d'agression. Enfin, la professeure Ghizal Haress, chercheuse invitée à la Faculté de droit et au Collège Massey et ancienne protectrice du citoyen de la République islamique d'Afghanistan, a clôturé la conférence par une discussion sur la préservation et l'érosion de la primauté du droit au fil de sa carrière de juriste en Afghanistan et de ses expériences en tant que réfugiée.

Les frontières comme instrument de mesure d'une nation

Le juge Jamal a présenté deux éléments fondamentaux : 1) le droit des frontières a fini par façonner la vie d'un plus grand nombre de personnes au Canada que jamais auparavant ; et 2) les frontières « agissent comme un test décisif à l'échelle nationale ». Il a expliqué qu'en 2023, le Canada a atteint un niveau historique : plus de 8,3 millions de personnes, soit 23 % de la population du pays, ont un statut d'immigrant ou de résident permanent, ou ont déjà eu ce statut par le passé.³ Il s'agit de la plus forte proportion de migrants parmi les pays du G7.⁴ En outre, l'immigration internationale a représenté 96 % de la croissance démographique du Canada au troisième trimestre de 2023, le pays accueillant 107 972 immigrants pour compenser le faible taux de croissance naturelle.⁵ Le juge Jamal a fait remarquer que si ces statistiques se maintiennent, la moitié de la population canadienne sera constituée d'immigrants de première génération d'ici 2041.

Bien que ces chiffres soient nouveaux, il a souligné le fait qu'ils s'inscrivent dans une longue histoire de l'immigration au Canada, citant le juge LaForest dans l'affaire *Andrews v. Law Society of British Columbia* : « Tout au long de son histoire, notre nation a tiré sa force de l'afflux de personnes sur ses côtes.⁶ Le nombre de nouveaux arrivants au Canada reflète les tendances mondiales. Le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (UNHCR) signale que les déplacements forcés atteignent un niveau record depuis la Seconde Guerre mondiale. Selon le UNHCR, à la fin de 2022, 108,4 millions de personnes avaient été déplacées de force en raison de « persécutions, conflits, violences ou violations des droits de

³ Statistique Canada, « Les immigrants constituent la plus grande part de la population depuis plus de 150 ans et continuent de façonner notre identité canadienne » (26 octobre 2022), en ligne : <www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/221026/dq221026a-fra.htm> [Statistique Canada, « Les immigrants »].

⁴ *Ibid.*

⁵ Statistique Canada, « Estimations de la population du Canada, troisième trimestre de 2023 », en ligne : <www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/231219/dq231219c-fra.htm> (en raison du vieillissement de la population et des faibles taux de fécondité).

⁶ *Andrews c Law Society of British Columbia*, 1989 CanLII 2 (CSC) au para 197.

l'homme », ⁷ de pénuries alimentaires, de l'inflation et de la crise climatique, avec plus de 110 millions de personnes déplacées de force dans le monde en mai 2023. ⁸

Face à l'ampleur du phénomène des migrants dans le monde, qui fuient leur pays en raison d'un conflit, de l'oppression politique, de la pauvreté ou du changement climatique, le juge Jamal a souligné le lien entre les politiques frontalières d'un pays et les valeurs qu'il prône. Il a expliqué que « les frontières agissent comme un test décisif au niveau national », mesurant l'ouverture, l'empathie et le courage d'un pays pour accueillir les personnes en quête d'un foyer ou d'un abri :

[TRADUCTION] Les frontières sont un critère de vérité nationale. Elles sont un test de notre ouverture, de notre empathie et de notre courage. La manière dont nous organisons et contrôlons nos frontières est un instrument de mesure du chemin parcouru par notre pays et du chemin qu'il nous reste à parcourir, à la fois en tant que pays et en tant que membre de la communauté internationale... Les frontières ne sont pas simplement des tracés sur une carte. Elles incarnent les cadres juridiques établis par les nations pour encadrer la circulation des personnes, des biens et des idées. Elles servent à maintenir l'ordre, à renforcer la souveraineté et à garantir la sécurité. En même temps, les frontières mettent à l'épreuve notre caractère national. Ce sont des lieux où notre humanité et notre courage de faire ce qui est juste sont évalués par ceux qui quittent leur foyer à la recherche de quelque chose de meilleur. ⁹

Si le juge Jamal a salué les efforts du Canada pour accueillir les personnes migrantes sur son territoire par le passé, les changements intervenus dans l'histoire de l'immigration au Canada démontrent son point de vue.

Au cours des 50 premières années de la Confédération canadienne, les politiques d'immigration ont encouragé l'immigration en provenance des États-Unis, des îles britanniques et des pays européens, tout en limitant l'immigration en provenance des pays d'Asie, d'Afrique et d'Amérique du Sud. ¹⁰ La *Loi de l'immigration chinoise de 1885* (¹¹) est un exemple de la première politique d'immigration canadienne, qui visait à restreindre l'immigration sur la base de l'origine ethnique. ¹² Cette loi a imposé une taxe d'entrée restée en vigueur jusqu'en 1923, date à laquelle une nouvelle *Loi sur l'exclusion des Chinois* a interdit presque toute immigration chinoise pendant les 24 années suivantes. ¹³ Ces politiques racistes et discriminatoires coexistent avec une politique d'accueil (bien que sélective), puisque de

⁷ USA for UNHCR, "Refugee Statistics" (25 juillet 2023), en ligne: <www.unrefugees.org/refugee-facts/statistics/#:~:text=Global%20Trends%20At%20Da%2DGlance,35.3%20million%20refugees>.

⁸ USA for UHCR, "Five Takeaways from the 2022 UNHCR Global Trends Report" (11 juillet 2023), en ligne: <www.unrefugees.org/news/five-takeaways-from-the-2022-unhcr-global-trends-report/>.

⁹ L'honorable juge Mahmud Jamal, « Mot de bienvenue et introduction » présenté à la 47^e Conférence annuelle de l'Institut canadien d'administration de la justice sur le droit des frontières, 25 octobre 2023 [non publié].

¹⁰ Voir Immigration et Citoyenneté Canada, « Canada : Une histoire de réfugiés — Une chronologie » (1 février 2024), en ligne : <www.parcs.canada.ca/culture/designation/evenement-event/exclusion-chinois-chinese>.

¹¹ *Loi visant à restreindre et à régler l'immigration chinoise au Canada*, LC 1885, c 71.

¹² Voir Parcs Canada, « Événement historique national de l'exclusion des immigrants chinois de 1923 à 1947 » (2 août 2023), en ligne : <www.parcs.canada.ca/culture/designation/evenement-event/exclusion-chinois-chinese>. Voir aussi Immigration, Réfugiés et Citoyenneté, « Racisme, discrimination et travailleurs migrants au Canada : Éléments de preuve tirés des études sur le sujet », par Nalinie Mooten (juillet 2021) à la p 35, en ligne :

<www.canada.ca/content/dam/ircc/documents/pdf/francais/organisation/rapports-statistiques/research/racism/r8-2020-racism-fra.pdf>.

¹³ *Ibid.*

1891 à 1914, entre 150 000 et 170 000 Ukrainiens ont été accueillis après avoir fui la domination austro-hongroise.¹⁴ Cette époque d'inclusion et d'exclusion explicite a été marquée par un nombre record d'immigrants au Canada, lesquels représentaient 22,3 % de la population en 1921.¹⁵ À partir des années 1960, les politiques d'immigration canadiennes sont devenues plus inclusives grâce à des réglementations qui ont éliminé la discrimination raciale manifeste dans ces politiques ainsi qu'à l'accueil de personnes originaires d'autres régions que l'Europe et les Amériques.¹⁶ Toutefois, des disparités demeurent parmi les différents régimes d'urgence existant au Canada, qui permettent par exemple aux réfugiés ukrainiens et palestiniens d'entrer dans le pays, mais avec un plafond notable concernant le nombre de Palestiniens recevant des visas, ou encore le niveau alarmant et sans précédent d'informations personnelles demandées aux demandeurs d'asile et aux personnes migrantes, comme il est indiqué sur le site^{17, 18}

La mise à l'épreuve du droit international

Après le mot d'ouverture du juge Jamal, l'ambassadrice Kovaliv a parlé du lien entre la sécurité des frontières et le droit international. L'ambassadrice a souligné qu'aujourd'hui, la communauté internationale se trouve à la croisée des chemins. Les instruments juridiques internationaux de prévention n'ont pas empêché les guerres d'agression, à savoir l'invasion russe en Ukraine.¹⁹ L'invasion de l'Ukraine est largement considérée²⁰ comme une violation de l'interdiction du « recours à la force » dans le paragraphe 2 (4) de la *Charte des Nations Unies*,²¹ l'invasion impliquant des allégations de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.²² En outre, en tant que membre du Conseil de sécurité des Nations unies (CSNU) disposant d'un droit de veto sur les résolutions contraignantes du CSNU, les actions de la Russie testent les limites du droit international, remettant en cause la capacité de ces instruments à répondre au conflit et à rendre la justice.²³ Dans ce contexte, l'ambassadrice a souligné que, pour l'ordre juridique international et la communauté internationale, l'une des voies à suivre est de savoir s'il faut continuer à agir comme on l'a fait face à l'invasion :

¹⁴ Statistique Canada, « Un profil sociodémographique des Canadiens d'origine ukrainienne », par Max Stick et Feng Hou (28 avril 2022) en ligne : <www150.statcan.gc.ca/n1/pub/36-28-0001/2022004/article/00003-fra.htm>

¹⁵ Statistique Canada, « Les immigrants », *supra* note 3.

¹⁶ *Ibid.* Voir Musée canadien de l'immigration du Quai 21, « Règlement sur l'immigration, Décret du Conseil CP 1962-86, 1962 » (2 avril 2018), en ligne : <quai21.ca/recherche/histoire-d-immigration/reglement-sur-l-immigration-decret-du-conseil-cp-1962-86-1962>

¹⁷ Voir Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Autorisation de voyage d'urgence Canada-Ukraine » (22 mars 2023), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/nouvelles/2022/03/autorisation-de-voyage-durgence-canada-ukraine.html> ; Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Crise à Gaza : Mesures spéciales pour les membres de la famille élargie » (2 février 2023), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/israel-cisjordanie-gaza-2023/gaza-rt-mesures.html>.

¹⁸ Raffy Boudjikianian, « Ottawa Seeking Unprecedented Level of Personal Details from Palestinian Migrants, Lawyers Say », *CBC News* (11 janvier 2024), en ligne : <www.cbc.ca/news/politics/palestinian-gaza-migrant-canada-1.7080991>.

¹⁹ Voir Michael Kelly, « The Role of International Law in the Russia-Ukraine War » (2023) 55:1 *Case W Res J Intl L* 61 aux pp 70–71.

²⁰ Voir Gouvernement du Canada, « Canada and the Russian Invasion of Ukraine » (20 mars 2023), en ligne : <www.international.gc.ca/world-monde/issues_developpement-enjeux_developpement/response_conflict-reponse_conflits/crisis-crisis/ukraine-situation.aspx?lang=eng>.

²¹ *Charte de L'ONU*, 26 juin 1945, RT Can 1945 no° 7, art 2(4).

²² *Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur l'Ukraine*, OHCDH, 78^e sess, Doc NU A/78/540 (2023) ; *ibid.*

²³ Voir Oona A Hathaway, « How Russia's invasion of Ukraine tested the international legal order », *Brookings* (3 avril 2023), en ligne : <www.brookings.edu/articles/how-russias-invasion-of-ukraine-tested-the-international-legal-order/> ; Kelly, *supra*, note 19 aux pp 70–71.

[TRADUCTION] Ou, une autre étape consiste à rétablir la justice et la primauté du droit. C'est très important, car le pouvoir de la loi devrait être plus fort que le pouvoir des armes, parce que le pouvoir militaire ne peut pas être quelque chose qui protège les gens et les frontières des pays du monde entier. C'est pourquoi, non seulement pour l'Ukraine, mais pour nous tous, la justice n'est pas un vain mot. C'est le mot qui peut mettre fin à d'autres agressions... et empêcher que les crimes de guerre ne deviennent la norme.²⁴

L'ambassadrice a souligné que la force du droit international ne se mesure pas à la densité de son corpus de règles, mais plutôt à l'application de ces règles en réponse à leur violation. Elle a fait remarquer que des instruments internationaux doivent être mis en place pour prendre des mesures juridiques à l'encontre des nations belligérantes ou autoritaires qui violent le droit international, afin de soutenir et d'appuyer la primauté du droit.

L'ambassadrice a expliqué que si la Russie n'a pas été dissuadée d'envahir le pays, les mécanismes du droit international ont été mis à contribution pour l'obliger à rendre compte de ses actes. Elle a précisé que la Cour pénale internationale (la CPI) avait ouvert une enquête sur les crimes présumément commis par la Russie en Ukraine²⁵ et lancé un mandat d'arrêt contre Poutine et Maria Alekseyevna Lvova-Belova, commissaire aux droits de l'enfant au sein du cabinet du président de la Fédération de Russie.²⁶ En 2022, l'Ukraine a obtenu gain de cause dans sa demande de mesures provisoires contre la Russie auprès de la Cour pénale internationale, qui a ordonné à la Russie de suspendre ses opérations militaires en réponse aux allégations de génocide au titre de la *Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide*.²⁷ En outre, l'Ukraine a actuellement deux affaires pendantes devant la Cour internationale de justice, alléguant un génocide et des atrocités en matière de droits de la personne.²⁸ L'Ukraine a également demandé la création d'un tribunal spécial chargé de poursuivre les dirigeants militaires et politiques russes, ce qui s'ajoute à trois autres affaires portées devant des tribunaux internationaux.²⁹

La préservation de la primauté du droit

²⁴ Son Excellence Yuliya Kovaliv, ambassadrice de l'Ukraine au Canada « Mot de bienvenue et introduction », présenté à la 47^e Conférence annuelle de l'Institut canadien d'administration de la justice sur le droit des frontières, 25 octobre 2023 [non publié].

²⁵ Voir Cour pénale internationale, « Situation en Ukraine : Investigation » (2 mars 2022), en ligne : <www.icc-cpi.int/fr/ukraine>.

²⁶ Voir Cour pénale internationale, « Situation en Ukraine : les juges de la CPI délivrent des mandats d'arrêt contre Vladimir Vladimirovitch Poutine et Maria Alekseïevna Lvova-Belova » (17 mars 2023), en ligne : <www.icc-cpi.int/fr/news/situation-en-ukraine-les-juges-de-la-cpi-delivrent-des-mandats-darret-contre-vladimir>.

²⁷ *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c Fédération de Russie)*, Ordonnance du 16 mars 2022, CIJ n° 182 au para 1.

²⁸ *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c Fédération de Russie)* CIJ n° 182 au para 1, en ligne : <www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-FR.pdf>.

²⁹ Voir Bart Meijer, John Chambers & Stephanie Van den Berg, « EU seeks tribunal to probe possible Russian war crimes in Ukraine », *Reuters* (30 novembre 2022), en ligne : <www.reuters.com/world/europe/eu-seeks-set-up-russian-war-crimes-tribunal-von-der-leyen-2022-11-30/>.

Ghizaal Haress, chercheuse invitée à la Faculté de droit et au Collège Massey et ancienne protectrice du citoyen de la République islamique d'Afghanistan, a conclu la conférence. Elle a parlé de ses actions visant à préserver la primauté du droit et à lutter contre la corruption tout au long de sa carrière de juriste en Afghanistan, et de son expérience en tant que réfugiée.

La professeure Haress et sa famille ont fui leur maison en 1992 pour se réfugier au Pakistan afin d'échapper à la guerre civile sévissant en Afghanistan. À Peshawar, elle a fréquenté une école primaire pour réfugiés et l'université afghane jusqu'à ce que les institutions soient fermées par le gouvernement sous la pression des talibans. La professeure Haress a travaillé pour un organisme juridique sans but lucratif jusqu'à son retour en Afghanistan en 2004 (lors de la formation de la République islamique d'Afghanistan), en même temps que cinq millions d'autres Afghans de la diaspora au cours des huit années qui ont suivi.³⁰ Pendant cette période, elle a réalisé des percées inédites pour le pays, devenant professeure à la Faculté de droit de l'Université américaine d'Afghanistan et première protectrice du citoyen de la République.

À son retour en Afghanistan, la professeure Haress est devenue la seule femme commissaire de la Commission indépendante chargée de superviser la mise en œuvre de la Constitution. Adoptée en 2004, la Constitution est fondée sur la tradition européenne du droit civil, adaptée à la culture et à l'histoire de l'Afghanistan, de même qu'à son rapport à l'islam.³¹ La professeure Haress a expliqué que la Constitution prévoyait une forte séparation des pouvoirs.³² Malgré une Constitution solide, elle a expliqué l'une des leçons importantes qu'elle a apprises en tant que commissaire :

[TRADUCTION] Avoir une Constitution n'est pas forcément suffisant. Il faut travailler sur bien d'autres aspects. Il faut construire une culture constitutionnelle parce que... si vous n'avez pas cette culture constitutionnelle, et que vous avez parcouru un long chemin sans en avoir une, les gens oublient ce que cela signifie d'avoir une Constitution en premier lieu.³³

Les propos de la professeure Haress font écho à ceux de l'ambassadrice Kovaliv : la force d'une loi se mesure à sa mise en œuvre et l'État de droit ne peut exister indépendamment des personnes désireuses d'y adhérer et de le protéger.

La professeure Haress a expliqué que le prix à payer pour avoir consacré sa carrière à la défense des idéaux humanitaires et d'émancipation prônés par la constitution afghane a été très élevé.³⁴ Outre la violence et les préjugés sexistes de ses collègues subis en tant que commissaire et protectrice du citoyen, Mme Haress a dû lutter contre la corruption au sein du gouvernement à ce titre. Elle a souligné la difficulté de la tâche en déclarant que « l'une des caractéristiques de l'Afghanistan serait la corruption ».³⁵ Les fonctionnaires étaient soumis à

³⁰ L'Agence des Nations Unies pour les réfugiés, « 2012 UNHCR country operations profile—Afghanistan » (4 juin 2012), en ligne : web.archive.org/web/20120604063834/http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/page?page=49e486eb6 [UNHCR].

³¹ « The Constitution of Afghanistan » (3 janvier 2004), préambule, en ligne : www.wipo.int/wipolex/en/text/241817.

³² *Ibid*, arts, 27, 130 –31.

³³ La professeure Ghizal Haress « Causerie », présenté à la 47^e Conférence annuelle de l'Institut canadien d'administration de la justice sur le droit des frontières, 25 octobre 2023 [non publié].

³⁴ Voir Sune Engel Rasmussen, « American University Attack: At Least 12 Dead and 44 Injured in Afghanistan », *The Guardian* (25 août 2016), en ligne : www.theguardian.com/world/2016/aug/24/american-university-afghanistan-attacked-kabul.

³⁵ *Corruption in Afghanistan: Recent Patterns and Trends*, ONUDC, (décembre 2012) à la p 3, en ligne : www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/Corruption_in_Afghanistan_FINAL.pdf.

la pression des ministres et du président, ce qui entraînait une application inégale des politiques et de la législation anticorruption. La professeure Haress a expliqué que son bureau dépendait des mêmes bureaux qu'elle était censée superviser, ce qui a nui à une « culture constitutionnelle » qui applique la législation et met en place des cadres institutionnels et juridiques solides. La résistance à la lutte contre la corruption à l'interne a conduit les gens à perdre confiance dans l'État et à perdre espoir qu'une institution qui cherche à lutter contre la corruption atteigne ses objectifs. Elle a conclu son propos en expliquant que son institution avait deux défis fondamentaux à relever : 1) lutter contre la corruption ; et 2) se tailler une place et rétablir la confiance du public. Alors que la COVID-19 a marqué un tournant dans son travail, en inculquant 16 gouverneurs provinciaux pour corruption et en mettant en place une coalition contre eux, la professeure Haress a été contrainte de fuir à nouveau en 2021, pendant le règne des talibans.³⁶ La professeure Haress a expliqué qu'elle continue d'enseigner la constitution de 2004 aux étudiants afghans malgré les talibans.

Conclusion

Les trois invités spéciaux ont abordé deux thèmes clés présents tout au long de la conférence, en se concentrant sur l'importance des frontières. Le premier thème abordé fut la vulnérabilité de la personne qui cherche à franchir les frontières. Aujourd'hui, une personne migrante ou qui demande l'asile (que ce soit de son plein gré, par la force ou par nécessité) est confrontée non seulement à d'importants défis économiques et physiques, mais aussi à des défis juridiques qui sont sujets à des changements radicaux et rapides en réponse aux réalités politiques émergentes. Le deuxième thème fut la vulnérabilité des régimes juridiques qui régissent les frontières. La vulnérabilité institutionnelle part d'aussi haut que les instruments internationaux des Nations unies, de la Cour internationale de justice et de la CPI, pour s'étendre jusqu'aux instruments nationaux qui permettent d'accueillir les gens ou de leur interdire d'entrer au pays.

SECTION II

Panel 1 : Le paradoxe des frontières

Principaux points

- Les instruments multilatéraux de résolution des conflits entre nations sont menacés par le recours accru à la force.
- Considérer les frontières non pas comme des structures statiques, mais comme des processus actifs qui participent à la l'opération de « délimitation » pour mieux élucider leur rôle de filtre, qui varie en fonction de la relation entre la personne qui tente de traverser la frontière et la nature de la frontière elle-même.
- Les politiques frontalières visant à encadrer les flux migratoires peuvent avoir des effets inverses à ceux recherchés, en obligeant les personnes migrantes à faire des « choix néfastes ».

Conférenciers

- Ferry de Kerckhove, ancien ambassadeur canadien ; professeur, Centre d'études en politiques internationales, Faculté des sciences sociales, Université d'Ottawa

³⁶ UNHCR, *supra* note 30.

- Audrey Macklin, professeure et titulaire de la chaire Rebecca Cook en droit de la personne, Faculté de droit, Université de Toronto
- Delphine Nakache, professeure titulaire, Faculté de droit — programme français de common law, Université d'Ottawa
- Doug Saunders, journaliste, auteur et chroniqueur, *The Globe and Mail*

Introduction

Il existe plusieurs tensions et paradoxes concernant les frontières au Canada et sur la scène internationale. Aujourd'hui, nous assistons à une escalade des conflits frontaliers dans le monde entier, ce qui menace l'efficacité et la légitimité des instruments multilatéraux qui cherchent à résoudre les conflits entre les pays et à sévir contre ceux qui ont commis des injustices. En outre, les frontières sont intrinsèquement paradoxales. Alors qu'elles se présentent comme des éléments statiques, elles agissent, dans une approche fonctionnaliste, comme des processus continus et actifs qui filtrent et sélectionnent les entrées sur la base d'une variété de catégories et de relations. Alors que les frontières traversent les personnes et que les personnes les traversent, les personnes migrantes doivent surmonter des politiques changeantes susceptibles de les plonger dans des situations où elles sont encore plus vulnérables. Enfin, les frontières, et en particulier la politique frontalière du Canada, doivent être examinées à la fois d'un point de vue international et national afin de s'assurer que les deux demeurent cohérents.

Les tendances dangereuses dans le monde

En tant que premier conférencier à prendre la parole lors de la conférence, l'ancien ambassadeur Ferry de Kerckhove a parlé des tendances nouvelles et récurrentes concernant les conflits frontaliers en 2023. Nous retenons deux tendances en particulier : 1) le manque de leadership fort sur la scène internationale, la faiblesse des instruments politiques et juridiques internationaux et multilatéraux, et 2) les tensions intérieures croissantes causées par les inégalités et la disparité des revenus à travers le monde. Ensemble, ces tendances exacerbent les tensions entre les nations et affaiblissent leur collaboration, pourtant nécessaire pour que les limites de leurs instruments multilatéraux fonctionnent.

La première tendance inquiétante identifiée par M. de Kerckhove est la faiblesse des institutions internationales et multilatérales, à savoir l'ONU et ses organes subsidiaires. Il a déclaré que cela était dû à la base à un manque de leadership au niveau international. Le refus des États-Unis de se soumettre à la juridiction de la CPI, en tant que membre permanent du Conseil de sécurité de l'ONU et acteur chargé de faire respecter les accords multilatéraux, en est un exemple. M. de Kerckhove a noté qu'une conséquence de cette situation est le manque de présence de l'ONU et son manque d'influence auprès des acteurs des conflits, notamment en ce qui concerne l'invasion russe de l'Ukraine et le conflit israélo-palestinien, parmi tant d'autres.³⁷ Comme indiqué plus haut dans la discussion de l'ambassadrice de l'Ukraine, la charte de l'ONU n'a pas empêché les conflits entre les nations membres. Les problèmes structurels de l'ONU se présentent lorsque le Conseil de sécurité oppose son veto à des résolutions adoptées par l'assemblée générale de l'ONU, son forum le plus diplomatique.³⁸ Un exemple récent des conséquences d'un manque de leadership est la division entre les États sur le conflit israélo-palestinien, avec la position de l'administration

³⁷ Voir Jon Schwarz, « The UN Is Powerless to Help Gaza. That's How the US Wants It », *The Intercept* (21 octobre 2023), en ligne: <theintercept.com/2023/10/21/security-council-veto-united-nations/>.

³⁸ Voir Nations Unies, « Security Council Fails to Adopt Resolution Condemning Moscow's Referenda in Ukraine's Occupied Territories, as Permanent Member Employs Veto » (30 septembre 2022), en ligne : <press.un.org/en/2022/sc15046.doc.htm>.

Biden en désaccord avec les rapports des organisations internationales alléguant des atrocités commises en Palestine³⁹ et opposant son veto à la résolution adoptée par l'assemblée générale des Nations unies appelant à un cessez-le-feu humanitaire dans la bande de Gaza.⁴⁰ M. de Kerckhove a noté que l'invasion de l'Ukraine par la Russie démontre que la primauté du droit se dégrade au fur et à mesure que la force des armes domine dans les relations internationales, la frontière n'étant plus une question de droit, mais de fait.

La deuxième tendance inquiétante concernant l'impact international se manifeste à l'échelle nationale. M. de Kerckhove a souligné la disparité croissante des inégalités et des richesses dans de nombreux pays tels que les États-Unis⁴¹ et le Canada⁴² où, dans ce dernier cas, les 20 % de ménages les plus riches contrôlent plus des deux tiers (près de 68 %) de la richesse totale au Canada, tandis que les 40 % les moins riches représentent 2,7 % de la richesse totale.⁴³ M. de Kerckhove estime que la disparité de la richesse n'est pas seulement à l'origine de conflits internes, mais qu'elle crée un sentiment de repli sur soi face aux problèmes qui se posent à l'étranger. Liée à la crise de confiance, la perte de confiance dans les structures de gouvernance à l'échelle nationale et dans les médias traditionnels en raison des inégalités. Une étude récente menée au Canada a révélé que les Canadiens n'accordaient qu'une faible confiance aux médias canadiens et au Parlement, alors qu'ils accordaient une plus grande confiance, bien que toujours faible, à la police et au système judiciaire.⁴⁴ Parmi d'autres problèmes notables, on note la perte de consensus au niveau national et international, l'histoire qui rattrape la géographie avec des conflits issus du passé colonial et la tendance à la multipolarité entre les nations qui en découle. Il a précisé que cette tendance se caractérise généralement par des relations tendues qu'ont les États-Unis et l'« Occident » avec la Chine

³⁹ Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (Afrique du Sud c Israël)*, « Requête introductive d'instance et demande en indication de mesures conservatoires » (29 décembre 2023), Mémoires de la CIJ au para 1, en ligne : <www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-fr.pdf>. Voir aussi Hans Nichols, « Scoop: Internal State Dept. Memo Blasts Biden, U.S. Policy on Israel-Hamas War », *Axios* (13 novembre 2023), en ligne : <www.axios.com/2023/11/13/biden-gaza-hamas-policy-state-department-memo>.

⁴⁰ Voir « “Double Standards” : World Reacts to US Veto on Gaza Truce Resolution at UN », *Al Jazeera* (9 décembre 2023), en ligne : <www.aljazeera.com/news/2023/12/9/double-standards-world-reacts-to-us-vetoing-unsc-gaza-resolution>.

⁴¹ Voir Melissa Kollar, « Income Inequality Down Due to Drops in Real Incomes at the Middle and Top, But Post-Tax Income Estimates Tell a Different Story », *United States Census Bureau* (dernière modification le 1 novembre 2023), en ligne : <www.census.gov/library/stories/2023/09/income-inequality.html#:~:text=The%20ratio%20of%20the%2090th,a%206.7%25%20decrease%20from%2021.>>.

⁴² Voir Statistique Canada, « Comptes économiques du secteur des ménages canadiens répartis selon le revenu, la consommation, l'épargne et le patrimoine, quatrième trimestre de 2022 » (31 mars 2023), en ligne : <www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/230331/dq230331b-fra.htm> ; Statistique Canada, « Comptes économiques du secteur des ménages canadiens répartis selon le revenu, la consommation, l'épargne et le patrimoine, premier trimestre de 2023 » (4 juillet 2023), en ligne : <www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/230704/dq230704a-fra.htm?HPA=1> [Statistique Canada, « Premier trimestre 2023 »].

⁴³ Voir Statistique Canada, « Premier trimestre 2023 », *supra* note 42 ; Ghada Alsharif, « Gap Between Canada's Rich and Poor Increasing at Record Speed, New StatCan Data Shows », *Toronto Star* (6 juillet 2023), en ligne : <www.thestar.com/business/gap-between-canada-s-rich-and-poor-increasing-at-record-speed-new-statcan-data-shows/article_c1477d8f-4961-5691-9179-a5b8cabaace9.html#:~:text=Les%20%20%25%20des%20ménages les plus riches, 40 % 25 % 20 compte % 202,7 % 25.>> ; David A Green, W Craig Riddell & France St-Hilaire, « L'inégalité des revenus au Canada : Driving Forces, Outcomes and Policy », *Institut de recherche en politiques publiques* (23 février 2017), en ligne : <irpp.org/fr/research-studies/income-inequality-in-canada/>.

⁴⁴ Voir Statistique Canada, « Confiance à l'égard des institutions canadiennes » (14 novembre 2023), en ligne : <www150.statcan.gc.ca/n1/pub/11-627-m/11-627-m2023057-fra.htm>.

et la Russie⁴⁵, et que cela est aussi en cause dans le conflit en Ukraine, à travers la neutralité de la Chine.⁴⁶

M. de Kerckhove a conclu son intervention en abordant une difficulté fondamentale. La création d'institutions multilatérales permanentes et *ad hoc*, telles que l'ONU ou le Tribunal pénal international, et de mécanismes subsidiaires tels que la CPI, qui cherchent à régir les frontières et les différends entre les nations, est d'une importance capitale. Pour fonctionner comme prévu, ces instruments dépendent de la coopération interétatique pour reconnaître la juridiction des instruments multilatéraux et travailler à l'intérieur des limites prévues. En d'autres termes, pour que le droit international puisse servir de médiateur dans les conflits entre États, il faut que ces derniers le veuillent eux-mêmes. Cela dépend non seulement des relations internationales, mais aussi des conditions intérieures d'une nation qui produit des dirigeants politiques qui comprennent que la coopération internationale est dans son intérêt. M. de Kerckhove a conclu que la difficulté du droit international réside dans le fait que, bien qu'il offre des solutions, il dépend des individus pour qu'elles soient mises en œuvre.

La délimitation en tant que processus

La professeure Audrey Macklin a discuté du rôle des frontières, invitant les participants à considérer les frontières non pas comme des noms figés, mais comme des opérations et des processus actifs. Elle a expliqué que la compréhension des frontières en tant que processus est illustrée par le terme « délimitation » (*bordering*), qui fait référence à la fois à l'activité qui établit les frontières et à ce qui est accompli par les frontières elles-mêmes. Voir les délimitations (frontières). La professeure Macklin a fait valoir que le fait de considérer les frontières comme des processus actifs nous permet de mieux appréhender le sens des frontières et de comprendre leur rôle.

La professeure Macklin a expliqué que la littérature sur les études frontalières tend à considérer la « délimitation » comme un processus, un attribut de différentes temporalités, plutôt que des lignes fixes.⁴⁷ Le processus de « délimitation » est un dialogue dynamique et continu entre ceux qui appartiennent au « nous » (le citoyen) et ceux qui n'y appartiennent pas (le non-citoyen). Cependant, les frontières ne se limitent pas à des « territoires souverains distincts et séparés », mais sont plutôt « un moyen et une expression de l'articulation de la sphère politique ».⁴⁸ Les États s'engagent dans des pratiques frontalières pour « constituer, maintenir ou modifier les frontières », comme l'accord sur des normes communes pour une ligne de chemin de fer entre la France et l'Allemagne⁴⁹ ou « la création de la "zone sans frontières de Schengen" » au sein de l'Union européenne.⁵⁰ Les frontières existent « dans presque tous les aspects de la société », à l'intérieur et à l'extérieur de l'État⁵¹, même à

⁴⁵ Voir Nicole Hong, « Why China and Russia Are Closer Than Ever », *The New York Times* (20 mars 2023), en ligne : <www.nytimes.com/2023/03/20/world/asia/china-russia-ties.html>.

⁴⁶ Voir Mansur Mirovalev, « "Pro-Russian neutrality" : How Ukraine Sees China's Emerging Role », *Al Jazeera* (18 mai 2023), en ligne : <www.aljazeera.com/news/2023/5/18/how-ukraine-views-chinas-role-in-peace-settlement>.

⁴⁷ Nira Yuval-Davis, Georgie Wemyss & Kathryn Cassidy, *Bordering*, Cambridge (UK), Polity Press, 2019 à la p 19.

⁴⁸ Maurizio Ambrosini, Manlio Cinalli & David Jacobson, "Research on Migration, Borders and Citizenship: The Way Ahead" dans Maurizio Ambrosini, Manlio Cinalli & David Jacobson, dir, *Migration and Citizenship: Between Policy and Public Spheres* Cham, Springer Nature Switzerland, 2020, 295 à la p 296.

⁴⁹ Noel Parker & Rebecca Adler-Nissen, « Picking and Choosing the 'Sovereign' Border: A Theory of Changing State Bordering Practices » (2012) 17 *Geopolitics* 773 à la p 776.

⁵⁰ *Ibid* à la p 782.

⁵¹ David Newman, "Borders and Bordering: Towards an Interdisciplinary Dialogue" (2006) 9:2 *European J Social Theory* aux pp 176–77.

l'échelle locale, où « les quartiers centraux ou résidentiels » conservent « des identités de groupe fortement ségréguées et séparées ». ⁵²

La professeure Macklin a expliqué que le fait de considérer les frontières comme un moyen de délimitation nous permet de mieux décrire ce que font les frontières et de comprendre leur rôle. Au sens large, les frontières « filtrent » et sont traditionnellement décrites comme « un filtre ou un écran qui ralentit et empêche l'entrée de certaines personnes, tout en permettant et en accélérant l'entrée d'autres personnes ». ⁵³ Les frontières départagent les personnes entre citoyens et non-citoyens, départageant aussi les non-citoyens en sous-catégories telles que les voyageurs à haut risque et les voyageurs à faible risque, chacune ayant des régimes applicables différents visant à régir les comportements. Les frontières sont donc poreuses et filtrent les personnes par le biais de conditions d'admission et d'accès, les personnes pouvant être refusées, admises ou admises sous conditions. Cette conception des frontières ne se limite pas aux frontières entre les États, « telles que les aéroports, les ports, les gares [ou] les ambassades », car les frontières peuvent également « filtrer l'accès des migrants aux marchés du travail, aux États-providence et aux communautés politiques ». ⁵⁴ Bien que de nombreuses frontières qui déterminent qui est inclus et qui est exclu « soient invisibles à l'œil humain », ⁵⁵ « les conflits frontaliers ethnoterritoriaux contemporains... tels qu' [en] Israël/Palestine » perpétuent la pertinence des « frontières géographiques physiques ». ⁵⁶ En outre, les frontières jouent un rôle d'extraction de données et d'informations et constituent aujourd'hui un espace où l'État peut agir d'une certaine manière au nom de la sécurité, alors qu'il ne le pourrait pas autrement.

Compte tenu de leurs nombreux rôles, les frontières peuvent prendre plusieurs formes : frontières spatiales, extra et intraterritoriales, temporelles, numériques et déléguées. Les frontières spatiales s'étendent à travers les paysages et dans d'autres espaces territoriaux. Par le biais de certaines exigences, les frontières peuvent s'étendre elles-mêmes, par exemple en exigeant des visas pour certaines personnes. Les individus peuvent choisir de franchir les frontières pour le loisir ou des questions de survie. Ce dernier groupe peut se heurter à divers obstacles, notamment lorsqu'il s'agit de franchir des juridictions culturelles ou religieuses différentes. Le franchissement des frontières peut également n'impliquer « aucun mouvement humain » lorsque « la frontière elle-même est déplacée », ce qui oblige les individus à devenir « citoyens de nouveaux pays sans même demander à franchir une frontière ». ⁵⁷ En outre, le franchissement de la frontière n'a pas besoin de se produire « à la limite de l'endroit où la frontière est censée se trouver », mais comme l'a décrit la professeure Macklin, il peut se produire « aux comptoirs d'enregistrement des aéroports dans leur pays d'origine », comme « la création d'une microparcelle d'ex-territoire sous juridiction américaine dans... [un] territoire aéroportuaire étranger », filtrant « les "indésirables"... bien avant qu'ils n'atteignent leur destination réelle ». ⁵⁸ La professeure Macklin a évoqué l'« interdiction des musulmans » appliquée par les administrations Trump et les problèmes qu'elle pose pour les zones de précontrôle américain dans les aéroports canadiens, puisque ces dispositions peuvent violer la *Charte*. Les changements apportés à l'*Entente entre le Canada et les*

⁵² *Ibid* à la p 179.

⁵³ Macklin, *supra* note 1 à la p 2.

⁵⁴ Paola Bonizzoni, "The Border(s) Within: Formal and Informal Processes of Status Production, Negotiation and Contestation in a Migratory Context" dans Maurizio Ambrosini, Manlio Cinalli & David Jacobson, dir, *Migration and Citizenship: Between Policy and Public Spheres*, Cham, Springer Nature Switzerland, 2020, 217 à la p 218.

⁵⁵ Newman, *supra* note 51 aux pp 171–72.

⁵⁶ *Ibid*.

⁵⁷ *Ibid* à la p 178.

⁵⁸ *Ibid* aux pp 178–79.

États-Unis sur les tiers pays sûrs (ETPS) démontrent également l'aspect temporel des frontières et la façon dont elles peuvent être étendues ou rétrécies au fil du temps.⁵⁹

En outre, une frontière peut être renforcée, tant en ce qui concerne les zones qui constituent la frontière que les conditions et les ressources juridiques permettant de la franchir. La recherche sur les questions frontalières a mis en évidence la prolifération des « incursions de l'État dans des lieux situés bien au-delà de la frontière — les immigrants risquant ainsi d'être renvoyés ou de se faire arrêter à tout moment, étant empêchés de s'intégrer à la communauté et ayant des recours limités ». ⁶⁰ *L'affaire Singh c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* a radicalement changé les frontières canadiennes en énonçant le principe selon lequel « la protection de la *Charte* s'étend à "tout être humain qui se trouve physiquement au Canada et qui, du fait de cette présence, peut être soumis à la loi canadienne" ». ⁶¹ Dans l'affaire *Singh*, la Cour « a imaginé l'État-nation comme une entité clairement délimitée et a présumé l'existence d'une corrélation directe et coïncidente entre l'État, le territoire et l'autorité », faisant de la frontière « une ligne stable et statique située le long du périmètre géographique du Canada ». ⁶² Cependant, cette approche ne tient pas compte de la « série de mesures nationales, d'accords bilatéraux avec les États-Unis et d'accords internationaux avec d'autres États », établissant des mesures qui peuvent être « positionnées en de multiples endroits très éloignés de la ligne de démarcation territoriale du Canada ». ⁶³ Ces mesures, adoptées dans le cadre de la stratégie des frontières multiples, bloquent les réfugiés « avant qu'ils ne posent le pied en sol canadien et déclenchent les protections énoncées dans l'arrêt *Singh*... redessinant les frontières du Canada afin de « repousser la frontière ». ⁶⁴

En résumé, l'intervention de la professeure Macklin invitait les participants à la conférence à considérer les frontières comme des processus qui permettent d'entrer en relation avec différentes personnes à travers différents espaces, moments et moyens, une même frontière ayant des exigences différentes pour différentes personnes. Une frontière peut être beaucoup plus difficile à franchir pour un réfugié que pour une famille qui part en vacances ou un professeur qui se rend à une conférence. Et même dans ce cas, tout dépend de l'endroit où se déroulent ces vacances ou cette conférence, et de l'identité des membres de la famille et des professeurs par rapport aux frontières qui délimitent leur lieu de destination.

La politique migratoire en route

⁵⁹ Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *Protocole Additionnel à l'accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers* (24 mars 2023), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/mandat/politiques-directives-operationnelles-ententes-accords/ententes/entente-tiers-pays-surs/protocol-additional.html> [www.scc-csc.ca/cso-dce/2023SCC-CSC17_1_fra.pdf] [ETPS].

⁶⁰ Jamie Goodwin-White, "Today We March, Tomorrow We Vote!": Contested Denizenship, Immigration Federalism, and the Dreamers" dans Maurizio Ambrosini, Manlio Cinalli & David Jacobson, eds, *Migration and Citizenship: Between Policy and Public Spheres*, Cham, Springer Nature Switzerland, 2020, 61 à la p 64.

⁶¹ Efrat Arbel, « Bordering the Constitution, Constituting the Border » (2016) 53:3 Osgoode Hall L J 824 à la p 834, citant *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, 1985 CanLII 65, [1985] 1 RCS 177 au para 35.

⁶² *Ibid* à la p 834.

⁶³ *Ibid* aux pp 834–35.

⁶⁴ *Ibid* à la p 836.

Le journaliste Doug Saunders a mis en lumière les réalités auxquelles sont confrontées les personnes migrantes qui bravent les principales voies de migration du monde.⁶⁵ M. Saunders a passé l'année dernière à documenter la vie des migrants le long des principales routes migratoires du monde, en se concentrant sur leurs décisions quotidiennes prises en réponse aux changements de politiques et de lois frontalières. Il a souligné les « incitations néfastes » auxquelles les personnes migrantes sont confrontées lorsque les politiques frontalières changent. M. Saunders a noté que les politiques visant à contrôler ou à interdire l'entrée, qu'elles soient bien intentionnées ou non, peuvent mettre les migrants en danger de mort, car si les règles d'une frontière peuvent avoir changé, les conditions qui les ont forcés à migrer vers cette frontière n'ont pas changé.

M. Saunders a expliqué qu'il existe aujourd'hui quatre grandes voies ou routes migratoires : 1) la route de la Méditerranée orientale, 2) la route de la mer Méditerranée, 3) la route de l'Amérique centrale et 4) la route de l'Asie du Sud-Est.⁶⁶ L'Europe de l'Est peut désormais être ajoutée à ces routes avec l'invasion de l'Ukraine par les Russes.⁶⁷ Les deux routes méditerranéennes sont reliées à d'autres routes en Afrique de l'Est et de l'Ouest, où de nombreux migrants fuient les conflits et les prises d'otages : « près de 90 % des personnes qui tentent d'atteindre l'Europe par la mer viennent des dix pays suivants (dans l'ordre décroissant en pourcentage) : Syrie, Afghanistan, Érythrée, Nigeria, Pakistan, Irak, Somalie, Soudan, Gambie et Bangladesh ». ⁶⁸ M. Saunders a indiqué que la route de l'Amérique centrale accueillait des personnes d'Amérique du Sud fuyant la pauvreté, la violence, le trafic de drogue des cartels et les États déstabilisés,⁶⁹ en passant par la périlleuse « brèche de Darien » dans le sud du Panama,⁷⁰ qui est le seul pont terrestre vers l'Amérique centrale et l'Amérique du Nord.⁷¹ Les migrants qui empruntent la route de l'Asie du Sud-Est pour fuir les troubles politiques, la répression et les changements environnementaux, en particulier au Viêt Nam, sont confrontés à la menace de taux élevés de traite des êtres humains et de travail forcé en raison des « politiques migratoires restrictives et de l'absence de cadre juridique pour les réfugiés ». ⁷²

Pour explorer les difficultés que les migrants rencontrent sur ces routes, M. Saunders s'est attardé à l'expérience de Carry Vasquez, qui a demandé l'asile dans le but d'inscrire son jeune fils à l'école. Carry Vasquez a fui le Venezuela avec son fils en raison de l'appartenance de son partenaire à un gang. Elle s'est finalement retrouvée à New York où elle a trouvé du travail au noir comme serveuse en attendant que son statut de réfugiée soit traité. Elle fait partie des sept millions de Vénézuéliens qui ont fui le pays depuis 2015. ⁷³ Son trajet vers New York l'a menée en Colombie, en Équateur, à travers la brèche de Darien et l'Amérique centrale jusqu'au Texas, jusqu'à l'une des frontières entre les États-Unis et le Mexique, échappant au gang dont faisait partie le père de son fils, capturé par les cartels, ou en risquant de se faire renvoyer par la police en raison d'autres activités liées aux cartels.

⁶⁵ Voir Doug Saunders & Jeremy Agius, « Tracing the Journeys of the World's 110 Million Migrants in Crisis », *The Globe and Mail* (dernière modification le 2 novembre 2023), en ligne : <www.theglobeandmail.com/opinion/article-world-migration-routes-map-interactive/>.

⁶⁶ Voir Eve Constant, « World Migration Routes », *National Geographic* (19 septembre 2015), en ligne : <www.nationalgeographic.com/culture/article/150919-data-points-refugees-migrants-maps-human-migrations-syria-world>.

⁶⁷ Saunders & Agius, *supra* note 65.

⁶⁸ Conant, *supra* note 66.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Voir Juan Pappier, « How the Treacherous Darien Gap Became a Migration Crossroads of the Americas », *Human Rights Watch* (10 octobre 2023), en ligne : <www.hrw.org/news/2023/10/10/how-treacherous-darien-gap-became-migration-crossroads-americas>.

⁷¹ Saunders & Agius, *supra* note 65.

⁷² Conant, *supra* note 66.

⁷³ Voir HCR, « Emergency Appeal: Venezuela situation » (août 2023), en ligne : <www.unhcr.org/emergencies/venezuela-situation>.

M. Saunders a illustré l'une des « incitations néfastes » par l'expérience de Carry avec l'application mobile du gouvernement américain, CBP One. Mise en place par l'administration Biden pour réduire les passages irréguliers à la frontière, l'application permet aux « non-citoyens sans documents appropriés » de demander un rendez-vous pour une demande d'asile qui aurait lieu aux points d'entrée terrestres (POE) le long de la frontière américaine.⁷⁴ Toutefois, l'application ne permet de prendre des rendez-vous que si le téléphone du demandeur est géolocalisé au nord de Mexico. En outre, ces rendez-vous n'auraient lieu que trois à six mois après le dépôt de la demande. Après avoir demandé une audience au point de passage de Brownsville qui devait avoir lieu dans trois mois, Carry a loué un appartement et a cherché à travailler à Matamoros, la ville située en face de Brownsville, au Mexique. Cependant, en raison de l'extrême dangerosité de Matamoros et de l'exploitation des migrants par le cartel du Golfe,⁷⁵ l'empêchant de travailler ou de gagner sa vie en toute sécurité, Carry a décidé qu'il était plus sûr de dépenser ses cinq derniers dollars pour traverser le Rio Grande et se placer sur la route de la patrouille frontalière américaine. Le gouverneur du Texas lui a alors offert un billet d'avion pour New York. M. Saunders a souligné que, bien qu'elle ait suivi les voies légales appropriées, il était finalement plus prudent pour Carry de passer par d'autres voies pour demander l'asile aux États-Unis.

Selon M. Saunders, ces choix néfastes s'étendent à l'ensemble du globe. La fermeture du passage frontalier non officiel du chemin Roxham, à la frontière entre le Québec et les États-Unis, afin de combler une lacune de la STCA et d'inciter les personnes migrantes à se rendre aux points d'entrée officiels, a conduit à des traversées dangereuses, de nuit et dans des conditions périlleuses, pour éviter de se faire prendre par les agents des services frontaliers.⁷⁶ Comme le montre le cas de Carry, ces politiques peuvent obliger les personnes qui veulent passer par les voies officielles à passer par des processus illégaux au péril de leur vie et de leur sécurité.

Tensions entre la réputation internationale du Canada et ses politiques intérieures

Le panel s'est conclu par un examen du « mythe » du Canada en tant qu'exemple de politique d'immigration. La professeure Nakache a soutenu qu'il était nécessaire d'étudier la relation entre la position ouverte du Canada sur les questions d'immigration et de réfugiés au niveau international et ses politiques nationales plus complexes et restrictives à l'égard des personnes migrantes et réfugiées.

La professeure a présenté des arguments en faveur de l'éloge du Canada sur la scène internationale : 1) le Canada est l'un des principaux donateurs du HCR, 2) sa législation en matière d'immigration et d'asile adopte une approche fondée sur les droits et 3) il est partie à de nombreux traités internationaux sur les personnes migrantes et réfugiées. En outre, le Canada a élaboré et adopté le *Pacte mondial sur les réfugiés*⁷⁷ et le *Pacte mondial sur les*

⁷⁴ Voir US Customs and Border Protection, « Fact Sheet: Using CBP One to Schedule Appointment », (12 janvier 2023), en ligne : <www.cbp.gov/sites/default/files/assets/documents/2023-Jan/CBP%20One%20Fact%20Sheet_English_3.pdf>.

⁷⁵ Voir Eyder Peralta, « Why the Mexican Border City of Matamoros is Under Heavy Scrutiny », *NPR* (17 mars 2023), en ligne : <www.npr.org/2023/03/17/1164146700/why-the-mexican-border-city-of-matamoros-is-under-heavy-scrutiny>.

⁷⁶ Verity Stevenson, « Akwesasne Deaths Show Dangers of New Border Rules, Advocates Say », *CBC News* (4 avril 2023), en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/montreal/advocates-danger-of-closing-border-akwesasne-1.6800685>.

⁷⁷ HCR « Pacte mondial sur les réfugiés » (2018), en ligne (pdf) : <www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/5c658aed4.pdf>.

migrations,⁷⁸ le premier accord mondial des Nations unies qui définit une approche commune des migrations internationales.

Bien que le Canada soit un grand défenseur de l'immigration, la professeure Nakache a exposé plusieurs politiques en matière d'asile et de droit des personnes migrantes qui contredisent cette position et qui, au contraire, sont de plus en plus restrictives. Elle a soutenu que ces politiques contribuent à l'érosion et à la fragmentation des droits des personnes migrantes et réfugiées, ce qui fait que le réseau des lois et règlements qui constituent les paradigmes de l'immigration et du statut de réfugié devient labyrinthique et difficile à saisir pour les demandeurs.

En ce qui concerne les demandes d'asile, deux des motifs d'irrecevabilité prévus par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)*⁷⁹ ne permettent pas de déférer la demande à la Section de la protection des réfugiés.⁸⁰ La professeure Nakache note que l'irrecevabilité n'est pas due au fait que la personne ait déposé une demande d'asile ailleurs avec succès, mais simplement au fait qu'elle ait déposé une demande d'asile.⁸¹ Le système est rendu plus complexe en raison des motifs d'irrecevabilité fondés sur le pays d'origine du demandeur.⁸²

La professeure Nakache a conclu sur le fait que la cohérence entre la position internationale du Canada sur les frontières et ses politiques nationales est importante en raison de l'excellente réputation du Canada au niveau international.⁸³ Si le Canada doit être considéré comme un leader sur les questions d'immigration, ses pratiques, qui sont parfois en contradiction avec sa position internationale, risquent de propager des politiques d'exclusion lorsqu'elles sont considérées comme un modèle à exporter et à reproduire dans d'autres pays sous le couvert de l'ouverture.⁸⁴

Panel 2 : Les personnes migrantes et le marché du travail

Principaux points

⁷⁸ ONU, Réfugiés et migrants, « Pacte mondial pour la migration » (2024), en ligne : <refugeesmigrants.un.org/migration-compact>. Voir Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Le Canada soutient le Pacte mondial pour les migrations » (19 mai 2023), en ligne : <www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/news/2022/05/canada-supports-the-global-compact-for-migration.html>.

⁷⁹ Voir Immigration, Réfugiés et Citoyenneté, « Demandes d'asile au Canada : Motifs d'irrecevabilité » (31 mars 2022), en ligne : <www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/operational-bulletins-manuals/refugee-protection/canada/processing-canada-refugee-claims-grounds-ineligibility.html>.

⁸⁰ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, art 101(1)(c.1) [*LIPR*].

⁸¹ Voir *Conseil canadien pour les réfugiés c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2023 CSC 17 à la para 42 (sous réserve des exceptions, voir l'art 159.5 [a] à [h] du *RIPR* et l'art 6 de la *ETPS*).

⁸² *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, arts 159,3, 159,4(1) [*RIPR*]; *ETPS*, *supra* note 59, art 4(1).

⁸³ Voir Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, « As global displacement grows to nearly 80 million people, Canada shows itself to be a world leader in refugee resettlement: UNHCR report shows » (juin 2020), online : <www.unhcr.ca/news/global-displacement-grows-80-million-people-canada-world-leader-refugee-resettlement/>.

⁸⁴ Sanyam Sethi, « Perception Vs. Reality? Canadian Believe They're Leading the Way on Refugee Support but They're Actually at the Back of the Pack » *Ipsos* (6 juillet 2022), en ligne : <www.ipsos.com/en-ca/news-polls/Canadians-Believe-Leading-Refugee-Support-Actually-Back-Pack>.

- Les droits légaux des travailleurs étrangers temporaires dans le cadre du système de permis de travail fermés sont insuffisants par rapport à ceux des résidents permanents.
- Le système de permis fermés génère des déséquilibres de pouvoir qui exposent les travailleurs étrangers temporaires à des pratiques déloyales et abusives de la part des employeurs.
- Les obstacles à l'accessibilité dans le cadre juridique et réglementaire du programme des travailleurs étrangers temporaires sont source de problèmes d'ordre pratique pour ces travailleurs.

Les conférencières

- Amanda Aziz, avocate, Migrant Workers Centre
- Eugénie Depatie-Pelletier, docteure en droit, professeure associée, Département de Géographie, Université Laval ; directrice générale, Association pour les Droits des Travailleuses.rs de Maison et de ferme
- Constance MacIntosh, professeure, Faculté de droit, Université Dalhousie

Introduction

Ce panel sur *Les personnes migrantes et le marché du travail* a montré comment le système d'immigration canadien accroît involontairement la vulnérabilité des travailleurs migrants par le biais de politiques qui lient leur statut juridique à des employeurs spécifiques et restreignent la mobilité professionnelle. La professeure Constance MacIntosh a décrit le cadre juridique et réglementaire du travail migrant au Canada. L'avocate Amanda Aziz a souligné comment ce cadre exploite la main-d'œuvre migrante et crée des obstacles à l'accès à la justice pour les travailleurs migrants. La professeure Depatie-Pelletier a résumé les restrictions à l'accès au statut permanent et leurs effets sur les travailleurs temporaires. Les conférencières ont mis l'accent sur le système de permis de travail fermés pour les travailleurs étrangers temporaires (« TET ») faiblement rémunérés et sur la manière dont ce système contribue à la vulnérabilité structurelle de ces travailleurs.

Le système des permis de travail fermés

Le Programme des travailleurs étrangers temporaires (PTET) a été créé « pour répondre aux besoins à court terme » en termes de main-d'œuvre au Canada.⁸⁵ Alors que les travailleurs migrants faisant partie de la catégorie de l'immigration économique obtiennent la résidence permanente et sont reconnus comme des « travailleurs hautement qualifiés », les TET⁸⁶ sont considérés comme des travailleurs « peu qualifiés »⁸⁷ et doivent obtenir un permis de travail spécifique à l'employeur pour rester au pays.⁸⁸ La professeure MacIntosh a expliqué que les travailleurs migrants sont vulnérables en raison de la conception de ce système axé sur la lutte contre les pénuries de main-d'œuvre.⁸⁹ Dans le cadre de ce système, le statut d'un travailleur est lié à un permis de travail spécifique à un employeur, ou fermé,⁹⁰ et ils sont « incapables de circuler sur le marché du travail ».⁹¹ Mme Aziz a expliqué que le permis de

⁸⁵ Jamie Chai Yun Liew & Donald Galloway, *Immigration Law*, 2nd ed (Toronto : Irwin Law Inc, 2015) à la p 111.

⁸⁶ *Ibid* aux pp 161–62.

⁸⁷ Sarah Marsden, « Who Bears the Burden of Enforcement: The Regulation of Workers and Employers in Canada's Migrant Work Programs » (2019) 22:1 CLELJ 1 à la p 3.

⁸⁸ Liew & Galloway, *supra* note 86 aux pp 90–91 ; *RIPR*, *supra* note 82, art 7(1).

⁸⁹ Amanda Aziz, *A Promise of Protection? An Assessment of IRCC Decision-Making Under the Vulnerable Worker Open Work Permit Program* (Vancouver: Migrant Workers Centre, 2022) à la p 7.

⁹⁰ *RIPR*, *supra* note 82, art 7(1).

⁹¹ Marsden, *supra* note 87 à la p 3.

travail fermé lie le statut juridique d'un travailleur à un employeur particulier, ce qui crée une dynamique de pouvoir où les travailleurs peuvent hésiter à dénoncer la maltraitance par crainte d'être licenciés et expulsés. Dans une déclaration datant de septembre 2023, le rapporteur spécial des Nations unies sur les formes contemporaines d'esclavage, Tomoya Obokata, a comparé ce régime de travailleurs migrants à « l'esclavage des temps modernes ».

⁹²

Les panélistes ont fait la distinction entre ce système de permis de travail fermés et les permis de travail ouverts, qui donnent droit à la résidence permanente et à des droits plus complets, notamment l'accès aux services sociaux et la liberté de quitter un emploi où les conditions de travail sont abusives.⁹³ La professeure MacIntosh a souligné que les droits spécifiques que les employeurs sont tenus de respecter, comme fournir la couverture des soins de santé et l'indemnisation des accidents du travail, sont inaccessibles pour de nombreux TET, en particulier ceux qui participent au Programme des travailleurs agricoles saisonniers (« PTAS »).⁹⁴ Bien que l'Ontario, le Québec et le Manitoba aient adopté des lois exigeant que tous les travailleurs du PTAS soient inscrits au régime provincial d'assurance-maladie dès leur arrivée, elle a expliqué que d'autres provinces exigent que tous les TET attendent de trois mois à un an pour bénéficier de cette couverture, ce qui est particulièrement problématique pour les travailleurs du PTAS qui ne peuvent travailler que huit mois au maximum.⁹⁵ La professeure MacIntosh a également expliqué que lorsqu'une province n'offre pas de couverture médicale aux TET, l'employeur doit fournir des soins de santé par le biais d'un régime d'assurance privée ; cependant, de nombreuses cliniques privées exigent que les patients paient à l'avance et se fassent rembourser, ce que de nombreux TET ne peuvent pas se permettre. De plus, elle a indiqué que les demandes d'indemnisation des travailleurs exigent que le demandeur soit examiné par un médecin, ce qui est impossible sans couverture médicale.

La professeure MacIntosh a attiré l'attention sur la « *Politique de permis de travail ouvert pour les travailleurs vulnérables* » que le gouvernement fédéral a mise en œuvre en 2019 pour fournir un permis de travail ouvert temporaire aux travailleurs migrants « qui peuvent démontrer qu'ils sont victimes de maltraitance de la part de leur employeur ou risquent de l'être ». ⁹⁶ Mme Aziz a expliqué les quatre objectifs de la politique : 1) fournir aux travailleurs un moyen distinct de quitter leur employeur ; 2) atténuer les risques liés au travail irrégulier ; 3) faciliter la participation des travailleurs aux inspections de leur ancien employeur irrégulier ; et 4) encourager les travailleurs à aider les autorités en réduisant le risque perçu et la crainte d'être expulsés du Canada s'ils se manifestent. Cependant, une étude menée par le Centre des travailleurs migrants a révélé que « sans changements structurels dans la manière dont les permis de travail sont délivrés au Canada, la [politique] n'apporte qu'une solution temporaire et inadéquate au cadre du [Programme des travailleurs étrangers temporaires] qui crée un terrain propice à la maltraitance au départ ». ⁹⁷ La professeure Depatie-Pelletier a

⁹² Nations Unies, Haut-Commissariat, « Canada : Ancrer la lutte contre les formes contemporaines d'esclavage dans les droits de l'homme, exhorte un expert de l'ONU » (6 septembre 2023), en ligne : <[⁹³ Voir Organisation mondiale de la santé, *Rapport mondial sur la santé des réfugiés et des migrants* \(Genève, Suisse : Organisation mondiale de la santé, 2022\) à la p 54.](http://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/09/canada-anchor-fight-against-contemporary-forms-slavery-human-rights-un#:~:text=Tomoya%20Obokata%20was%20appointed%20UN,human%20trafficking%20and%20modern%20slavery.>>.</p></div><div data-bbox=)

⁹⁴ Voir Emploi et Développement social Canada, « Embaucher un travailleur temporaire dans le cadre du Programme des travailleurs agricoles saisonniers : Aperçu » (21 mars 2023), en ligne : <www.canada.ca/en/employment-social-development/>.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Eugénie Depatie-Pelletier, Hannah Deegan & Katherine Berze, « Band-Aid on a Bullet Wound—Canada's Open Work Permit for Vulnerable Workers Policy » (2022) 11:3 *Laws* à la p 1 [souligné dans l'original].

⁹⁷ Aziz, *supra* note 89 à la p 29.

conclu que le fait de ne pas permettre aux TET d'accéder au statut permanent dès leur arrivée au Canada a créé une sous-classe : un système dans lequel un certain groupe d'individus se voit refuser l'ensemble des droits et des avantages prévus pour les autres, même s'ils font eux aussi partie de la main-d'œuvre.

Les pratiques abusives des employeurs et l'exploitation

Le système de permis de travail fermés encourage les employeurs peu scrupuleux à exploiter la main-d'œuvre migrante.⁹⁸ Des recherches menées par le Centre des travailleurs migrants ont révélé que 30 % des travailleurs interrogés ont été victimes de mauvais traitements jusqu'à un certain point (violence directe de la part de leur employeur, exposition à des pesticides chimiques, obligation de travailler à la suite d'une blessure), 70 % d'entre eux ont été victimes de maltraitance psychologique (verbale, menace de licenciement et de renvoi, racisme), et trois travailleurs ont fait état de violences sexuelles de la part de leur employeur.⁹⁹ Mme Aziz a expliqué comment la pandémie de COVID-19 a mis en lumière les violations commises dans tout le pays, puisque les inspections en personne ont été temporairement interrompues et que les travailleurs malades se sont sentis obligés de continuer à travailler de peur de perdre leur emploi et, par conséquent, leur statut juridique au Canada. Elle a souligné que les travailleurs agricoles migrants couraient un risque accru de mourir de la COVID-19 et que les aides-soignants temporaires n'avaient pas le droit de quitter le domicile de leur employeur en raison du risque de contracter le virus.

Mme Aziz a ajouté que cette dynamique de pouvoir permet aux employeurs de commettre des actes de maltraitance financière, comme des pratiques salariales injustes où les travailleurs reçoivent moins que ce qui a été convenu ou subissent des déductions illégales.¹⁰⁰ Elle a fait référence à la recherche sur la *Politique de permis de travail ouvert pour les travailleurs vulnérables* menée par le Centre des travailleurs migrants, qui a rapporté que 96,7 % des travailleurs interrogés avaient été victimes d'exploitation.¹⁰¹ Mme Aziz a souligné que les frais de recrutement illégaux étaient une forme de maltraitance fréquemment rejetée par les fonctionnaires de l'immigration, qui considèrent souvent ces frais comme un choix « volontaire » du demandeur « malgré la preuve évidente de sa vulnérabilité et le déséquilibre de pouvoir entre le travailleur et le consultant en immigration ». ¹⁰² Elle a indiqué que sur plus de 30 % des participants à la recherche qui ont déclaré s'être vu facturer des frais de recrutement, les agents n'ont reconnu ces frais comme une forme d'exploitation que dans un seul cas. Mme Aziz a également noté que l'exploitation financière peut s'apparenter à de la « servitude pour dettes », lorsqu'un travailleur, qui a emprunté de l'argent ou hypothéqué sa maison à l'étranger, est contraint de travailler dans un lieu de travail où les conditions sont abusives « pendant des heures de plus en plus longues pour rembourser la dette qu'il a contractée ». ¹⁰³

De nombreux TET se voient « refuser un environnement de travail sécuritaire » et « les avantages auxquels les travailleurs canadiens s'attendent ». ¹⁰⁴ Les travailleurs citent souvent « le manque de connaissance des droits légaux et des ressources disponibles, ou des mécanismes de réparation », ainsi que les barrières linguistiques, comme étant à l'origine des

⁹⁸ *Ibid* aux pp 16–20. Voir HCDH, « Canada : Anchor the Fight Against Contemporary Forms of Slavery in Human Rights, a UN Expert Urges » (6 septembre 2023), en ligne : <www.ohchr.org/en/press-releases/2023/09/canada-anchor-fight-against-contemporary-forms-slavery-human-rights-un>.

⁹⁹ Aziz, *supra* note 89 à la p 14.

¹⁰⁰ *Ibid* à la p 38.

¹⁰¹ *Ibid* à la p 14.

¹⁰² *Ibid* à la p 17.

¹⁰³ *Ibid* à la p 19.

¹⁰⁴ Liew & Galloway, *supra* note 85 à la p 89.

pratiques abusives « et de leur tolérance à cet égard ». ¹⁰⁵ Cependant, les travailleurs sont limités dans leurs recours contre les employeurs par crainte d'être licenciés. ¹⁰⁶ Avec la possibilité imminente d'expiration du permis, les travailleurs peuvent endurer de mauvaises conditions plutôt que de risquer le chômage et l'expulsion potentielle, perpétuant ainsi le cycle de l'exploitation.

Les obstacles concrets rencontrés par les travailleurs migrants

Les conférenciers ont indiqué que des mesures internationales sont nécessaires pour remédier à la vulnérabilité des TET. La professeure Depatie-Pelletier a souligné que les obstacles à l'accessibilité nuisent systématiquement à la protection des droits des travailleurs et à l'accès à la justice. Dans l'affaire *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, la Cour suprême a déclaré que « si les gens ne peuvent pas porter des questions légitimes devant les tribunaux [...] les lois ne seront pas appliquées ». ¹⁰⁷ Non seulement le statut des TET les empêche de porter des questions légitimes devant les tribunaux, mais Mme Aziz a indiqué que l'absence de représentation juridique des travailleurs migrants les dissuade également de porter plainte pour des questions liées à leur emploi. Elle a souligné que le régime d'application est réactif, et non proactif, et qu'il s'appuie sur les travailleurs pour déposer des plaintes ou signaler de la maltraitance lors des inspections ; cependant, lorsqu'un employeur est jugé non conforme, « tous les travailleurs migrants travaillant pour cet employeur peuvent voir leur permis de travail révoqué, ce qui les prive de l'autorisation de travailler légalement au Canada ». ¹⁰⁸ Bien que les TET possèdent sur le papier les mêmes droits en matière d'emploi que les citoyens et les résidents permanents, Mme Aziz a souligné que les obstacles à l'accessibilité les empêchent d'exercer un recours juridique et d'obtenir réparation.

En outre, Mme Aziz a souligné que les barrières linguistiques empêchent une communication efficace des droits des travailleurs. ¹⁰⁹ La professeure MacIntosh a indiqué que les employeurs sont tenus de remettre à tous les employés un document de 16 pages décrivant leurs droits ; cependant, ce document n'est fourni qu'en anglais ou en français, ce qui le rend inaccessible aux travailleurs ayant des « compétences limitées » dans ces langues. ¹¹⁰ Les participants ont indiqué qu'une réforme efficace devrait garantir une plus grande flexibilité en matière de mobilité professionnelle, des canaux de communication plus clairs, des protections juridiques renforcées contre les représailles de l'employeur et une avenue viable vers la résidence permanente.

Panel 3 : Frontières, barrières et pluralisme juridique

Principaux points

- Le pouvoir judiciaire canadien est de plus en plus confronté à des questions juridiques concernant le mythe de la souveraineté canadienne et est contraint de chercher une explication convaincante à la réémergence des ordres juridiques autochtones dans le paysage constitutionnel canadien.

¹⁰⁵ Bethany Hastie, "L'inaccessibilité de la justice pour les travailleurs migrants : A Capabilities-Based Perspective" (2017) 34 Windsor YB Access Just 20 aux pp 28–29.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ 2014 CSC 59 au para 40.

¹⁰⁸ Depatie-Pelletier, Deegan & Berze, *supra* note 96 aux pp 15–16.

¹⁰⁹ *Ibid* at à la p 9.

¹¹⁰ *Ibid.*

- Le récit émancipateur de la citoyenneté au sein d'un État colonisateur peut se transformer en un récit de domination.
- La portée, la rapidité et l'unilatéralité des changements en matière de politiques frontalières ont un impact majeur sur les personnes migrantes qui peuvent, d'un jour à l'autre, être confrontées à des réalités radicalement différentes.

Les conférenciers

- Efrat Arbel, professeure agrégée, Peter A. Allard School of Law, Université de la Colombie-Britannique
- Ryan Stuart Beaton, avocat, Juristes Power Law
- Asha Kaushal, professeure agrégée, Peter A. Allard School of Law, Université de la Colombie-Britannique

Introduction

Le panel sur les *frontières, les barrières et le pluralisme juridique* a étudié la relation entre les frontières et les ordres juridiques. Les participants ont abordé la question des frontières non seulement en tant qu'instruments de triage et moyens d'entrée, mais aussi en tant qu'instruments de création et d'imposition d'une juridiction. Tout d'abord, M. Ryan Beaton a expliqué les stratégies utilisées par les juges canadiens pour se diriger à travers les revendications juridiques concernant la souveraineté autochtone et les interpréter, en se basant sur deux positions adoptées par les tribunaux : 1) la position positiviste et 2) la position pluraliste. Il a expliqué que le pluralisme est ouvert à l'acceptation de sources de droit extérieures à la juridiction prescrite, alors que le positivisme a du mal à le faire en raison de la nécessité de lier les sources légitimes du droit de l'État à la revendication de souveraineté du Canada. Deuxièmement, la professeure Asha Kaushal a examiné le rôle des frontières dans le contexte de la citoyenneté, qui est traditionnellement comprise comme offrant des droits juridiques minimaux à la personne cherchant à s'émanciper. Ce raisonnement ne s'applique pas à la citoyenneté dans les États coloniaux, en particulier au Canada, car l'ordre juridique de l'État est défini parallèlement à d'autres ordres juridiques et sociétés préexistants. Pour les personnes appartenant à l'État préexistant, la citoyenneté dans un État colonisateur peut conduire à la domination politique, et non à l'émancipation. Enfin, la professeure Efrat Arbel a expliqué en détail comment les politiques frontalières liées à la COVID-19 interdisant l'entrée des demandeurs d'asile ont permis à l'État canadien de négliger son devoir envers les personnes migrantes cherchant à obtenir le statut de réfugié.

Réconcilier les revendications de souveraineté : deux positions judiciaires

Il est de plus en plus souvent demandé aux juges de trancher des affaires concernant une difficulté fondamentale en matière d'ordre juridique au Canada : la souveraineté préexistante des peuples autochtones et l'affirmation de la souveraineté par la Couronne. Alors que les tribunaux canadiens ignoraient auparavant l'autorité et les ordres juridiques autochtones,¹¹¹ M. Beaton a expliqué que la Cour suprême du Canada est désormais confrontée à des questions concernant à la fois 1) l'applicabilité de la *Charte* au droit autochtone¹¹² et 2) l'exercice de l'autonomie gouvernementale autochtone sur la base de la compétence

¹¹¹ Voir *Rex v Syliboy*, 1928 CanLII 352 (NS CS), [1929] 1 DLR 307 à la p 313 [*Syliboy*].

¹¹² Voir *Dickson c Première nation des Gwitchin Vuntut*, 2021 YKCA 5.

inhérente.¹¹³ Dans ce contexte contemporain, M. Beaton a fait valoir que les tribunaux sont à la recherche d'une explication convaincante de l'émergence (ou de la réémergence) des ordres juridiques autochtones dans le paysage constitutionnel canadien.¹¹⁴

Le cadre de M. Beaton définit les orientations et les pratiques interprétatives qui régissent le processus analytique employé par les juges pour concilier la tension entre 1) la souveraineté autochtone préexistante et l'autorité des ordres juridiques autochtones et 2) le droit et la souveraineté de l'État canadien. Le cadre identifie deux positions judiciaires : 1) le positivisme institutionnel et 2) le pluralisme historique. M. Beaton a souligné que ces positions ne sont pas des positions formelles ou opposées adoptées par les juges, mais qu'il s'agit d'approches pragmatiques que les juges utilisent pour aborder les questions et les documents qui leur sont présentés. L'illustration de ces approches permet de cartographier les lignes de fracture qui apparaissent dans les débats judiciaires concernant les revendications de souveraineté et d'expliquer les forces motrices qui sous-tendent les différentes positions judiciaires. Il a précisé que ce cadre montre également comment les juges canadiens sont aux prises avec le mythe fondateur de la souveraineté coloniale du Canada.

M. Beaton a expliqué que le « positivisme institutionnel » perçoit l'autorité légale comme provenant uniquement de l'État. Sur la base du positivisme, les tribunaux opèrent dans un cadre institutionnel où l'État détermine leur pouvoir normatif et leur compétence par le biais de mandats explicites. Le pouvoir des tribunaux dépend de la légitimité de l'État et de la revendication de la souveraineté de la Couronne. La légitimité de l'État découle elle-même de la simple revendication de la souveraineté — un acte présumé suffisant pour établir la légitimité — comme indiqué dans l'affaire *R c. Sparrow* :

Il convient de rappeler que si la politique britannique à l'égard des populations autochtones était fondée sur le respect de leur droit à occuper leurs terres traditionnelles, ce dont témoigne la Proclamation royale de 1763, il n'a jamais fait de doute, dès le départ, que la souveraineté et le pouvoir législatif, voire le titre sous-jacent, sur ces terres appartenaient à la Couronne.¹¹⁵

Par conséquent, le positivisme institutionnel reconnaît que le droit étatique existant et en vigueur est la source ultime et unique de droit à la disposition des tribunaux. M. Beaton a expliqué que le positivisme institutionnel ne rejette pas explicitement la validité des ordres juridiques autochtones en tant que source de droit. Cependant, alors que les juges contemporains n'utiliseront pas le concept de suprématie unilatérale de l'État pour invalider son autorité, le droit autochtone n'est pas sur un pied d'égalité avec le droit de l'État précisément parce que l'État ne l'a pas prescrit comme source d'autorité. Le positiviste institutionnel n'écarte pas les autres sources de droit au-delà de l'État parce qu'elles n'appartiennent pas à l'État, mais parce qu'elles n'ont pas été sanctionnées par l'État et qu'elles n'ont donc pas le pouvoir normatif que les tribunaux peuvent utiliser.

En revanche, les pluralistes historiques sont beaucoup plus enclins à considérer les accords de relations historiques et les ordres juridiques autochtones comme des sources directes de droit. Ces sources sont placées sur un pied d'égalité avec le droit étatique et intégrées dans le processus analytique judiciaire utilisé pour statuer sur une affaire. Dans la position

¹¹³ Voir *Renvoi relatif à la Loi sur les enfants, les jeunes et les familles des Premières nations, des Inuits et des Métis*, 2024 CSC 5.

¹¹⁴ Ryan Stuart Beaton, « Introduction : How Does a Legal Order Confront its Founding Myths » (juillet 2023) [à paraître].

¹¹⁵ *R c Sparrow*, 1990 CanLII 104 (CSC), [1990] 1 RCS 1075 à la p 1103.

pluraliste, l'ordre juridique canadien est lié non seulement par les normes explicitement énoncées par l'État, mais aussi par les accords entre les parties, ce qui génère une analyse beaucoup plus interpartisane et contextuelle.

M. Beaton a fait référence à l'affaire *Caron c. Alberta* pour illustrer les deux positions.¹¹⁶ Dans l'affaire *Caron*, la Cour suprême du Canada a examiné l'inconstitutionnalité d'une disposition de la *Loi linguistique* de l'Alberta (*Languages Act*),¹¹⁷ qui stipule que les lois ne peuvent être adoptées qu'en anglais. La décision portait sur la question de savoir si une disposition datant de 1867 concernant « le respect des “droits légaux de toute société, compagnie ou individu” dans les territoires de l'Ouest » imposait une obligation de bilinguisme législatif en Alberta en vertu de l'incorporation de cette disposition dans la *Loi constitutionnelle de 1867* (*Constitutions Act, 1867*).

Bien que l'affaire soit complexe sur le plan des faits, M. Beaton a mis en lumière la méthodologie distincte utilisée par la majorité et la minorité pour parvenir à leurs conclusions.¹¹⁸ La majorité a « examiné le texte, le contexte et l'objet de notre Constitution »¹¹⁹ pour déterminer si un droit linguistique est une « garantie constitutionnelle de bilinguisme législatif »,¹²⁰ en ignorant les « preuves historiques des désirs et des demandes de ceux qui négociaient l'entrée des territoires ». ¹²¹ En revanche, les juges dissidents ont fait référence à l'histoire de la Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest et aux « négociations entre les représentants du gouvernement provisoire des territoires... et à l'accord historique entre le gouvernement canadien et les habitants de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest » pour trouver « une promesse de protéger le bilinguisme législatif ». ¹²² M. Beaton a clarifié la différence entre les deux positions, expliquant que la position positiviste de la majorité cherchait à interpréter l'histoire à la lumière de la Constitution, alors que la position pluraliste cherchait à éclairer la Constitution par une analyse du contexte historique. En d'autres termes, la perspective positiviste de la majorité s'intéresse aux décisions des institutions de l'État, tandis que la position pluraliste de la minorité s'intéresse aux accords entre les parties.

En ce qui concerne les revendications de souveraineté autochtones, M. Beaton a conclu que le pluraliste est plus disposé à « inviter » ces revendications dans le droit canadien, alors que, parce que les revendications de souveraineté autochtones contredisent la revendication de souveraineté canadienne, le positiviste a du mal à accueillir et à accepter ces revendications puisqu'elles demeurent extérieures aux sources valides du droit étatique.

La citoyenneté dans un État colonial de peuplement

La professeure Kaushal a abordé la question des frontières sous l'angle de la citoyenneté. Elle a problématisé la notion de citoyenneté en tant qu'acte émancipateur, affirmant qu'à l'époque contemporaine, et dans les États coloniaux, la citoyenneté comporte des notions complètement différentes.

¹¹⁶ 2015 CSC 56 (CanLII) [*Caron*].

¹¹⁷ *Loi Linguistique*, RSA 2000, c L-6.

¹¹⁸ *Caron*, *supra* note 118 au para 3.

¹¹⁹ *Ibid* au para 6.

¹²⁰ *Ibid* aux paras 102–103.

¹²¹ *Ibid* au para 38.

¹²² *Ibid* aux paras 115–16.

Elle a expliqué que, bien qu'elle soit traditionnellement perçue comme un statut juridique formel, la citoyenneté comporte de nombreuses autres typologies : un métastatut pour un ensemble de droits et de privilèges, un sentiment psychologique d'appartenance et d'identité, et un symbole ou un produit des relations internationales accordant des droits de mobilité et d'entrée. Traditionnellement, la citoyenneté suggère l'émancipation, c'est-à-dire l'octroi d'un ensemble de droits à un individu. Dans le cadre de l'acquisition de la citoyenneté, une personne passe du statut d'étranger aux droits limités à celui de membre d'un groupe jouissant d'un ensemble complet de droits. En marge de cette typologie, la professeure Kaushal a souligné la nature irréductiblement politique de la citoyenneté : la description de la relation entre une personne et l'État. Elle suggère que lorsque la citoyenneté est définie comme une relation politique, dans un contexte de colonisation, elle commence à échapper à la narration émancipatrice et de renforcement des droits, en adoptant une notion complètement différente : celle de l'oppression.

La professeure Kaushal a fait valoir que dans un État colonisateur, le parcours narratif du sujet au citoyen ne confère pas une émancipation totale, mais plutôt une nouvelle forme de domination coloniale. Dans les États coloniaux classiques, la relation entre le colonisateur, le territoire et les personnes qui l'habitent, le possèdent ou le protègent est une relation d'extraction de main-d'œuvre et de ressources. Dans un État colonial classique, le territoire recherché est une source d'extraction. Les populations autochtones qui possèdent, habitent, ou protègent le territoire subissent la domination comme une nécessité aux fins d'extraction. En théorie, la domination coloniale prend fin lorsque le territoire en question n'est plus utile à l'extraction d'une ressource donnée. Cependant, dans les États coloniaux, c'est le territoire lui-même qui est en cause, car c'est l'espace où les colons s'installent et vivent. Alors que dans les États coloniaux classiques, la ressource est le produit de la colonisation, dans les États coloniaux de peuplement, la colonie en tant que lieu d'établissement est un produit du colonialisme. L'État colonisateur crée une nouvelle société et un nouvel ordre juridique qui revendique la souveraineté sur les sociétés préexistantes. Il est à la fois le produit de la pratique coloniale et de nouvelles relations coloniales. La citoyenneté dans un tel État, tout en accordant l'émancipation aux colons, se présente comme un acte de domination sur les sociétés autochtones là où l'État colonisateur existe.

Ainsi, lorsque l'on considère la citoyenneté canadienne conférée aux peuples autochtones dont la souveraineté du territoire était revendiquée, l'aspect émancipateur de la citoyenneté « s'éteint ». À titre d'exemple, la professeure Kaushal a mis l'accent sur les politiques d'« émancipation » de 1869 à 1985.¹²³ L'émancipation est un processus par lequel une personne autochtone n'est plus considérée comme un « Indien » au sens de la *Loi sur les Indiens*. La personne émancipée était rayée des listes de bande et perdait son statut d'Indien si elle avait été émancipée après 1951, en même temps que tous les avantages liés à l'inscription sur une liste de bande ou au statut d'Indien, qui se seraient étendus à ses descendants.¹²⁴ Une fois émancipée, la personne se voyait conférer tous les droits prévus pour les autres citoyens canadiens, considérés comme « civilisés », et avait la possibilité « de voter aux élections, de travailler, de posséder une propriété hors réserve et d'acheter de l'alcool, toutes choses qui n'étaient pas nécessairement accessibles aux Indiens inscrits

¹²³ Voir Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord Canada, « Iniquités résiduelles en matière d'inscription et d'appartenance » (3 juin 2022), en ligne : <www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1540403281222/1568898803889>.

¹²⁴ *Ibid.*

avant 1960 ». ¹²⁵ La citoyenneté par l'émancipation est devenue un outil de domination politique grâce à ses mécanismes d'effacement culturel.

La professeure Kaushal s'est appuyée sur l'affaire *R c. Desautel* pour illustrer le fait que, dans le contexte colonial, non seulement la trajectoire traditionnelle de la citoyenneté peut être inversée, mais l'idée même de citoyenneté et les pouvoirs qu'elle confère peuvent aussi être supplantés. ¹²⁶ Dans l'affaire *Desautel*, un citoyen autochtone citoyen américain et résidant aux États-Unis a traversé la Colombie-Britannique pour chasser le wapiti. Il a été inculpé en vertu de la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, pour avoir abattu un wapiti sans permis et sans être résident de la province. La majorité a estimé qu'en vertu du paragraphe 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les successeurs contemporains des nations et communautés autochtones qui occupaient le territoire en question à l'époque du contact avec les Européens incluaient les « groupes autochtones qui se trouvent aujourd'hui à l'extérieur du Canada ». ¹²⁷ Bien que la Cour n'ait pas explicitement abordé la question de savoir si ces mêmes faits permettaient aux personnes protégées par le paragraphe 35 (1) de traverser la frontière, la professeure Kaushal a suggéré que D (le demandeur dans l'affaire) était en mesure d'exercer un droit typiquement associé à la citoyenneté, celui de la mobilité, sans avoir besoin d'être un citoyen. ¹²⁸ La professeure Kaushal a demandé aux participants à la conférence de considérer D comme exerçant un type de citoyenneté différent, sans lien avec l'État canadien, qui contient néanmoins des droits typiquement réservés aux citoyens. La décision remet en question la pertinence même de la citoyenneté ou à l'inverse, met en évidence un type de citoyenneté différent, propre aux peuples autochtones soumis à des États coloniaux, dans lequel les droits fondés sur les ordres juridiques autochtones sont exécutoires devant les tribunaux canadiens.

La disparition de la responsabilité juridique

La professeure Efrat Arbel a clôturé le panel en examinant l'impact des politiques frontalières adoptées pendant la pandémie de COVID-19 sur le droit des demandeurs d'asile à la frontière canadienne. Elle a fait valoir que si l'on considère les politiques frontalières comme des « tours de magie », des actes de prestidigitation et de conjuration, on met en lumière un aspect du droit frontalier qui est souvent occulté : la façon dont les frontières peuvent être instantanément et unilatéralement redessinées et l'impact que cela peut avoir sur les réfugiés qui cherchent à les franchir. La professeure Arbel a expliqué que pour les demandeurs d'asile qui cherchent à franchir la frontière, les changements radicaux de politique peuvent sembler se produire par magie et créer une réalité radicalement nouvelle à laquelle la personne réfugiée n'avait pas eu à faire face jusqu'alors. Elle a illustré ce point en examinant comment le décret du 20 mars 2020 interdisant l'entrée des demandeurs d'asile au Canada a eu pour effet de suspendre le caractère exécutoire des obligations juridiques de l'État canadien envers les demandeurs d'asile.

La professeure Arbel a commencé par décrire les politiques frontalières comme faisant des « tours de passe-passe ». Elle a expliqué que son analyse s'inspirait de la conférence de la

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ 2021 CSC 17 (CanLII).

¹²⁷ *Ibid* aux paras 1, 22.

¹²⁸ Voir *Loi constitutionnelle de 1982*, art 6, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

professeure Tendayi Achiume intitulée « Race, Borders and Jurisdiction ». ¹²⁹ Dans cette conférence, la professeure Achiume a expliqué qu'il est certes étrange d'assimiler les politiques frontalières à des actes de conjuration. Elle affirme cependant que les frontières, et les juridictions qu'elles tracent, ont pour effet de « transformer l'impensable en actes concrets, neutres et irréfutables, comme par magie ». ¹³⁰ Elles peuvent modifier fondamentalement la réalité du franchissement d'une frontière d'un jour à l'autre. Par conséquent, un changement de politique peut ressembler à un tour de magie pour une personne qui tente de franchir une frontière, car le droit conditionnel qui lui permettait auparavant de franchir la frontière ou dont elle pouvait se prévaloir s'est soudainement évanoui et ne lui est plus accessible. C'est la rapidité, la portée et l'effet des politiques frontalières changeantes qui les font ressembler à des « tours de magie ». Ainsi, le langage de la magie souligne l'unilatéralité et la rapidité avec lesquelles une frontière peut être redessinée et le choc qui en résulte pour les demandeurs d'asile.

La professeure Arbel s'est appuyée sur les décrets de mars 2020 pour illustrer son propos. Malgré le fait que le ministre de la Sécurité publique ait assuré le 17 mars que la frontière resterait ouverte aux demandeurs d'asile, le décret PC 2020-0161 du 20 mars a rendu obligatoire la fermeture de la frontière canadienne aux voyages non essentiels et a prévu une interdiction spécifique de franchir la frontière « dans le but de présenter une demande d'asile ». ¹³¹ La professeure Arbel a souligné les changements spectaculaires apportés aux droits des demandeurs d'asile à la frontière avant et après le Décret. Avant le Décret, les demandeurs d'asile bénéficiaient des droits limités de l'article 7 de la *Charte* à « la vie, la liberté et la sécurité de la personne » reconnus par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Singh c. Canada* 9185, 1 177 SCR. ¹³² Dans l'affaire *Singh*, la Cour a déterminé que le droit des demandeurs d'asile qui sont privés du droit de ne pas être « renvoyés du Canada vers un pays où leur vie serait menacée » en vertu de l'article 55 de la *Loi sur l'immigration de 1976* constituait une violation de l'article 7. ¹³³ De plus, les obligations de la Convention des Nations Unies sur les réfugiés, qui interdit au Canada d'expulser des réfugiés vers des pays où ils risquent d'être persécutés, s'appliquaient à la frontière, ¹³⁴ y compris les moratoires mis en place par le gouvernement canadien pour le renvoi vers certains pays. Ainsi, les réfugiés qui ont fui les persécutions dans leur pays et qui bénéficiaient jusqu'à présent du droit au *non-refoulement* se sont retrouvés confrontés à des mesures de renvoi visant à ce qu'ils retournent dans ces mêmes pays.

La professeure Arbel a toutefois souligné que les droits dont disposaient les demandeurs d'asile avant la fermeture ne disparaissaient pas à jamais. Au contraire, ils sont restés inscrits dans la loi, mais n'ont pas pu être appliqués par les demandeurs d'asile à un moment précis : pendant la durée d'application du Décret. Ainsi, des droits jusqu'alors applicables ont été conjurés et ont disparu pour un certain groupe de personnes cherchant refuge à un moment précis. Dans son analyse de l'inapplicabilité des droits du demandeur à

¹²⁹ Professor E Tendayi Achiume, « Race Borders and Jurisdiction », discours liminaire à la Young Scholars in Public International Law et à la German Society of International Law Conference, UCLA, 3 septembre 2021 [non-publié].

¹³⁰ E Tendayi Achiume, « Race Borders and Jurisdiction » (2022) Geo LJ 110 UCLA 465 à la p 477.

¹³¹ *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2020-0161 (20 mars 2020), art 4(1), online : <decrets.canada.ca/attachment.php?attach=38958&lang=fr>.

¹³² 1985 CanLII 65 (CSC) au para 47.

¹³³ *Ibid* (voir l'analyse aux paras 47–56).

¹³⁴ Voir *Convention de 1951 et le Protocole relatifs au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 ONUST, art 33 [*Convention sur les réfugiés*] ; *LIPR supra* note 80, art 115.

ce moment précis, la professeure Arbel a suggéré qu'avec le décret de mars 2020, le Canada a agi de manière à désavouer ses obligations juridiques en vertu du droit national et international, se soustrayant à sa responsabilité par l'application du décret en Conseil visant à suspendre les demandes. La professeure Arbel a expliqué que, sur ce point, elle s'appuie sur l'analyse de Scott Veitch concernant l'« irresponsabilité » des régimes juridiques. Elle a expliqué que pour Veitch, les régimes juridiques ne se contentent pas d'organiser la responsabilité dans un cadre applicable, ils organisent également l'irresponsabilité par laquelle les gouvernements, les tribunaux et d'autres acteurs agissent pour se distancer ou désavouer la responsabilité des préjudices causés par l'action juridique qu'ils sanctionnent ou qu'ils autorisent.¹³⁵ La professeure Arbel explique que le Décret de mars 2020 est un exemple de système utilisant son mécanisme d'« irresponsabilité ».

Panel 4 : L'extradition

Principaux points

- Le régime d'extradition du Canada est régi par des traités internationaux et la législation fédérale.
- Malgré les garanties offertes par la *Loi*, la jurisprudence révèle que les demandes d'extradition sont faites de mauvaise foi et aboutissent à des résultats injustes pour la personne recherchée.
- Le système actuel n'aboutissant pas à des résultats équitables dans tous les cas, des experts ont formulé des recommandations sur la manière de réformer le processus.

Conférenciers

- Robert J. Currie, c.r., professeur de droit, professeur de recherche émérite, Schulich School of Law, Law & Technology Institute, Faculté de droit, Université Dalhousie
- Demetra Fr. Sorvatzioti, professeure agrégée, département de droit, École de droit, Université de Nicosie, Chypre
- Donald Bayne, associé, Bayne Sellar Ertel Macrae, Ottawa
- Janet Henchey, directrice générale et avocate générale principale, Service d'entraide internationale, Secteur national du contentieux, Administration centrale, ministère de la Justice du Canada

Introduction

Le panel sur l'*extradition* a examiné comment une personne peut être transportée de l'autre côté de la frontière canadienne sans son consentement en vertu de la *Loi sur l'extradition*¹³⁶ fédérale. Le professeur Robert Currie a amené le sujet en décrivant trois cas où des demandes d'extradition ont été faites de mauvaise foi. Janet Henchey a expliqué la procédure légale prévue par la *Loi sur l'extradition*, les traités internationaux et la *Charte canadienne des droits et libertés*. Donald Bayne a complété la discussion de Mme Henchey en expliquant les questions soulevées par la *Loi sur l'extradition* et le régime dans son ensemble. Enfin, la professeure Demetra Fr. Sorvatzioti a transposé la discussion à l'étranger, en brossant le portrait du système juridique de l'Europe continentale. Les conférenciers ont démontré les complexités inhérentes au régime d'extradition du Canada et ont examiné les effets des différentes réformes proposées.

¹³⁵ Scott Veitch, *Law and Irresponsibility: On the Legitimation of Human Suffering*, New York, Routledge-Cavendish, 2007.

¹³⁶ *Loi sur l'extradition*, LC 1999, c 18.

L'extradition au Canada

Le régime d'extradition du Canada est fondé sur des obligations découlant de traités internationaux conclus avec des pays dont le Canada reconnaît qu'ils disposent de systèmes judiciaires fondamentalement équitables et respectueux des droits de la personne. Ces traités sont conformes au principe sous-jacent de l'extradition : le respect des différences entre les systèmes juridiques. Ils permettent à un État partenaire établi de demander au Canada l'extradition d'une personne pour 1) la juger, 2) lui infliger une peine ou 3) faire appliquer une peine. De même, le Canada peut demander l'extradition d'États partenaires. Dans l'arrêt *Schmidt*, la Cour suprême a estimé que « la procédure judiciaire d'un pays étranger ne doit pas faire l'objet d'évaluations pointilleuses au regard des règles régissant la procédure judiciaire de ce pays », estimant qu'« il n'y a rien d'injuste à livrer [...] une personne accusée d'avoir commis un crime dans ce pays pour qu'elle y soit jugée [...] simplement parce que ce système est substantiellement différent du nôtre ». ¹³⁷ Cependant, si ce système facilite la coopération entre les pays étrangers, cette confiance n'est pas inconditionnelle. Mme Henchey a expliqué que les trois principes existent dans le cadre du processus structuré d'extradition pour garantir l'équité et la régularité de la procédure :

- 1) **La double incrimination** : Le Canada n'enverra pas une personne dans un pays étranger pour un crime qui n'existe pas au Canada ;
- 2) **La spécialité** : la personne recherchée ne peut être poursuivie que pour l'infraction pour laquelle elle a été extradée ; et
- 3) **la réciprocité** : l'extradition est une relation de coopération réciproque entre les États.

En outre, chacune des trois étapes de l'extradition implique un contrôle de haut niveau et de nombreuses garanties procédurales. Ces étapes sont définies dans la *Loi sur l'extradition* : 1) l'arrêté introductif d'instance ; 2) l'audition de la demande ; et 3) l'arrêté d'extradition ou le refus d'extrader.

Au cours de la première étape, le ministère de la Justice du Canada reçoit une demande d'extradition et choisit de poursuivre ou non la procédure d'extradition. Mme Henchey a expliqué que, s'il existe un traité, le ministère examinera 1) les circonstances de l'infraction, notamment si l'intéressé a déjà été poursuivi pour cette infraction, et 2) la situation de l'État requérant, notamment s'il agit conformément à la justice fondamentale. Mme Henchey a souligné qu'au cours des trois dernières années, entre 25 et 40 % de tous les cas pour lesquels ils ont reçu des demandes d'extradition ont été rejetés à ce stade. Au cours de la deuxième étape, la personne recherchée est entendue par un juge de la cour supérieure qui examine deux éléments : si la personne devant la cour est la personne recherchée et si les preuves présentées par l'État requérant seraient suffisantes pour que la personne soit traduite en justice au Canada si les faits s'étaient produits dans ce pays. ¹³⁸ À l'origine, cette étape devait permettre d'examiner la suffisance de la preuve, mais Mme Henchey a expliqué qu'aujourd'hui, l'audience s'est muée en un processus d'équité.

Après avoir déterminé que la personne aurait pu être inculpée d'une infraction criminelle si les faits s'étaient produits au Canada, le juge ordonne l'extradition de la personne, et la procédure passe à la troisième étape. L'affaire est alors renvoyée au ministère de la Justice pour que celui-ci prenne la décision finale d'ordonner ou non l'extradition. À ce stade, la personne recherchée peut présenter ses observations au ministre concernant l'équité de la procédure d'extradition, par exemple en soulignant la durée de la peine, les considérations relatives aux droits de la personne, les préoccupations en matière de santé ou les considérations relatives

¹³⁷ *Schmidt v The Queen*, 1987 CanLII 48, [1987] 1 RCS 500 au para 48.

¹³⁸ Robert J Currie, « Wrongful Extradition: Reforming the Committal Phase of Canada's Extradition Law » (2020) 44:6 Man LJ 1 à la p 11.

à la régularité de la procédure. Les articles 44 à 47 de la *Loi sur l'extradition* précisent les cas dans lesquels un ministre est tenu de refuser une demande d'extradition : 1) lorsque « la remise serait injuste ou tyrannique » ; ou 2) lorsque la demande est discriminatoire ou préjudiciable et a été faite pour poursuivre ou punir l'intéressé pour des motifs fondés sur « la race, la nationalité, l'origine ethnique, la langue, la couleur, la religion, les convictions politiques, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap physique ou mental ou le statut »¹³⁹ si le ministre décide d'ordonner la remise, la personne recherchée peut toujours demander un contrôle judiciaire de la décision et interjeter appel devant la Cour suprême du Canada. La personne recherchée peut également demander au ministre de réexaminer l'affaire à tout moment avant l'extradition.

L'extradition de mauvaise foi

La *Loi canadienne sur l'extradition* repose sur la présomption de bonne foi entre l'État requérant et l'État requis. Le professeur Currie a soutenu que si un État requérant viole le droit international en faisant une demande d'extradition sans compétence, le Canada ne devrait pas accepter la demande. Il a expliqué que la *Loi sur l'extradition* semble interdire au juge d'extradition d'examiner si l'État requérant est compétent, mais que la jurisprudence est différente. Le professeur Currie a présenté l'affaire *Virgo*¹⁴⁰ comme un exemple de cas où le Canada aurait dû refuser la demande d'extradition. Dans cette affaire, un pétrolier chypriote avec un équipage russe (le T/V *Virgo*) est entré en collision avec un navire de pêche américain, tuant plusieurs membres d'équipage américains avant d'entrer dans le port de Terre-Neuve-et-Labrador. En cas de collision en haute mer, le droit de la mer prévoit que l'État dans lequel le navire en infraction est immatriculé ou l'État de nationalité des personnes inculpées à bord du navire en infraction est compétent pour engager des poursuites.¹⁴¹ Toutefois, dans l'affaire *Virgo*, les États-Unis ont adressé une demande d'extradition au Canada en vertu du traité d'extradition Canada-États-Unis⁽¹⁴²⁾, alors que Chypre et la Russie étaient compétents. Bien que les gouvernements américain et russe aient fini par se mettre d'accord pour que le gouvernement russe les poursuive, le professeur Currie a fait valoir que le traité canado-américain n'exigeait ni n'autorisait l'implication du Canada. Il a également cité l'affaire *United States v Meng*¹⁴³ comme un autre cas où les États-Unis avaient outrepassé leur compétence en demandant l'extradition. Le Canada a fait valoir qu'étant donné que l'extradition du citoyen chinois était demandée en vertu du traité canado-américain, il n'avait pas à se demander si les États-Unis étaient légalement compétents pour engager des poursuites. Cette affaire a également été résolue par un accord entre les deux États étrangers.

Le professeur Currie a expliqué qu'une mauvaise compréhension de la procédure d'extradition peut conduire à des arguments semblables à ceux d'un procès lors des audiences préliminaires. La présomption de fiabilité de la preuve est particulièrement problématique, car les normes juridiques canadiennes exigent qu'il soit prouvé que la preuve est fiable et non présumée telle. En 2018, M. Bayne a écrit une lettre au premier ministre soulignant sept questions distinctes découlant de l'extradition du Dr Diab :¹⁴⁴

¹³⁹ *Loi sur l'extradition*, supra note 136, art 44(1).

¹⁴⁰ Voir *ALT Navigation Ltd v United States of America*, 2001 CanLII 33,796 (NF CS); *R v ALT Navigation Ltd*, 2002 CanLII 53,982 (NL CS); *ALT Navigation Ltd v United States of America*, 2002 CanLII 54,111 (NL CS).

¹⁴¹ Voir *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1835 RTNU 3 (enregistrée le 16 novembre 1994), art 97.

¹⁴² Voir *Traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, Canada et É-U, 11 janvier 1988, 1853 RTNU 407.

¹⁴³ 2020 BCSC 785 (y compris dix autres cas de cette affaire devant la BCSC) [*Meng*].

¹⁴⁴ Voir *Canada (Procureur général) c Diab*, 2010 ONSC 401 [*Diab SC*]; *France (République) c Diab*, 2014 ONCA 374.

- 1) les trois ans et deux mois d'emprisonnement en France ont injustement privé le Dr Diab de sa liberté — un principe fondamental dans les systèmes judiciaires démocratiques ;
- 2) l'allégation non assermentée du fonctionnaire étranger était présumée être une preuve fiable ;
- 3) La jurisprudence impose à la personne recherchée la charge de prouver que le dossier de l'affaire n'est manifestement pas fiable ;
- 4) l'État étranger n'est pas obligé de divulguer l'information ;
- 5) la *Loi* surestime le besoin de courtoisie et, par conséquent, sous-estime la liberté ;
- 6) la personne est censée être extradée pour être jugée (et non pour faire l'objet d'une enquête à l'étranger), mais la France n'a jamais eu d'affaire en état d'être jugée ; et
- 7) les ministres canadiens de la Justice n'ont pas tenu compte de la conclusion du juge selon laquelle les allégations non assermentées étaient illogiques et manifestement non fiables.

M. Bayne a expliqué que l'extradition ne devrait pas être perçue comme une procédure rapide ou sommaire, parce que la liberté est en jeu. Il a fait valoir que la présomption de fiabilité de la preuve non assermentée renverse la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve en matière pénale. En vertu de l'arrêt *Stinchcombe*, la divulgation complète est requise lorsque la liberté est en jeu ;¹⁴⁵ cependant, M. Bayne a expliqué que les États étrangers peuvent « sélectionner » les preuves à soumettre pour les demandes d'extradition, même en omettant des preuves indubitables d'innocence, et fonder leurs allégations sur des déclarations non assermentées, que les avocats de la défense canadiens ne peuvent pas remettre en question. En outre, M. Bayne a fait valoir que les cours d'appel du pays ont rendu inatteignable le critère de la non-fiabilité manifeste. Bien que le juge d'extradition canadien dans l'affaire *Diab* n'ait pas trouvé les preuves « manifestement non fiables », il les a trouvées douteuses, illogiques et suspectes.¹⁴⁶ M. Bayne a soutenu que l'extradition canadienne est basée sur une fiction de respect mutuel. Le Canada a extradé le Dr Diab sur la base d'une allégation peu fiable, alors que la France refuse d'extrader un prêtre qui est recherché au Canada pour de multiples violences sexuelles sur des enfants autochtones. M. Bayne a cité Anne Warner LaForest, déclarant que le système d'extradition canadien surestime le besoin de courtoisie et, par conséquent, sous-évalue la valeur de la liberté.¹⁴⁷ Même si « [l']objectif de l'extradition est d'envoyer la personne recherchée dans le pays requérant pour qu'elle y soit jugée »,¹⁴⁸ La France n'a jamais eu d'affaire prête à être jugée contre le Dr Diab. Le Canada l'a extradé pour une longue enquête étrangère qui a conclu qu'il n'était même pas en France lorsque le crime a été commis.

La professeure Sorvatzioti a appelé à une réflexion approfondie avant d'extrader des citoyens canadiens vers l'Europe continentale. En examinant la procédure judiciaire européenne, qui n'a pas été réformée depuis 1809, elle a souligné que le concept de procès équitable dans son système diffère de celui du système judiciaire canadien. Contrairement au Canada, toutes les preuves sont recevables dans le système européen, qu'elles aient ou non un effet partial. En fait, son système n'a pas d'équivalent au droit canadien de la preuve. Il n'existe pas de normes en matière d'admissibilité, de questions de fiabilité, d'objections, de preuves de faits similaires, ni de restrictions concernant les preuves de moralité ou les preuves par oui-dire. Il n'y a qu'un seul procès — il n'y a pas d'audience de détermination de la peine —, au cours duquel toutes les preuves sont présentées, et le juge est chargé de trouver la vérité selon son intime conviction. Toutefois, le juge ne détaille pas la manière dont il a évalué les preuves ; il décide plutôt sur la base de son instruction sur l'affaire. La professeure Sorvatzioti a rappelé

¹⁴⁵ Voir *R v Stinchcombe*, [1991] 3 RCS 326 à la p 336, 1991 CanLII 45.

¹⁴⁶ *Diab* SC, *supra* note 144 aux paras 118–21.

¹⁴⁷ Voir Anne Warner La Forest, « The Balance between Liberty and Comity in the Evidentiary Requirements Applicable to Extradition Proceedings » (2002) 28:1 Queen's LJ 95 à la p 174.

¹⁴⁸ *États-Unis d'Amérique c Ferras*, 2006 CSC 33 au para 55.

que ce système produit des procès équitables selon leur norme d'équité ; par conséquent, un Canadien extradé ne bénéficiera pas d'un procès équitable conforme à la *Charte*. Même si l'extradition est une question relevant des affaires étrangères, elle estime que ces disparités entre les deux systèmes devraient faire l'objet d'une plus grande attention afin de garantir leur conformité avec les principes canadiens de justice fondamentale.

Recommandations de réforme

Bien que la *Loi sur l'extradition* ait été conçue pour garantir que la personne recherchée bénéficie d'un procès équitable dans le pays étranger, des universitaires et des experts juridiques ont critiqué le déroulement de la procédure. Le rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes, intitulé « *Réforme du régime canadien d'extradition* », a identifié les problèmes présents dans les lois, les politiques et les pratiques canadiennes en matière d'extradition et a formulé 20 recommandations de réforme, notamment :¹⁴⁹

- Renforcer les mesures de sauvegarde procédurales
- Améliorer la communication entre les pays
- S'assurer que la preuve soit fiable
- Lutter contre les disparités entre les systèmes juridiques
- Tenir compte des barrières linguistiques
- Garantir la légitimité juridictionnelle, et
- améliorer la communication

Le rapport a également conclu qu'une révision et une réforme complètes de la *loi sur l'extradition* sont nécessaires pour sauvegarder les libertés individuelles et maintenir la justice fondamentale canadienne. Ces recommandations sont également conformes aux défis que Mme Henchey a identifiés comme devant être surmontés : 1) les retards entraînant des conséquences négatives pour l'État étranger et la personne recherchée ; 2) les différences entre les régimes civils et de droit commun produisant différents types de preuves ; 3) les conflits de réciprocité causés par l'autorité juridictionnelle ; et 4) la nécessité d'une traduction précise des documents. En outre, une telle réforme pourrait contribuer à éviter que l'injustice commise dans l'affaire du Dr Diab ne se reproduise. M. Bayne a déclaré que la parodie de justice qui règne au Canada est la *Loi sur l'extradition* de 1999 et la jurisprudence qu'elle a produite. Le panel a souligné qu'une réforme efficace permettrait non seulement d'éviter que le Canada ne devienne un refuge pour la criminalité internationale, mais aussi de protéger les intérêts des personnes injustement accusées en matière de liberté.

Panel 5 : Les questions de droit pénal et l'immigration

Principaux points

- Les régimes canadiens d'immigration et de droit pénal s'appliquent différemment selon le statut de l'individu.
- Les concepts de « sécurité du public » et de « sécurité publique » peuvent créer des exclusions pour les personnes faisant l'objet à la fois d'une procédure d'immigration et d'une procédure pénale.

¹⁴⁹ Voir Chambre des communes, *Réformer le système d'extradition du Canada : Rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne* (juin 2023) (président : Randeep Sarai). Voir aussi Robert Currie, *Changing Canada's Extradition Laws : The Halifax Colloquium's Propositions de réforme du droit* (octobre 2021) à la p 6, en ligne (pdf) : <cpij-pciji.ca/wp-content/uploads/2021/10/The-Halifax-Proposals-2021.pdf>.

- L'immigration est un contrat social, l'objectif premier du Canada étant de tirer profit de la présence d'immigrants.

Conférenciers

- L'honorable Peter H. Edelman, juge à la Cour suprême de la Colombie-Britannique
- Anthony Navaneelan, avocat, Bureau du droit des réfugiés, Aide juridique Ontario
- Banafsheh Sokhansanj, avocate générale principale, secteur national du contentieux, ministère de la Justice du Canada

Introduction

Le panel sur *les questions de droit pénal et l'immigration* a examiné le chevauchement entre le droit pénal canadien, l'immigration et les procédures relatives aux réfugiés. La discussion s'est articulée autour de deux affaires : *Agbakoba v Colombie-Britannique*¹⁵⁰ et *Mason c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*.¹⁵¹ L'honorable juge Peter Edelman s'est servi de ces deux affaires pour illustrer la manière dont des régimes juridiques contradictoires peuvent avoir un impact sur le statut d'une personne. Banafsheh Sokhansanj a souligné les objectifs des régimes de droit pénal et du droit de l'immigration et la façon dont les tribunaux s'appuient sur le droit applicable pour interpréter les cas concernés. Anthony Navaneelan s'est penché sur l'impact humain du chevauchement des régimes pénal et d'immigration par rapport à la dignité de l'accusé. Les conférenciers ont exploré comment l'interaction de ces systèmes peut créer des exclusions ou, en d'autres termes, des barrières (ou frontières).

Changement de statut

Les conférenciers ont expliqué comment le statut d'une personne peut créer une barrière qui l'empêche d'accéder aux mêmes droits qu'une personne bénéficiant d'un statut privilégié. Dans les affaires *Agbakoba* et *Mason*, les conséquences de l'activité criminelle sont déterminées par la façon dont le statut de l'individu est attribué en vertu de la *LIPR*. M. Navaneelan a expliqué comment les objectifs de réhabilitation¹⁵² et de réintégration¹⁵³ sont effectivement exclus pour les non-citoyens, puisque les résidents permanents sont considérés comme des étrangers lorsqu'une mesure de renvoi est prise. Selon le paragraphe 3 (1) de la *LIPR*, la loi vise à « protéger la santé et la sécurité publiques et à maintenir la sécurité de la société canadienne »; cependant, en ce qui concerne l'accusé non criminellement responsable (NCR) dans l'affaire *Agbakoba*, M. Navaneelan a fait valoir que, sans accès à la réhabilitation et à la réintégration, les non-citoyens sont exclus de cette « société ». Le juge Edelman a confirmé cette frontière entre les citoyens et les non-citoyens, notant que les citoyens peuvent représenter un risque important pour le public, et que la loi ne fait pas grand-chose à ce sujet. Cependant, Mme Sokhansanj a présenté cette dualité comme une approche à plusieurs niveaux, où aucune disposition ne détermine l'inadmissibilité — c'est plutôt la loi qui détermine quand un individu fait l'objet d'un renvoi. Le panel a démontré que, lorsque le statut d'une personne change, la frontière créée par le droit applicable peut lui faire perdre ou gagner certains privilèges.

Les exclusions fondées sur la sécurité

Les membres du panel ont examiné comment les considérations qui sous-tendent la « sécurité publique » ont été interprétées dans ces deux affaires. Dans l'affaire *Agbakoba*, le panel a

¹⁵⁰ 2022 BCCA 394 [*Agbakoba*].

¹⁵¹ 2019 CF 1251 ; 2023 CSC 21.

¹⁵² Voir *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 718(d).

¹⁵³ Voir *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, LC 1992, c 20, s 3(b).

discuté de la question de savoir si l'interprétation de la « sécurité publique » en vertu de l'article 672.54 (b) du *Code pénal* inclut ou exclut « les habitants de la juridiction d'accueil proposée ». ¹⁵⁴ Bien que le tribunal dans l'affaire *Agbakoba* ait inclus les « personnes à l'étranger » dans son interprétation de l'article 672.54 (b), cette disposition n'exige pas que la CISR détermine qu'un tel renvoi serait approprié sans que des mesures de supervision ou de cure soient confirmées dans la juridiction d'accueil. Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il convient d'imposer une mesure de non-renvoi, M. Navaneelan a ajouté qu'aucune disposition de la *LIPR* n'exige du décideur qu'il prenne en considération le danger pour le public à l'étranger ; au contraire, les paragraphes 113 (d) (i) et 115 (2) (a) n'exigent que la prise en considération du « danger pour le public au Canada ». Une telle exclusion du public dans la juridiction d'accueil crée une frontière qui donne la priorité au public au Canada.

Dans l'affaire *Mason*, la « sécurité publique » est circonscrite par des régimes juridiques divergents. Mme Sokhansanj a expliqué que le droit pénal et les procédures d'immigration examinent la « sécurité publique » sous des angles différents. Elle a décrit les régimes comme des voies qui se chevauchent, l'immigration étant plus juridictionnelle, avec la responsabilité exclusive des décisions concernant l'appartenance, tandis que la justice pénale est plus individualiste, avec un accent sur la punition et la sécurité publique. Elle a expliqué que la « sécurité publique » fait également partie du projet plus large de l'immigration lorsqu'il s'agit de déterminer qui peut être considéré comme un membre de la communauté et quelles caractéristiques sont disqualifiantes. ¹⁵⁵ Cependant, M. Navaneelan a indiqué que cette dualité pourrait entraîner des résultats injustes lorsque des enquêtes précèdent les procès criminels et que la preuve sans droit au silence est utilisée plus tard au cours du procès. En outre, pour déterminer l'irrecevabilité, le tribunal n'exige pas que la culpabilité soit établie au-delà de tout doute raisonnable, mais les systèmes d'immigration permettent de renvoyer une personne simplement sur la base de motifs raisonnables de croire qu'elle peut constituer un risque pour la « sécurité publique ». Par conséquent, les non-citoyens peuvent être soumis à des conséquences supplémentaires lorsqu'ils commettent des actes de violence, étant donné que leur risque pour la « sécurité publique » est pris en compte à la fois dans la *LIPR* et dans le *Code pénal*.

Les avantages de l'immigration

Enfin, le panel a examiné si les déclarations d'inadmissibilité sont justifiées en fonction des objectifs déclarés du système d'immigration du Canada. Mme Sokhansanj a défini les non-citoyens comme des membres conditionnels de l'État qui ont l'obligation de se conformer au contrat social attendu de la nouvelle communauté ou société. Dans l'affaire *Tran c. Canada (SPPC)*, la Cour a confirmé que « la *LIPR* vise à permettre au Canada de profiter des avantages de l'immigration. » ¹⁵⁶ Le paragraphe 3 (1) de la *LIPR* soutient le point de vue de Mme Sokhansanj par le biais d'une liste d'objectifs en matière d'immigration, notamment « les avantages sociaux, et économiques », ¹⁵⁷ « le développement des langues officielles minoritaires », ¹⁵⁸ et « la réalisation [générale] des objectifs en matière d'immigration fixés par » le gouvernement fédéral et les provinces. ¹⁵⁹ En outre, dans l'affaire *Agraira c. Canada (SPPC)*, la Cour a établi un lien entre ces ¹⁶⁰ et les « valeurs de l'État démocratique ». ¹⁶¹ Mme Sokhansanj a fait valoir que la *LIPR* constitue elle-même une frontière aux fins de la définition de l'appartenance, où l'on décide de l'admissibilité en tenant compte du projet

¹⁵⁴ *Agbakoba*, supra note 150 au para 64.

¹⁵⁵ *LIPR*, supra note 80, art 3(1)(h).

¹⁵⁶ 2017 CSC 50 au para 40.

¹⁵⁷ *LIPR* supra note 80, arts 3(1)(a), 3(1)(b), 3(1)(c).

¹⁵⁸ *Ibid*, art 3(1)(b.1).

¹⁵⁹ *Ibid*, art 3(1)(f).

¹⁶⁰ 2013 CSC 36 au para 78.

¹⁶¹ *Ibid*.

d'édification de la nation. En outre, comme l'a souligné M. Navaneelan, la *LIPR* s'insère dans le système de justice pénale, supprimant la réhabilitation et la réintégration des non-citoyens, ce qui a pour effet d'exclure les résidents permanents de la communauté canadienne. En outre, il a souligné que la criminalité des non-citoyens est souvent le résultat de leur vie au Canada, causée par la négligence subie dans leur pays d'origine et l'exposition à la criminalité au Canada. Ce chevauchement entre les systèmes d'immigration et de droit criminel empêche effectivement les non-citoyens de participer pleinement à la société canadienne. De plus, le juge Edelman a ajouté que cette perspective peut s'étendre aux réfugiés, expliquant qu'en vertu de l'article 33 de la *Convention sur les réfugiés*, un réfugié peut être expulsé ou renvoyé dans son pays d'origine s'il est établi, pour des motifs raisonnables, qu'il « constitue un danger pour la sécurité du Canada » ou « un danger pour la communauté » dans son pays d'origine.

162

Panel 6 : Les technologies et le droit international

Principaux points

- Les tribunaux doivent apprendre à gérer l'immatérialité à mesure que le monde virtuel continue de s'étendre.
- L'essor des technologies numériques a rendu les frontières plus flexibles, ce qui entraîne souvent des conflits juridictionnels
- La numérisation à l'échelle internationale oblige les systèmes juridiques du monde entier à évoluer.

Conférenciers

- Naivi Chikoc Barreda, professeure adjointe, Faculté de droit — Section de droit civil, Université d'Ottawa
- Céline Castets-Renard, titulaire de la Chaire de recherche de l'Université sur l'intelligence artificielle responsable à l'échelle mondiale ; chercheure régulière, Centre de recherche en droit, technologie et société ; professeure titulaire, Faculté de droit — Section de droit civil, Université d'Ottawa
- Gerald Chan, associé, Stockwoods LLP, Toronto

Introduction

Le panel sur *Les technologies et le droit international* a examiné comment les frontières peuvent à la fois compliquer et étendre le droit régissant l'utilisation des technologies. Gerald Chan a examiné comment la technologie transforme le système juridique canadien, en se concentrant respectivement sur le droit pénal transfrontalier et le télétravail transfrontalier. La professeure Naivi Chikoc Barreda a discuté des défis liés au travail dans un environnement virtuel, en se concentrant sur les questions de droit international privé. La professeure Céline Castets-Renard a abordé les défis juridiques du monde numérique, en particulier compte tenu de l'essor de l'intelligence artificielle (« IA »).¹⁶³ Les panélistes ont insisté sur le fait que les technologies révolutionnent et rapetissent notre monde tout à la fois, entraînant un débordement de nos systèmes juridiques les uns sur les autres.

¹⁶² *Convention sur les réfugiés*, supra note 134, art 33.

¹⁶³ Elle a souligné les points suivants : (a) la technologie est nouvelle et évolutive et il faut du temps pour la comprendre pleinement ; (b) la nature de la technologie transfrontalière crée des conflits dans la territorialité des lois nationales ; (c) les concepts traditionnels du droit international sont basés sur la matérialité, alors que la technologie est largement immatérielle ; (d) la protection de la propriété numérique ; et (e) l'augmentation de la « cybercriminalité ».

Protéger le virtuel et l'immatériel

Les conférenciers ont souligné qu'avec l'essor des technologies numériques, les systèmes juridiques traditionnels apprennent à adapter leurs lois à l'environnement virtuel international. La professeure Castets-Renard a mis en évidence les défis que pose l'internet pour les organismes de réglementation : faut-il élaborer de nouvelles lois ou peut-on adapter les anciennes ? Elle a expliqué que traditionnellement, le droit a été développé pour réglementer les objets matériels qui ont des emplacements précis. En revanche, les données numériques sont immatérielles, reproductibles et non négligeables. L'un des problèmes immédiats que cela pose est le stockage des données dans le « nuage informatique » : lorsqu'ils utilisent ces données, les gens utilisent un service en ligne, mais les données ne sont pas stockées dans une juridiction définie. La professeure Castets-Renard a également souligné les impacts des technologies transfrontalières, car en fonction des bases de données et des données d'apprentissage utilisées, les technologies numériques, en particulier l'IA, peuvent présenter des vulnérabilités qui entraînent des biais, ce qui accroît le risque de discrimination. Ces biais sont particulièrement fréquents dans la technologie de reconnaissance faciale (« TRC »), qui, a-t-elle expliqué, n'est actuellement pas réglementée au Canada. La professeure Castets-Renard a également expliqué que l'IA générative (logiciels d'IA ouverts, tels que ChatGPT et Dall-E) peut avoir des impacts en matière de propriété intellectuelle, de données personnelles et de confidentialité. En outre, la professeure Castets-Renard a souligné l'augmentation des cyberattaques non seulement par des parties privées, mais aussi par d'autres pays. Elle a expliqué que l'intrusion étrangère devient encore plus préoccupante, car l'IA générative s'accompagne d'un risque de désinformation qui manipule l'opinion, en particulier pendant les périodes électorales.

Cependant, le stockage des données et l'intelligence artificielle ne sont pas les seuls nouveaux outils numériques qui manquent d'une réglementation claire. La professeure Chikoc Barreda a souligné que la numérisation encourage l'internationalisation des relations de travail par le biais de la délocalisation virtuelle du travail et a décrit trois degrés différents de mobilité où le télétravail transfrontalier affecte à la fois le travailleur et la performance du travail : 1) le télétravailleur à domicile travaillant pour un employeur extraprovincial ; 2) la délocalisation de la résidence du télétravailleur au cours de son emploi ; et 3) le nomadisme numérique, où le télétravailleur se déplace régulièrement à travers les frontières. Les deux derniers scénarios impliquent une mobilité physique transfrontalière alors que le premier est un phénomène que l'économiste Richard Baldwin a décrit comme étant de la télémigration, car le flux de services international n'exige pas le déplacement du travailleur.¹⁶⁴

M. Chan s'est concentré sur les implications de *la Charte* pour les individus lorsque des preuves numériques attribuées à des Canadiens sont recueillies à l'étranger. Il a expliqué que l'arrêt *R. c. Hape* a établi l'applicabilité extraterritoriale limitée de la *Charte*.¹⁶⁵ En ce qui concerne les technologies, la Cour suprême a confirmé ce principe dans l'affaire *R. c. McGregor*.¹⁶⁶ Dans cette affaire, les autorités canadiennes ont demandé l'aide des autorités américaines pour effectuer une fouille dans l'appareil électronique de l'accusé, ce qui, selon ce dernier, violait ses droits en vertu de l'article 8 de la *Charte*.¹⁶⁷ La Cour a rejeté l'argument selon lequel la fouille ne concernait que sa résidence aux États-Unis et, par conséquent, « n'envisageait pas la perquisition et la saisie de ses appareils électroniques ». ¹⁶⁸ Alors que les technologies ne cessent d'évoluer, le droit est de plus en plus lié au monde virtuel, ce qui

¹⁶⁴ Voir Richard Baldwin, *The Globotics Upheaval: Globalization, Robotics, and the Future of Work*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

¹⁶⁵ 2007 CSC 26 aux paras 97–101.

¹⁶⁶ 2023 CSC 4 au para 25.

¹⁶⁷ *Ibid* au para 25.

¹⁶⁸ *Ibid* aux paras 33–34.

nécessite une réévaluation de la nature matérielle et physique de notre système judiciaire actuel.

Juridictions en conflit

Le monde numérique a également créé une ambiguïté dans les questions de compétence juridictionnelle. La professeure Castets-Renard a commenté les différentes approches en matière de données personnelles. Alors que les États-Unis ont choisi une approche fondée sur la propriété avec une séparation libre des données personnelles, l'Union européenne et le Canada ont adopté une approche plus personnelle avec des protections spécifiques concernant les données personnelles¹⁶⁹. Ces lois contradictoires entre les juridictions compliquent la réglementation internationale du monde virtuel.

M. Chan a développé cette question du conflit à partir d'une personne (ou société) qui se trouve dans la juridiction territoriale du tribunal qui a rendu l'ordonnance.¹⁷⁰ Bien que les traités d'entraide judiciaire bilatéraux facilitent souvent ce processus — ils permettent aux États de travailler par l'intermédiaire des autorités centrales de chacun de leurs États ou provinces pour aider à la collecte de preuves provenant de différentes juridictions — lorsqu'ils n'existent pas, il est souvent demandé aux tribunaux de résoudre les conflits de compétence. En ce qui concerne les technologies, la question est de savoir si la personne doit être physiquement présente ou si une présence virtuelle suffit à établir la compétence du tribunal. M. Chan a évoqué plusieurs affaires dans lesquelles le tribunal a estimé que la présence virtuelle pouvait être équivalente à une présence physique dans une juridiction. Dans l'affaire *Brecknell*, le tribunal a estimé que la présence virtuelle de Craigslist était suffisante pour¹⁷¹ établir un lien réel et substantiel entre la personne et la juridiction.¹⁷² Dans l'affaire *R. c. Love*, le tribunal a reconnu « les réalités de l'ère de l'internet, où les sociétés peuvent être présentes dans de nombreuses juridictions en même temps et où les informations relatives à ces sociétés peuvent être stockées n'importe où dans le monde ». ¹⁷³ En outre, dans l'affaire *eBay Canada Ltd v MNR*, la Cour a estimé qu'il était « formaliste à l'extrême pour les appelants de dire que, jusqu'à ce qu'un document soit téléchargé, les informations "légalement récupérées au Canada à partir des serveurs, et lues sur leurs écrans d'ordinateur au Canada, ne sont pas situées au Canada". ¹⁷⁴

M. Chan a en outre signalé un conflit de lois potentiel lorsque des multinationales sont soumises à des obligations juridiques distinctes dans des pays distincts. En ce qui concerne les ordonnances de production, M. Chan a souligné qu'il peut y avoir conflit lorsque la loi d'une autre juridiction interdit la divulgation d'informations personnelles privées des utilisateurs sans un mandat ou une injonction autorisée ou émise par un tribunal dans la juridiction de l'entreprise. Il ne s'agit pas d'une situation hypothétique dans l'affaire *R v Strong*, puisque Google LLC, une société américaine, a refusé de fournir des informations en vertu d'une ordonnance d'un tribunal canadien, parce que cela entrerait en conflit avec le "*Stored Communications Act*", une loi fédérale américaine qui interdit la divulgation du contenu des

¹⁶⁹ Voir David Harrington, « U.S. Privacy Laws: The Complete Guide » (10 mars 2023), en ligne (blog) : <www.varonis.com/blog/us-privacy-laws> ; Wendy Wagner, « Guide to Doing Business in Canada: Privacy Law » (20 octobre 2023), en ligne : <gowlingwlg.com/fr/insights-resources/guides/2023/doing-business-in-canada-privacy-law/>; Arielle Sie-Mah & Jasmine Samra, « European Commission Affirms Protection of Personal Data by Canada's Federal Privacy Framework as 'Essentially Equivalent' to the EU » (6 février 2024), en ligne : <gowlingwlg.com/fr/insights-resources/articles/2024/european-commission-protection-of-personal-data/>.

¹⁷⁰ *Code criminel*, *supra* note 152, art 487 014(1).

¹⁷¹ 2018 BCCA 5 (CanLII).

¹⁷² 2018 BCCA 5.

¹⁷³ 2022 ABCA 269 au para 36 (CanLII).

¹⁷⁴ 2008 CAF 348 au para 50 (CanLII).

communications, sauf en vertu d'un mandat qualifié délivré par un tribunal fédéral ou d'État des États-Unis ». ¹⁷⁵ De même, dans l'affaire *R v Mehan*, la Cour a estimé que l'interception par les autorités américaines de communications électroniques entre des résidents canadiens constituait une perquisition aux États-Unis, car la communication avait eu lieu au Canada et avait simplement été acheminée par un serveur américain et recueillie à titre de preuve aux États-Unis. ¹⁷⁶

En outre, le télétravail transfrontalier peut également créer des incertitudes en ce qui concerne les obligations juridiques. Dans une économie hautement mondialisée, les travailleurs à distance peuvent franchir de multiples frontières et exercer leurs fonctions depuis n'importe quel endroit du monde ; cependant, la professeure Chikoc Barreda a souligné qu'ils doivent toujours faire face à des conflits de réglementation en matière de contrats de travail. Le *Code civil du Québec* offre une solution potentielle à ce problème en établissant que establishing **that** the choice of law « cannot result in depriving the worker of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law of the State where the worker habitually carries out his work. ¹⁷⁷ De plus, la *Loi sur les normes du travail* du Québec comporte une disposition confirmant son application pour les employés qui **work** within or outside of Québec. ¹⁷⁸ Des lois similaires existent également dans les lois du travail provinciales et territoriales et les *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act(s)*. En l'absence d'une telle législation, la professeure Chikoc Barreda a également expliqué que, selon les règles générales d'interprétation des contrats, le lieu d'exécution doit être conforme aux attentes légitimes des parties au moment où elles ont signé le contrat. Toutefois, la professeure Chikoc Barreda a indiqué que l'existence d'un rattachement important doit être établie lorsque le travail est effectué à partir de plusieurs endroits. Dans l'affaire ¹⁷⁹ *Ltd*, le tribunal a estimé que les services de transport vers l'Alberta étaient basés en Saskatchewan parce que les journées de travail commençaient et finissaient dans cette province et que le siège social de l'employeur s'y trouvait.

Dans le contexte du travail à distance, la professeure Chikoc Barreda a expliqué que lorsqu'une entreprise engage un employé pour fournir des services en télétravail à partir de son domicile, les parties s'attendent normalement à ce que le travail soit effectué au lieu de résidence de l'employé. Dans l'affaire *Difeo v Blind Ferret Entertainment*, même si le travailleur utilisait son ordinateur au Nouveau-Brunswick, le tribunal a jugé que le Québec était compétent parce que c'est là que les parties ont négocié et signé le contrat de travail, sur la base du critère du « lien réel et substantiel ». ¹⁸⁰ La Cour applique également ce critère dans l'affaire *Danks. v. Ioli Management Consulting* ¹⁸¹ concernant un contrat entre une entreprise américaine située en Virginie et un télétravailleur situé en Ontario. Après avoir évalué les facteurs pertinents, la Cour a conclu que la Virginie était la juridiction appropriée. ¹⁸² De façon similaire, le tribunal dans l'affaire *Force One Marketing et al v Rritual Superfoods* a estimé que la résidence des employés d'une société en Ontario était insuffisante pour établir que l'employeur exerçait ses activités en Ontario alors que la société était constituée en Colombie-Britannique. ¹⁸³

¹⁷⁵ 2020 ONSC 7528 au para 103 (CanLII).

¹⁷⁶ 2017 BCCA 21 au para 52 (CanLII).

¹⁷⁷ Art 3118 CcQ.

¹⁷⁸ RLRQ, c N-1.1, art 2.

¹⁷⁹ 2009 SKQB 188 (CanLII).

¹⁸⁰ 2013 NBQB 337 au para 34, citant *Club Resorts Ltd c Van Breda*, 2012 CSC 17 au para 87 (CanLII).

¹⁸¹ 2003 CanLII 21459 (ON CS).

¹⁸² *Ibid* au para 30.

¹⁸³ 2022 ONSC 2877 au para 49.

Cependant, le tribunal n'établit pas toujours que le lieu de travail de l'employeur est la juridiction appropriée, ce qui peut également avoir une incidence sur le droit d'un employé à des prestations en vertu de la législation sur les normes du travail. Dans l'affaire *Shu Zang v IBM Canada Ltd*, la Commission a conclu qu'un employé travaillant à domicile en Colombie-Britannique en vertu d'un accord avec son employeur en Ontario n'avait pas droit à une indemnité de départ en vertu de la loi sur les normes d'emploi de l'Ontario parce qu'il n'avait pas travaillé suffisamment longtemps en Ontario.¹⁸⁴ La présentation de la professeure Chikoc Barreda a mis en évidence la manière dont la virtualisation remet en question le cadre traditionnel du droit international privé régissant à la fois la compétence et le droit applicable aux contrats de travail. Ces conflits ne feront qu'augmenter à mesure que le monde deviendra plus virtuel et que les frontières perdront de leur pertinence.

La révolution technologique

Les panélistes ont identifié les domaines dans lesquels le monde virtuel oblige le droit à s'attaquer à la fluidité croissante des frontières. La présentation de la professeure Castets-Renard a porté sur la manière dont la transition numérique est abordée sur la scène internationale. Elle a mis en évidence plusieurs pistes pour réglementer l'IA. Dans le domaine militaire, les pays commencent à réglementer l'IA en vertu du droit international humanitaire. En février 2023, le gouvernement des Pays-Bas a accueilli le premier sommet mondial sur l'IA responsable dans le domaine militaire (« REAIM »), au cours duquel « plus de 60 nations se sont mises d'accord sur un appel commun à l'action ».¹⁸⁵ Bien que le Canada ait participé à ce sommet à titre d'observateur, le pays travaille actuellement sur sa propre approche nationale par le biais du projet de loi C-27, *Loi de 2022 sur la mise en œuvre de la Charte du numérique*¹⁸⁶ « Le projet de loi est conçu pour mettre à jour la loi fédérale sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé au Canada, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE)*¹⁸⁷, pour créer a new tribunal, and to propose new rules for AI systems. » La partie 3 du projet de loi C-27 édicte la *Loi sur l'intelligence artificielle et les données*; cependant, la Loi ne s'applique pas aux institutions gouvernementales et se limite donc aux échanges et au commerce internationaux et interprovinciaux ». ¹⁸⁸ La professeure Castets-Renard a indiqué que ce champ d'application limité ne permet pas de résoudre les problèmes de compétence entre les gouvernements fédéral et provinciaux. En outre, elle a expliqué que la *Loi sur l'intelligence artificielle et les données* exigerait simplement qu'une personne « responsable d'un système à fort impact... établisse des mesures pour identifier, évaluer et atténuer les risques de préjudice ou de résultats biaisés qui pourraient résulter de l'utilisation du système ». ¹⁸⁹ En revanche, la proposition de loi sur l'IA de la Commission européenne couvre les risques pour la santé, la sécurité et les droits fondamentaux et classe le type d'utilisation en trois catégories : risque

¹⁸⁴ 2019 CanLII 79 641 (ON LRB) aux paras 32-34.

¹⁸⁵ John Xavier, "REAIM summit: Over 60 Nations Agree to a Joint Call to Action on Responsible Use of AI in Military", *The Hindu* (23 février 2023), en ligne: <www.thehindu.com/sci-tech/technology/reaim-summit-over-60-nations-agree-to-a-joint-call-to-action-on-responsible-use-of-ai-in-military/article66518230.ece>.

¹⁸⁶ Voir PL C-27, *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée du consommateur, la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et la Loi sur l'intelligence artificielle et les données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois*, 1^e sess, 44^e lég, 2022 (première lecture le 16 juin 2022).

¹⁸⁷ Kristen Thompson, "Canada's New Federal Privacy Bill C-27—Summary of Significant Impacts and New Proposals", *Dentons* (20 juin 2022): en ligne : <www.dentons.com/en/insights/articles/2022/june/20/canadas-new-federal-privacy-bill-c27-summary-of-significant-impacts-and-new-proposals>.

¹⁸⁸ PL C-27, *supra* note 186, art 3(1).

¹⁸⁹ *Ibid*, art 8 (sous partie 3).

inacceptable, risque élevé et risque faible ou minimal.¹⁹⁰ La professeure Castets-Renard a expliqué que l'absence d'un cadre juridique clair pour l'intelligence artificielle crée un risque de fragmentation territoriale. Elle estime que la coopération internationale est le seul moyen d'atténuer efficacement les dommages potentiels.

De même, la professeure Chikoc Barreda a souligné que les trois scénarios de mobilité du télétravail — fondés sur le domicile, la délocalisation de la résidence et le nomadisme numérique — brisent la cohérence de notre cadre réglementaire, créant un manque de coordination entre le droit international privé et les normes minimales en matière d'emploi. Ce paradigme peut non seulement être préjudiciable aux télétravailleurs, mais aussi nuire à la prévisibilité et à la sécurité juridique pour les deux parties dans les affaires transfrontalières. La professeure Chikoc Barreda a insisté sur le fait que les organismes de réglementation doivent trouver des solutions aux lois contradictoires en matière de normes d'emploi. Elle a fait remarquer qu'étant donné que le droit provincial régit les contrats, les employeurs et les employés s'attendent à ce que la législation sur les normes d'emploi de cette juridiction s'applique à la relation et non au contrat. Dans les environnements de travail à distance, elle estime que la compétence devrait être fondée à la fois sur les attentes légitimes des parties et sur les droits de l'employé. Elle a souligné que l'employé est la partie vulnérable de la relation et que l'objectif des normes minimales d'emploi devrait être de fournir un flux minimum de droits pour protéger la partie vulnérable.

En outre, face à la révolution technologique, M. Chan a déclaré que le critère du « lien réel et substantiel » énoncé dans l'arrêt *Brecknell* devrait être l'objectif à atteindre pour établir la compétence en matière d'ordonnances de production. Il estime que ce critère est suffisamment souple pour s'adapter à une situation où la société qui possède et contrôle les données et qui n'est pas physiquement présente au Canada sert des personnes au Canada. La présence virtuelle dans la juridiction est suffisante pour émettre une ordonnance obligeant l'entreprise à produire les données. Cependant, il a souligné les problèmes potentiels d'application, car l'entreprise pourrait n'accepter de se conformer qu'aux lois qui régissent la juridiction où les données sont détenues. Ce panel a fourni une vue d'ensemble de l'impact des technologies sur notre environnement juridique actuel et de la manière dont les gouvernements et les tribunaux s'attaquent aux conflits et aux ambiguïtés potentiels. Toutefois, comme l'a souligné la professeure Castets-Renard, nous ne pouvons pas mettre des barrières ou des frontières autour de tout ce qui est technologique et numérique, mais nous devons plutôt trouver des moyens d'atténuer les risques.

Panel 7 : La protection des réfugiés

Principaux points

- Un aperçu du processus de demande du statut de réfugié au Canada.
- Les systèmes de protection des réfugiés et d'octroi de l'asile au Canada et dans le monde sont soumis à de fortes pressions, ce qui pose des problèmes aux membres des commissions et aux demandeurs d'asile.
- Alors que le système canadien est en cours de modernisation en vue d'améliorer l'accessibilité et de réduire le risque de réactivation des traumatismes, les préoccupations modernes, telles que le changement climatique, produiront de nouveaux types de réfugiés et nécessiteront d'autres évolutions.

Conférenciers

¹⁹⁰ UE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles harmonisées en matière d'intelligence artificielle (Acte sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union*, COM (2021) 206 final, 2021/0106 (COD) au titre II, en ligne : <eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>.

- Preeti Adhopia, vice-présidente adjointe, Section de la protection des réfugiés, Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada
- Aviva Basman, avocate gestionnaire, Bureau du droit des réfugiés, Aide juridique Ontario ; présidente, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés
- L'honorable Lobat Sadrehashemi, juge à la Cour fédérale
- Azadeh Tamjeedi, juriste principale et cheffe de l'unité de protection, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés

Introduction

Le panel sur *La protection des réfugiés* a examiné la manière dont les lois et les pratiques actuelles s'appliquent aux personnes en quête de sécurité en dehors de leur pays d'origine, à l'échelle nationale et internationale. Azadeh Tamjeedi a entamé la discussion par un survol de la situation actuelle des personnes réfugiées et des demandeurs d'asile dans le monde. Ensuite, Preeti Adhopia a donné un aperçu du processus de demande du statut de réfugié. L'honorable juge Lobat Sadrehashemi de la Cour fédérale s'est penchée sur le processus d'octroi de l'asile, y compris les difficultés et les complexités rencontrées par les décideurs. Aviva Basman a complété la présentation de la juge Sadrehashemi en expliquant les obstacles auxquels la personne qui fait une demande d'asile peut être confrontée lorsqu'elle tente de convaincre le décideur qu'elle a besoin de protection et qu'elle répond aux définitions juridiques. Enfin, Mme Adhopia a fait écho aux présentations de la juge Sadrehashemi et de Mme Basman en expliquant comment les directives de la CISR abordent les défis auxquels les membres de la commission et les demandeurs d'asile sont confrontés.

La protection des réfugiés au Canada et dans le monde

Mme Tamjeedi a expliqué les différences de statut entre les demandeurs d'asile et les réfugiés, en précisant que les demandeurs d'asile attendent de recevoir une décision sur leur statut de réfugié, tandis que les réfugiés sont définis dans la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*¹⁹¹ et dans la loi fédérale canadienne : il s'agit d'une personne qui se trouve hors de son pays d'origine ou qui ne peut y retourner, « 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 ». ¹⁹²

Les demandeurs d'asile peuvent obtenir l'asile au Canada par deux voies principales : 1) une personne présente une demande de statut de réfugié à un point d'entrée à un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada ou à de l'intérieur du pays auprès d'Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada ;¹⁹³ et si la demande est acceptée, 2) l'agent transmet la demande à la Section de la protection des réfugiés de la CISR, qui déterminera si le demandeur a droit à la protection.¹⁹⁴ Mme Adhopia a expliqué les circonstances dans lesquelles une demande peut être irrecevable dans le cadre de la première étape : 1) la personne a été reconnue comme réfugiée dans un autre pays ; 2) une demande antérieure a été présentée et rejetée au Canada ; 3) l'*Entente entre le Canada et les États-Unis sur les tiers pays sûrs* s'applique ; ou 4) il existe des préoccupations liées à la sécurité à la

¹⁹¹ *Convention sur les réfugiés*, supra note 134.

¹⁹² *LIPR*, supra note 80, art 96.

¹⁹³ *Ibid*, art 99.

¹⁹⁴ *Ibid*, art 100.

criminalité.¹⁹⁵ Si la demande est rejetée, le demandeur peut faire appel auprès de la Section d'appel des réfugiés¹⁹⁶ ou demander un contrôle judiciaire auprès de la Cour fédérale.¹⁹⁷

La juge Sadrehashemi a expliqué le processus inquisitoire de détermination du statut de réfugié pour une demande admissible. En 1993, la Cour suprême a statué que le demandeur doit établir 1) qu'il craint subjectivement d'être persécuté, ce qui est fondé dans un sens objectif, et 2) que la persécution entre dans l'une des trois catégories :

- (1) les groupes définis par une caractéristique innée et immuable,
- (2) les groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles liées à leur dignité humaine, et
- (3) les groupes associés par un ancien statut volontaire immuable en raison de sa permanence historique.¹⁹⁸

La juge Sadrehashemi a indiqué que le demandeur doit seulement établir que le risque de persécution est « plus qu'une possibilité », ce qui est un seuil plus bas que la prépondérance des probabilités. La Cour a également statué que les membres de la Commission doivent prendre en considération tous les motifs de persécution disponibles en se fondant sur tous les faits de l'espèce, même les motifs qui n'ont pas été soulevés par le demandeur d'asile.¹⁹⁹ Si la CISR détermine finalement que le demandeur d'asile est un réfugié, celui-ci devient une personne protégée et peut demander la résidence permanente.²⁰⁰ Comme l'a démontré la présentation de Mme Adhopia, ce système vise à fournir un mécanisme équitable et compatissant pour les personnes qui ont réellement besoin d'un refuge.

Contraintes et défis

Les panélistes ont illustré comment les changements dans le monde et l'afflux de réfugiés en provenance de zones de conflit ont exercé une pression énorme sur le processus canadien d'asile.²⁰¹ Mme Adhopia a expliqué qu'en date du mois de septembre, 87 500 demandes d'asile avaient été transmises à la CISR en 2023, soit un total de 135 000 au cours des cinq dernières années. Elle a souligné qu'il s'agit de l'inventaire le plus important effectué dans l'histoire de la CISR : ces chiffres représentent près de trois fois le nombre de demandes reçues en 2017. Mme Adhopia a également précisé que 73 % des demandes d'asile entendues ont été acceptées cette année.²⁰² Bien que cette augmentation significative dépasse la capacité du système canadien, Mme Tamjeedi a souligné que 75 % des réfugiés et des demandeurs d'asile dans le monde sont déplacés dans des pays à revenu faible ou intermédiaire, soulignant que le Canada ne reçoit qu'environ 2 % des demandes d'asile. Elle a énuméré les cinq pays les plus touchés par la crise migratoire, à savoir l'Iran, la Turquie, l'Allemagne, la Colombie et le Pakistan, ajoutant que 52 % des demandes proviennent de la Syrie, d'Afghanistan et d'Ukraine.

¹⁹⁵ *Ibid*, art 101.

¹⁹⁶ *Ibid*, arts 110–11.

¹⁹⁷ *Ibid*, arts 72–75.

¹⁹⁸ Voir *Canada (Procureur général) c Ward*, 1993 CanLII 105 (CSC).

¹⁹⁹ *Ibid*.

²⁰⁰ *LIPR*, *supra* note 80, art 95.

²⁰¹ Voir Chambre des communes, *Les demandeurs d'asile à la frontière canadienne : Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration* (mai 2023) (présidente : Salma Zahid) aux pp 12, 15.

²⁰² See Chantel Spade & Tearney McDermott, « 'Safe' countries and 'Fraudulent' Refugees: Tools for Narrowing Access to Canada's Refugee System » (août 2020), en ligne (pdf) : <www.torontomu.ca/content/dam/centre-for-immigration-and-settlement/tmcis/publications/spotlightonmigration/2020_4_Spade_Chantel_McDermott_Tearney_Safe_countries_and_fraudulent_refugees_Tools_for_narrowing_access_to_Canada%E2%80%99s_refugee_system.pdf>.

Cette pression est aggravée par les obstacles considérables à l'accessibilité auxquels les demandeurs d'asile sont confrontés dans le cadre du processus canadien d'asile. L'une des principales difficultés réside dans la nature complexe et juridique de la procédure. Mme Basman a expliqué que de nombreux demandeurs d'asile ont du mal à comprendre les procédures et les exigences complexes et que ce manque de connaissances peut entraver la capacité d'un demandeur à naviguer efficacement dans le système. Sa présentation a illustré la manière dont les membres de la Commission évaluent la crédibilité d'un demandeur en comparant chaque document soumis lors de l'entretien avec son témoignage oral. Elle a fait référence à la professeure Hilary Evans Cameron en soulignant l'impact des traumatismes sur la mémoire et le souvenir. Dans son livre, la professeure Cameron souligne que « la compréhension par la Cour de la façon dont les gens témoignent repose fortement sur une théorie populaire de la mémoire [...] selon laquelle l'esprit humain fonctionne comme un magnétoscope »;²⁰³ cependant, « les souvenirs humains [sont] instables dans le meilleur des cas ».²⁰⁴ De plus, le « contexte social » d'une audience relative à la demande d'asile, avec les déséquilibres de pouvoir et un demandeur qui peut « être stressé, fatigué et traumatisé », on peut s'attendre à ce que toute preuve qu'il donne « produise des niveaux particulièrement élevés d'incohérence ».²⁰⁵ De plus, la Cour fédérale a statué « que les victimes de torture peuvent avoir des difficultés de mémoire, de constance et de cohérence »²⁰⁶ et que les membres de la Commission « ne devraient pas avoir des attentes exagérées quant à ce dont un demandeur devrait se souvenir avec précision ».²⁰⁷ Cependant, comme l'a démontré la présentation de Mme Basman, la reconstitution de la mémoire reste un obstacle pour les demandeurs d'asile, en particulier ceux qui n'ont pas d'avocat expérimenté.

Les panélistes ont ensuite illustré les défis auxquels les membres de la Commission sont confrontés dans le processus de détermination du statut de réfugié par l'établissement des faits. La juge Sadrehashemi a souligné que le dossier présenté aux membres de la Commission est souvent un patchwork incomplet de preuves ; ils disposent de peu de temps avec le demandeur pour examiner la véracité de circonstances culturelles qui leur sont souvent inconnues. En outre, elle a souligné que les préjugés implicites constituent un défi pour tous les décideurs. Elle a fait référence à un article de la professeure Fatma Marouf, qui explique comment la nature complexe des procédures relatives aux réfugiés augmente la probabilité que des biais inconscients influencent les décisions, en particulier dans l'évaluation de la crédibilité.²⁰⁸ La juge Sadrehashemi a expliqué que ce défi est accentué par d'autres obstacles à la transmission de la preuve : l'absence de représentation juridique et le manque de familiarité avec le système juridique canadien, l'accès aux preuves personnelles et les traumatismes. En outre, les demandeurs d'asile peuvent ne pas maîtriser l'anglais ou le français, ce qui peut empêcher une communication et une compréhension efficaces.²⁰⁹ Ce fossé linguistique peut conduire à la transmission d'informations erronées, lorsque les membres de la Commission ne comprennent pas pourquoi un demandeur cherche refuge, et que les demandeurs interprètent mal les questions posées par les membres. Les défis juridiques et procéduraux complexes liés à la procédure de détermination du statut de réfugié, conjugués à la pression accrue concernant la protection des réfugiés dans le monde, créent

²⁰³ Hilary Evans Cameron, *Refugee Law's Fact-Finding Crisis: Truth, Risk, and the Wrong Mistake*, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2019 à la p 122.

²⁰⁴ *Ibid* aux pp 167–68.

²⁰⁵ *Ibid* à la p 168.

²⁰⁶ *Wardi c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1509 au para 15 (CanLII).

²⁰⁷ *Zhang c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 713 au para 32 (CanLII).

²⁰⁸ Voir Fatma E Marouf, « Implicit Bias and Immigration Courts » (2011) 45:2 *New Eng L Rev* 417 aux 437–38.

²⁰⁹ Voir généralement Souhail Boutmira, « Older Syrian Refugees' Experiences of Language Barriers in Postmigration and (Re) settlement Context in Canada » (2021) 1:3 *Intl Health Trends & Perspectives* 404.

des obstacles pour les personnes qui présentent une demande et pour les membres de la Commission qui cherchent à en évaluer la crédibilité.

Un système moderne de protection des réfugiés

Les panélistes ont identifié les domaines dans lesquels la modernisation et l'innovation pourraient répondre à la croissance exponentielle des statistiques migratoires et aux défis croissants du processus de détermination du statut de réfugié. Mme Tamjeedi a expliqué que les demandes d'asile et les déplacements de réfugiés sont des symptômes de l'augmentation constante des conflits dans le monde, qui a entraîné la fermeture des frontières par de plus en plus de pays. En plus de cette augmentation des conflits, elle a indiqué que des migrations climatiques se profilent également à l'horizon. Mme Basman a fait référence au rapport de l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés (« ACAADR ») sur les migrations climatiques.²¹⁰ Le rapport définit un « migrant climatique » comme une personne

[TRADUCTION] :

- 1) qui se trouve en dehors du pays dont elle a la nationalité ou dans lequel elle réside habituellement ;
- 2) dont le pays de nationalité ou d'ancienne résidence habituelle a été ou sera affecté au cours de sa vie par une catastrophe environnementale à court ou à long terme ou par une dégradation de l'environnement ; et
- 3) qui, si elle fait l'objet d'un renvoi, court un risque pour sa vie, sa liberté ou la sécurité de sa personne, en raison de cette catastrophe ou de cette dégradation.²¹¹

Mme Basman a expliqué que la définition doit être large pour aborder la question des migrations climatiques et recommande en outre d'élargir les dispositions législatives et les politiques pour tenir compte des risques encourus par les personnes fuyant les catastrophes et la dégradation de l'environnement.

Mme Adhopia a souligné qu'il est difficile de créer un système de protection des réfugiés parfait. Elle a expliqué que même s'il est possible d'ajouter différents outils pour l'améliorer, le processus canadien d'asile est généralement sur la bonne voie : la CISR 1) exige que les membres suivent une formation approfondie sur la sensibilité culturelle, les préjugés inconscients et le travail avec les populations vulnérables ; 2) organise des séances mensuelles de développement professionnel avec des experts dans le domaine ; et 3) a mis en place un groupe de travail sur le genre depuis 2020 incluant une formation spécialisée sur les questions interculturelles et les questions tenant compte des traumatismes. Ce type de formation contribue à créer un environnement plus favorable et plus empathique pour les demandeurs d'asile, minimisant ainsi le risque de réactivation des traumatismes.²¹² En outre, la rationalisation des processus administratifs et l'investissement dans des ressources supplémentaires visant à réduire les délais de traitement contribueraient à un système plus efficace, permettant une résolution rapide et réduisant l'incertitude pour les demandeurs.²¹³

²¹⁰ Aviva Basman, Warda Shazadi Meighen & Rachel Bryce, *Rapport sur la migration climatique 2023 de l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés* (octobre 2023), en ligne (pdf) : <carl-acaadr.ca/wp-content/uploads/2023/11/CARL-Climate-Report-October-2023-1-002.pdf>.

²¹¹ *Ibid* à la p 11.

²¹² Voir généralement Vancouver Association for Survivors of Torture, « Recommendations for a Trauma-Informed Immigration System » (30 octobre 2018), en ligne (pdf) : <www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/CIMM/Brief/BR10170798/br-external/VancouverAssociationForSurvivorsOfTorture-e.pdf>.

²¹³ Voir Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Un système d'immigration pour l'avenir du Canada » (dernière modification 15 novembre 2023), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/campagnes/avenir-systeme-immigration-canada/plan.html>.

La modernisation du processus canadien d'asile devrait comprendre la simplification des processus, l'amélioration des services de soutien linguistique, l'accessibilité à une aide juridique abordable et la mise en œuvre de pratiques qui tiennent compte des traumatismes. Mme Adhopia a illustré l'un de ces changements par les Directives du président. Le président de la CISR est habilité par la loi à « émettre des lignes directrices par écrit à l'intention des membres de la Commission ». ²¹⁴ Bien que ces lignes directrices ne soient pas contraignantes, les membres « sont censés les suivre », « à moins qu'il n'existe des raisons impérieuses ou exceptionnelles de s'en écarter », et « doivent expliquer leur raisonnement » s'ils choisissent de s'en écarter. ²¹⁵ Mme Adhopia a souligné que ces lignes directrices reconnaissent l'impact négatif que les mythes, les stéréotypes et les fausses présomptions concernant les vulnérabilités, les handicaps et les caractéristiques personnelles peuvent avoir sur le processus de décision. Elle a souligné en particulier la ligne directrice 8, ²¹⁶ qui fournit des conseils sur les « situations dans lesquelles le handicap, la vulnérabilité et/ou les caractéristiques personnelles d'une personne » peuvent obliger le membre de la Commission à accorder des mesures d'adaptation d'ordre procédural ou à réévaluer sa méthode de décision. ²¹⁷ Mme Adhopia a fait remarquer que le handicap ou la vulnérabilité ne sont pas toujours visibles ou apparents ; par conséquent, la ligne directrice 8 exige des membres qu'ils créent un environnement sûr en appliquant les principes du processus décisionnel tenant compte des traumatismes afin d'éliminer les obstacles à l'accès à la justice :

- assurer une mise au rôle prioritaire ou permettre d'autres options de mise au rôle ;
- permettre à une personne de soutien de participer à l'audition ;
- tenir l'audience dans un environnement plus informel ;
- varier l'ordre des interrogatoires ;
- proposer des pauses ou permettre à une personne de bouger ;
- exclure de l'audience les personnes qui ne sont pas parties à l'audience ;
- affecter au dossier un commissaire et/ou un interprète d'un genre en particulier ;
- autoriser l'utilisation de la transcription en temps réel et/ou de fonctions de clavardage virtuel, par exemple, pour les personnes sourdes ou les personnes ayant une déficience auditive ; et
- expliquer les processus de la CISR dans un langage simple ; ²¹⁸

Ces mesures favorisent collectivement l'accessibilité et visent à créer un système plus compatissant et plus efficace qui respecte la dignité et le bien-être des demandeurs d'asile.

Panel 8 : La souveraineté autochtone et les frontières

Principaux points

- Les frontières peuvent être identifiées dans les relations créées par les nations autochtones.

²¹⁴ *LIPR*, *supra* note 80, art 159(1)(h).

²¹⁵ Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, *Politique sur l'utilisation des directives du président et des guides jurisprudentiels* (7 juillet 2022), art 6, en ligne : <www.irb-cisr.gc.ca/fr/legales-politique/politiques/Pages/politique-directives-president-guides-jurisprudentiels.aspx>.

²¹⁶ Voir Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, *Directives numéro 8 du président : Accessibilité des procédures devant la CISR — mesures d'adaptation d'ordre procédural et considérations de fond* (31 octobre 2023), en ligne : <www.irb-cisr.gc.ca/fr/legales-politique/politiques/Pages/GuideDir08.aspx>.

²¹⁷ *Ibid*, art 1.1.

²¹⁸ *Ibid*, art 10.2.

- Si les frontières coloniales restreignent l'autonomie, elles ne définissent pas la manière dont les peuples autochtones perçoivent leur souveraineté.
- Les peuples autochtones sont engagés dans une négociation sans fin pour la reconnaissance de leur souveraineté.

Conférenciers

- Adam O. Letourneau, c.r., fondateur et associé directeur, Letourneau LLP
- Bonnie Cole, conseillère juridique, Conseil mohawk d'Akwesasne
- Wayne D. Garnons-Williams, avocat principal et directeur général, Garwill Law ; directeur général, Indigenous Sovereign Trade Consultancy ; président, IITIO
- Michael Kanentakeron Mitchell, ancien grand chef, Conseil mohawk d'Akwesasne

Introduction

Le panel sur *La souveraineté autochtone et les frontières* a examiné le conflit entre la souveraineté autochtone et les frontières nationales et internationales. Bonnie Cole et le chef Michael (*Kanentakeron*) Mitchell se sont concentrés sur Akwesasne et sur la manière dont le droit canadien limite la souveraineté des Mohawks. Wayne Garnons-Williams a abordé la souveraineté autochtone sous l'angle du commerce autochtone, expliquant comment des accords commerciaux novateurs peuvent contribuer à renforcer l'autonomie autochtone malgré la primauté des frontières internationales. La section suivante donne un aperçu des principaux thèmes abordés par les conférenciers : 1) l'utilisation des frontières au sein des nations autochtones et entre elles ; 2) la manière dont les frontières coloniales créent des obstacles à l'exercice de la souveraineté par les peuples autochtones ; et 3) les négociations incessantes sur les droits à la souveraineté autochtone. La discussion de ce panel a mis l'accent sur la façon dont la perspective autochtone des frontières transcende les limites qui leur sont imposées par les gouvernements coloniaux.

Les frontières interrelationnelles autochtones

Les conférenciers ont expliqué comment les nations autochtones se servent des frontières pour développer et maintenir des relations au sein de leur propre nation, avec d'autres nations autochtones et avec les États-nations coloniaux. Mme Cole s'est appuyée sur l'exemple des Mohawks d'Akwesasne pour décrire la présence de frontières au sein des nations autochtones. Akwesasne est traversée par la frontière canado-américaine, les frontières provinciales du Québec et de l'Ontario, et les frontières du comté de New York. La tribu mohawk de Saint-Régis s'autogouverne dans la région américaine grâce à la compétence qui lui est conférée par le *Traité de Jay*.²¹⁹ Dans la région canadienne, la *Loi sur les Indiens*²²⁰ a été imposée aux Mohawks d'Akwesasne, remplaçant le gouvernement autochtone traditionnel qui existait depuis des millénaires par un système de gouvernance composé de conseils de bande. Cette *loi* crée également une frontière à l'intérieur du Canada, séparant les personnes autochtones enregistrées de celles qui ne le sont pas.

Cependant, comme l'a expliqué Mme Cole, les Mohawks n'ont jamais abandonné leur souveraineté à une entité étrangère ou nationale, et avant la colonisation, ils avaient leur propre histoire de frontières. Les Mohawks d'Akwesasne sont membres de la Confédération *Haudenosaunee* (les « *Haudenosaunee* »), également connue sous le nom de Confédération iroquoise. L'histoire des *Haudenosaunee* est constituée d'histoires, de lois et de traditions qui structurent leurs sociétés. Leur histoire de la création (*Tsi kiontonhwentsison*) décrit la

²¹⁹ Voir *Traité d'amitié, de commerce et de navigation (Traité de Jay)* É-U et R-U, 19 novembre 1794, 8 Stat 116.

²²⁰ LRC 1985, c I-5, art 107 [*Loi sur les Indiens*].

naissance comme étant représentée par la femme du ciel qui est tombée sur terre. Dans cette histoire, elle tombe par un trou dans un arbre déraciné en direction de la « Grande Tortue », franchissant ainsi la frontière entre le « Monde du Ciel » et ce qui deviendra l'Île de la Tortue.²²¹ Avant la colonisation, les *Haudenosaunee* comprenaient cinq nations vivant dans des sociétés bien organisées, sophistiquées et indépendantes. Les frontières de la collaboration étaient définies dans leur Grande Loi de Paix, où chacune des cinq Nations avait un rôle dans la Confédération, chaque clan avait un rôle au sein de sa Nation, et chaque personne avait un rôle au sein de son clan. En outre, les *Haudenosaunee* suivaient les enseignements et les lois du discours de Thanksgiving (*Ohenten Kariwatekwen*) en respectant et en préservant la terre : ne prendre que ce qui est nécessaire et vivre en harmonie avec la nature.

Les Mohawks se sont également servi des frontières pour conclure des accords avec les colons venus d'Europe. Mme Cole explique comment les *Haudenosaunee* ont créé l'entente du Wampum à deux rangs, un accord de nation à nation pour partager les ressources tout en restant autonomes. Ce traité donne une orientation au monde, permettant à deux nations de gouverner sans voir l'autre interférer. Ces traités remontent aux ententes conclues avec les Hollandais avant l'arrivée des Britanniques. Ils sont encore utilisés aujourd'hui. M. Garnons-Williams explique que les ceintures Wampum ont également été utilisées pour représenter les ententes commerciales et accords de paix ; plutôt que d'utiliser un morceau de papier pour attester la relation, les ceintures Wampum racontent l'histoire de l'entente. M. Garnons-Williams a été le principal négociateur canadien de l'*Arrangement de coopération économique et commerciale avec les peuples autochtones* (« ACECPA ») par l'intermédiaire du groupe de travail autochtone sur la politique commerciale d'Affaires mondiales Canada. Le groupe de travail autochtone a remis au ministre du Commerce une ceinture wampum unique à deux rangs qui raconte l'histoire de l'entente : les symboles blancs représentent les nations autochtones et les États-nations, séparés par un fond bleu qui représente l'eau. Cette ceinture raconte l'histoire de nations qui collaborent en partenariat tout en restant indépendantes. Ce panel a mis en évidence la façon dont les frontières sont conçues par les peuples autochtones et utilisées pour renforcer les relations entre les nations.

Les limites imposées par les frontières coloniales

Inversement, les frontières coloniales nationales et internationales ont servi à limiter l'exercice de la souveraineté autochtone. Si le code d'appartenance d'Akwesasne permet à d'autres membres de la Confédération, au Canada ou aux États-Unis, d'être membres d'Akwesasne, les membres nés aux États-Unis sont soumis à des restrictions en vertu du droit canadien. Par exemple, un membre d'Akwesasne des États-Unis marié à un membre du Canada ne peut pas travailler au Canada, même si le code d'appartenance l'autorise. En revanche, le *Traité de Jay* permet aux autochtones nés au Canada « d'entrer librement aux États-Unis à des fins d'emploi, d'études, de retraite, d'investissement ou d'immigration » en fournissant simplement la preuve de leur autochtonie au point d'entrée.²²² Pour illustrer les limites de la législation canadienne en matière d'immigration, Mme Cole a également raconté l'histoire d'une Chinook mariée à un Mohawk en Ontario, qui devait quitter le pays toutes les deux semaines parce que le droit canadien de l'immigration exigeait un statut d'immigrant reçu et un parrain pour prouver qu'elle ne représenterait pas un fardeau excessif pour le système de santé.

²²¹ Musée canadien de l'histoire, « Une présence autochtone », en ligne : <www.historymuseum.ca/cmhc/exhibitions/aborig/fp/fpz2f22e.html>.

²²² Ambassade et consulats des É-U au Canada, « First Nations and Native Americans » (25 février 2016), en ligne : <ca.usembassy.gov/visas/first-nations-and-native-americans/>.

En outre, en tant que citoyen de la Métis Nation of Alberta, Adam Letourneau, qui a animé le panel, a décrit comment la division des zones de récolte métisse en Alberta²²³ limite sa capacité à exercer ses droits inhérents à la pêche, à la chasse et à la cueillette. La *Métis Harvesting in Alberta Policy (2018)* autorise la récolte sur la base d'un « lien historique avec l'une des quatre zones de récolte des Métis en Alberta, ainsi qu'un lien contemporain avec la même communauté ». ²²⁴ Cependant, M. Letourneau ne vit pas dans la région où il a établi son lien historique et est donc contraint de se rendre dans le Nord pour partager ces traditions avec ses enfants. Comme le souligne Mme Cole, pour les peuples autochtones du Canada [TRADUCTION] « [I] a frontière est partout, visible et invisible », ce qui leur coûte « du temps et de l'argent, pèse sur leur santé mentale » et les affecte « de tant de façons qu'ils ont du mal à les démêler toutes ». ²²⁵

En ce qui concerne les limitations coloniales, le chef Mitchell a utilisé l'affaire *Mitchell c. M.R.N.* comme étude de cas pour expliquer comment les tribunaux canadiens empêchent les peuples autochtones d'exercer leurs droits. En tant que demandeur dans l'affaire *Mitchell*, le chef Mitchell a cherché à obtenir un « droit à la mobilité internationale en tant que citoyen de la nation mohawk ». ²²⁶ Il a mis en avant l'appel devant la Cour suprême du Canada pour montrer comment l'interprétation coloniale des frontières empêche les nations autochtones de s'autogouverner. La Cour a constaté que lorsque « la Constitution a été rapatriée [...] tous les aspects de la souveraineté [de la Couronne] ont été fermement situés à l'intérieur des frontières [canadiennes] ». ²²⁷ La Cour a décrit la revendication du chef Mitchell comme étant le « droit de transporter des marchandises à *travers une frontière internationale* à des fins commerciales », plutôt que le simple « droit de commercer », ²²⁸ et a donc pu invoquer l'autorité du « droit international et de la common law » pour limiter la souveraineté des Mohawks. ²²⁹ La présentation du chef Mitchell a illustré la façon dont la décision de la Cour a favorisé l'imposition coloniale de frontières au détriment d'une tradition de l'époque antérieure au contact avec les Européens. ²³⁰

En outre, M. Garnons-Williams a évoqué les actions des autorités canadiennes concernant les droits des autochtones, expliquant le fossé entre ce qui est présenté comme un fait pour un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (« ASFC ») et ce qui est un fait pour les peuples autochtones. Il souligne que ce fossé culturel crée un malentendu, d'autant plus que l'agent de l'ASFC fera exactement ce qui est prévu dans son manuel des politiques et rien de plus. Il demande que les personnes qui travaillent à la frontière soient informées des relations entre les peuples autochtones et de l'histoire des peuples autochtones en Amérique du Nord, et notamment de la manière dont la mise en œuvre des frontières et de la *Loi sur les Indiens* a empêché les peuples autochtones de transporter leurs marchandises en rendant illégal le commerce entre tribus. En outre, il a fait remarquer que les limitations commerciales créent des obstacles pour les autochtones qui cherchent à prouver une « continuité raisonnable entre les pratiques antérieures au contact et la revendication contemporaine ». ²³¹ Les conférenciers ont montré comment la législation frontalière canadienne impose des restrictions aux peuples autochtones, limitant leur vision du monde et leurs traditions.

²²³ Voir Alberta, *Métis Harvesting in Alberta Policy (2018)*, PST 00032578-1, entrée en vigueur le 1 septembre 2019, (dernière modification le 25 février 2019), en ligne (pdf) : <albertametis.com/app/uploads/2019/07/Me%CC%81tis-Harvesting-in-Alberta-Policy-2019-1.pdf>.

²²⁴ *Ibid* à la p 1.

²²⁵ Amelia Philpott, « The Ship is Not the Only Vessel on the River: Revisiting First Nations' Mobility Rights Under Article III of the 1794 Jay Treaty » (2019) 24 Appeal 157 à la p 159.

²²⁶ *Mitchell c Ministre du Revenu national* (1998), 1998 CanLII 9104 (CAF), [1999] 1 CF 375 au para 18.

²²⁷ *Mitchell c Ministre du Revenu national*, 2001 CSC 33 au para 129 (CanLII) [*Mitchell CSC*].

²²⁸ *Ibid* aux paras 57–58 [italiques dans l'original].

²²⁹ *Ibid* au para 170.

²³⁰ *Ibid*.

²³¹ *Ibid* au para 26.

La nécessité de négocier la souveraineté autochtone

Les panélistes ont également montré comment les nations autochtones négocient leur souveraineté avec les gouvernements coloniaux, entre les nations, et par le biais des échanges et du commerce. M. Letourneau a expliqué comment la Métis Nation of Alberta a commencé à faire valoir ses droits au cours de la dernière décennie et a récemment entamé des négociations avec le gouvernement fédéral. Ces négociations ont permis à la nation de former un nouveau gouvernement et de rétablir ses frontières au sein de la juridiction.²³² D'autre part, la présentation du chef Mitchell a démontré la résistance du gouvernement canadien à négocier certains droits autochtones. Dans l'affaire *Mitchell*, la Cour a estimé que « le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l'intimé en tant que citoyen de Haudenosaunee (Confédération iroquoise) est donc incompatible avec les attributs historiques de la souveraineté canadienne ». ²³³ Comme il l'a expliqué, la Cour est parvenue à cette décision en dépit de la preuve que le commerce s'était étendu à l'ensemble de l'Amérique du Nord.²³⁴ Si l'affaire *Mitchell* illustre historiquement les obstacles auxquels se heurtent les peuples autochtones qui cherchent à faire valoir leurs droits inhérents, la Métis Nation of Alberta est porteuse d'espoir pour l'affirmation future de la souveraineté autochtone.

M. Garnons-Williams a développé la question de la souveraineté autochtone et a présenté les stratégies de négociation internationale. Il a décrit l'ACECPA comme un exemple révolutionnaire d'accord conçu et gouverné par les peuples autochtones, indépendamment de l'influence coloniale. Cet accord permet aux entités autochtones de travailler ensemble « pour développer leurs systèmes économiques et sociaux, notamment par le biais du commerce et de l'investissement avec les peuples non autochtones et des nouvelles technologies ». ²³⁵ M. Garnons-Williams a souligné que non seulement cet accord permet aux peuples autochtones de créer une solution autochtone, mais que de tels accords de collaboration protègent également les cultures et les écosystèmes autochtones, créant ainsi une barrière à l'ingérence coloniale. Sa discussion a mis en évidence l'évolution de l'exercice de la souveraineté autochtone sur la scène mondiale.

Comme l'a souligné Mme Cole, la souveraineté autochtone sous la forme d'une autorité déléguée par le Canada n'est *pas* une souveraineté, mais une construction coloniale qui renforce l'assujettissement des nations autochtones. En réponse, elle a appelé le gouvernement à mettre en œuvre l'appel à l'action 45 de la Commission de vérité et réconciliation et à élaborer « une proclamation royale de réconciliation » pour « réaffirmer la relation de nation à nation entre les peuples autochtones et la Couronne » :

1. « Répudier les concepts utilisés pour justifier la souveraineté des peuples européens sur les territoires et les peuples autochtones ;
2. Adopter et mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dans le cadre de la réconciliation ;
3. Établir des relations qui se rattachent aux traités et qui sont fondées sur les principes de la reconnaissance mutuelle, du respect mutuel et de la responsabilité partagée ; et

²³² Voir Métis Nation of Alberta, « Canada and Métis Nation of Alberta Sign Updated Métis Self-Government Agreement » (24 février 2023), en ligne : <albertametis.com/news/mna-and-canada-sign-selfgovernment-recognition-and-implementation-agreement/>.

²³³ *Mitchell SCC*, *supra* note 227 para 163.

²³⁴ Voir *Mitchell v Minister of National Revenue*, 1997 CanLII 5266, 1997 Carswell 3604 au para 160 (CF [1^e inst]).

²³⁵ Gouvernement du Canada, « Arrangement de coopération économique et commerciale avec les peuples autochtones » (15 février 2022), art 2, en ligne : <www.international.gc.ca/trade-commerce/indigenous_peoples-peuples_autochtones/ipetca-text-acecpa-texte.aspx?lang=fra>.

4. concilier les affaires constitutionnelles et juridiques des peuples autochtones et de l'État pour s'assurer que les peuples autochtones sont des partenaires à part entière au sein de la Confédération, ce qui englobe la reconnaissance des lois et des traditions juridiques autochtones et leur intégration dans la négociation et la mise en œuvre des traités, des revendications territoriales et de toute autre entente constructive ». ²³⁶

Par les expériences qu'ils ont vécues et leurs histoires uniques, les panélistes ont montré que le chevauchement entre la souveraineté autochtone et les frontières juridiques ne sert qu'à empêcher les nations autochtones d'exercer les droits qu'elles détiennent depuis des temps immémoriaux. Les panélistes ont souligné qu'à mesure que les relations entre les peuples autochtones et la Couronne évoluent, les groupes autochtones continueront sans aucun doute à chercher de nouveaux moyens de protéger leurs traditions et de maintenir leurs droits inhérents.

Panel 9 : Le droit de la famille

Principaux points

- Les procédures en matière de droit de la famille peuvent souvent impliquer des défis procéduraux qui dépendent des aspects pratiques de la revendication autant que du fond
- Les décideurs dans le contexte du droit de l'immigration et de la famille travaillent dans un milieu où les cultures s'entremêlent, et doivent répondre à des questions juridiques tout en naviguant entre les différences culturelles.
- En raison des différentes valeurs en jeu dans le monde intérieur, le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant soulève des questions uniques dans son application.

Conférenciers

- Mélanie Raymond, juge administrative, Tribunal administratif du travail, Québec
- Oren Weinberg, associé, Boulby Weinberg LLP
- M^e Awatif Lakhdar, associée, Lavery

Introduction

Le dernier panel sur *Le droit de la famille* a abordé les défis que les frontières posent au droit de la famille et aux relations entre les membres de la famille. Le panel a pris la forme d'une discussion à trois entre les membres du panel qui ont chacun parlé d'une question qui leur avait été posée. La conversation a permis de dégager trois thèmes qui illustrent les aspects uniques du droit de la famille transfrontalier et certaines des difficultés qui en découlent. Le premier était la question de la recherche du tribunal le plus favorable ou « forum shopping » et la manière dont ce phénomène administratif concerne de nombreuses affaires familiales. La deuxième était la question des normes

²³⁶ Commission de vérité et de réconciliation du Canada, *Appels à l'action*, Winnipeg, Commission de vérité et de réconciliation du Canada, 2015 aux pp 4–5.

culturelles qui se croisent dans les évaluations juridiques. Les experts ont souligné l'importance des faits et des particularités d'une affaire qui peut souvent impliquer un évaluateur qui navigue entre les différences culturelles dans l'évaluation d'une norme juridique. Enfin, les experts ont expliqué les complications du droit de la famille lorsque la norme de l'intérêt supérieur de l'enfant rencontre des considérations internationales.

La recherche du tribunal le plus favorable ou « forum shopping »

M^e Awatif Lakhdar a abordé l'une des questions les plus pressantes du droit international privé : le « forum shopping ». Le forum shopping est une permutation d'un problème de compétence juridictionnelle que l'on retrouve au cœur de nombreuses affaires de droit international privé. Cependant, M^e Lakhdar a expliqué que le forum shopping se réfère aux manœuvres et exercices pratiqués par les parties dans une affaire de droit de la famille qui cherchent à obtenir la compétence d'un tribunal sur l'affaire avec des règles de droit de la famille qui profitent à leur partie. Le choix du tribunal n'est pas nécessairement fondé sur la situation géographique, mais plutôt sur l'applicabilité du régime juridique qui favorisera leur position. Il s'agit donc d'une manipulation stratégique des critères de compétence. À ce titre, la jurisprudence canadienne va jusqu'à déclarer que le « forum shopping » est un comportement frauduleux.



M. Weinberg a expliqué que ces affaires concernent souvent le divorce, les enfants et le temps parental, lorsque les parents ou le couple se sont rencontrés à l'étranger ou que les conjoints n'ont pas le même pays d'origine. Il a expliqué que dans de nombreux cas, l'une des parties a un plan prémédité, qui est mis en œuvre lorsque les enfants en question visitent le pays d'origine en question ou y retournent. La décision devient stratégique lorsque le conjoint qui ne revient pas avec les enfants ou ne les laisse pas revenir choisit un pays où les lois sur la protection des enfants ne sont pas aussi strictes qu'au Canada et où les parents jouissent de plus de droits. Cette situation soulève à son tour la question de l'enlèvement de l'enfant ou de son déplacement illicite.

M^e Lakhdar a expliqué que les problèmes s'étendent également aux procédures de divorce dans lesquelles un pays est choisi pour éviter le partage du patrimoine familial au Québec ou des biens dans les juridictions de common law, quand des concepts comme les actifs familiaux ou les mesures compensatoires comme la pension alimentaire pour époux n'existent pas dans l'autre pays. Ainsi, un conjoint contre lequel une procédure est engagée peut être lié par une décision dans laquelle le divorce est accordé, ainsi que la garde parentale, sans qu'il soit fait mention des questions financières qui seraient autrement abordées. Elle a souligné que les femmes sont souvent victimes de pratiques abusives dans ces cas, et que cela est aggravé par d'autres facteurs, comme la violence conjugale.

M^e Lakhdar a prévenu que, même avec cette disposition, la question peut devenir beaucoup plus compliquée, car la question de fond est nonobstant, les procédures peuvent se multiplier. Par exemple, si une décision est rendue contre l'époux résidant au Canada, celui-ci doit demander au tribunal de se dessaisir de l'affaire et vice versa. M^e Lakhdar a cité l'affaire *R. S. c. P.R. de la Cour suprême de 2019* comme un exemple récent de la façon dont les tribunaux traitent cette question.²³⁷ L'affaire *R S. c. P.R.* porte sur la question de savoir si un tribunal peut surseoir à statuer sur une action intentée au Québec lorsque le différend fait déjà l'objet d'une procédure devant

²³⁷ Voir *RS c PR*, 2019 CSC 49 (CanLII).

les tribunaux d'un fort étranger.²³⁸ L'affaire portait sur l'application de l'article 3137 du *Code civil du Québec* (CCQ), qui prévoit une exception au principe général de la compétence des tribunaux québécois sur une affaire dont ils sont saisis dans les cas où l'affaire fait déjà l'objet d'une procédure devant un tribunal étranger.²³⁹ M^e Lakhdar a expliqué que la Cour devait fondamentalement décider si la décision du tribunal choisi par l'époux, en l'occurrence la Belgique, serait rejetée par les tribunaux du Québec, établissant ainsi leur compétence, si la décision de l'autorité étrangère « serait à ce point incompatible avec certaines des valeurs qui sous-tendent le système juridique québécois qu'il ne pourrait être incorporé à celui-ci ». ²⁴⁰ M^e Lakhdar a souligné que la première demande de décision a été faite en 2004, et qu'elle n'a été résolue qu'en 2019, et que la raison de l'affaire était une question de tentative d'une des parties de faire des donations à l'autre. ²⁴¹

Les questions interculturelles

M^e Lakhdar a expliqué que ces affaires comportent souvent une composante culturelle dans laquelle ce ne sont pas seulement les lois qui sont en conflit, mais aussi les normes sociétales. La juge Raymond a repris ce thème en soulignant que la question des frontières et de la famille ne se limite pas à un seul domaine. Dans l'affaire *R.S. c. P. R.*, il s'agissait notamment de savoir si une décision étrangère porterait atteinte à l'ordre public. Cette considération n'est pas nouvelle, car il y a souvent une dynamique de genre en jeu dans les cas où les juridictions en question considèrent différemment une question particulière telle que les droits accordés aux femmes ou aux enfants. La juge Raymond a illustré cette difficulté par deux exemples : l'intérêt supérieur de l'enfant et la détermination de la validité d'un mariage.

M. Weinberg a abordé le même problème de cultures conflictuelles dans un autre contexte : la pension alimentaire pour enfants. Il a expliqué qu'il avait un client originaire de Dubaï qui était séparé de ses enfants et de sa femme qui vivaient au Canada. Le client n'était disposé à payer la pension alimentaire que si les enfants en question étaient de sexe masculin. Un problème s'est posé lorsque le père a vu ses fils sur FaceTime et qu'ils étaient maquillés, avaient les cheveux colorés et les ongles vernis. M. Weinberg a expliqué que le client ne voulait pas payer une pension alimentaire à des fils dont les normes culturelles de masculinité contredisaient les siennes. M. Weinberg a expliqué que, bien qu'il ne s'agisse pas d'un motif valable pour ne pas payer la pension alimentaire dans la juridiction canadienne en question, le client a refusé de payer parce qu'il savait qu'un tribunal de Dubaï partageant sa valeur n'exécuterait pas une ordonnance rendue au Canada.

La juge Raymond a expliqué que l'impact des différentes normes culturelles se fait sentir dans de nombreux aspects du droit de l'immigration concernant les couples. Elle a cité l'exemple du parrainage d'un conjoint, dans lequel un conjoint originaire d'un pays étranger voit son parrainage refusé. Dans ce cas, l'affaire peut faire l'objet d'un recours devant la section d'appel de l'immigration de la CISR, où il s'agira de déterminer dans quelle mesure le décideur estime que le mariage est authentique ou sincère. La juge Raymond a expliqué que si le décideur recherche les caractéristiques d'un couple authentique, elle se demande comment il est censé savoir à quoi ressemblent ces caractéristiques lorsqu'elles sont filtrées par une culture qu'il ne connaît pas. Elle souligne le fait que le décideur peut rechercher des signes d'idéaux romantiques nord-américains dans lesquels les conjoints sont les deux moitiés d'un

²³⁸ *Ibid* au para 37.

²³⁹ *Ibid* aux paras 37–38.

²⁴⁰ *Ibid* au para 52.

²⁴¹ *Ibid* au para 58.

tout. Les questions portent sur les premiers rendez-vous, les moments où les couples se sont dit « je t'aime » ou l'intimité de la cérémonie de mariage. Dans de nombreux cas, les personnes ne peuvent pas répondre à ces questions en raison de normes différentes ou de situations dans lesquelles les membres de la famille des conjoints ont arrangé le mariage. En bref, certains couples peuvent échouer à ce test subjectif parce qu'ils ont une vision différente de la norme que le système d'immigration canadien valorise.

Compliciter l'intérêt supérieur de l'enfant dans les instruments internationaux.

La juge Raymond a soulevé la question de savoir quand le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant entre en jeu dans le cadre du droit de l'immigration. Elle a expliqué que des questions difficiles peuvent se poser lorsque, par exemple, un parent soutient qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de le voir quitter le pays ou, à l'inverse, le Canada. Comment un juge est-il censé déterminer ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant ? La juge Raymond a relaté l'histoire d'une enfant colombienne devenue orpheline au Canada à la suite du décès de ses parents. Elle a ensuite été confiée à un oncle qui vivait dans le pays et qui est devenu sa figure parentale. Cependant, l'oncle est venu au Canada sous un faux nom et une fausse identité de réfugié. Lorsque les autorités d'immigration ont découvert les fausses histoires de l'oncle, il a été décidé de prendre des mesures pour le renvoyer en Colombie. Bien qu'il n'y ait pas de motifs humanitaires sur lesquels fonder le maintien de l'oncle au Canada, la Cour fédérale a renvoyé l'affaire à la CISR parce que le décideur n'avait pas suffisamment mis l'accent sur l'intérêt supérieur de l'enfant. La juge Raymond a souligné que, dans ce cas, deux domaines du droit sont entrés en conflit, alors que l'issue est très ancrée dans les faits et démontre l'existence de valeurs opposées au sein du système juridique canadien lui-même.

M^e Lakhdar a détaillé comment le phénomène des valeurs juridiques transversales se retrouve dans les cas impliquant le rôle de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye* (la « *Convention de La Haye* »). Ratifiée le 25 octobre 1980, la *Convention de La Haye* est le principal traité international pour les parents d'enfants enlevés vers des États parties.²⁴² Elle a expliqué que la *Convention de La Haye* fonctionne grâce à un système de coopération entre les pays, désignés comme « autorités centrales », en établissant une procédure permettant aux parents de demander le retour de leur enfant dans le pays où ils vivent habituellement.²⁴³ M. Weinberg a expliqué que si le cadre de la *Convention de La Haye* met l'accent sur l'intérêt supérieur de l'enfant,²⁴⁴ de nombreux cas d'enlèvement d'enfants relevant de la Convention ne font pas l'objet d'une analyse approfondie de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'objectif de la convention est « d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant », tout en faisant « respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existant dans un État contractant ».²⁴⁵ Globalement, l'utilisation du mot focus dans la *Convention de La Haye* vise à créer « un système qui tentera de perpétuer la continuité de l'environnement d'un enfant plutôt que de maintenir le concept juridique de garde dans toutes ses diverses manifestations ».²⁴⁶ M^e Lakhdar a expliqué que les tribunaux adopteront une application restrictive de la convention et

²⁴² Voir *Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, 25 octobre 1980, RT Can 1983 no° 35 [*Convention de La Haye*].

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ *Ibid.*, préambule.

²⁴⁵ *Ibid.*, art 1.

²⁴⁶ Keith B Farquhar, "The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada" (1983) 4:1 Can J Fam L 5 à la p 15.

offriront un contrôle plus étendu de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les cas n'impliquant pas son application.

M. Weinberg a souligné l'importance d'entendre la voix de l'enfant en matière d'immigration, mais cela aussi peut être compliqué. Il a expliqué que le Canada est signataire de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant, qui est également inscrite dans la législation provinciale. Bien que la convention s'appuie sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant,²⁴⁷ elle prévoit également le droit pour l'enfant d'être entendu.²⁴⁸ Ce droit permet à l'enfant d'être entendu dans les procédures judiciaires et administratives qui le concernent. M. Weinberg a donné l'exemple de l'intervention du Bureau de l'avocat des enfants dans une affaire, qui a réussi à faire retarder la procédure pour que le point de vue de l'enfant puisse être entendu. Bien qu'il s'agisse d'une préoccupation légitime, il y a des cas où la voix de l'enfant peut brouiller les pistes. M. Weinberg a relaté une affaire dans laquelle un enfant avait été enlevé et vivait avec une personne qu'il croyait être sa mère et qui n'avait pas vu son père depuis cinq ans. Dans ce cas, l'enfant est prédisposé à rester avec la personne qui l'a enlevé, malgré le dépôt d'une demande par le père. Il a souligné ce que chaque membre du panel a fait à plusieurs reprises au cours de la discussion : les affaires familiales dépendent des faits et des circonstances.

²⁴⁷ *Convention de La Haye*, supra note 242, art 3

²⁴⁸ *Ibid*, art 3.