

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE CANADIENNE ET QUÉBÉCOISE PORTANT SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Véronique Talbot*
Marie-Eve Dumont**
Pierre Bosset***

Exceptionnellement, cette chronique de jurisprudence québécoise et canadienne portant sur le droit international couvre deux années, soit 2008 et 2009. Contrairement aux chroniques précédentes, nous avons recensé des jugements de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale qui proviennent d'autres provinces que le Québec, mais qui présentent selon nous un intérêt tout particulier pour la pratique du droit au Québec, en raison de l'attention qui y est donnée au droit international. Comme dans les années antérieures, la majorité des affaires dans lesquelles les juges ont recours au droit international portent sur les droits de la personne et le droit de l'immigration, sujets qui forment la très grande majorité des 24 décisions recensées ici. Toutefois, d'importantes disparités existent au sein de cette jurisprudence quant au traitement réservé au droit international. Ainsi, quoique nombreuses, les décisions relatives aux droits de la personne s'inscrivent dans la tendance des années antérieures, où l'on pouvait déjà observer que le recours au droit international se faisait souvent à titre d'argument complémentaire¹. De même, un certain nombre de décisions concernent l'interprétation de la *Convention relative au statut des réfugiés*² par la Cour fédérale³, mais aucune d'entre elles n'aborde réellement le droit international, se contentant de suivre la jurisprudence canadienne en la matière. D'autres décisions ne se contentent que de citer un principe ou une convention internationale, sans élaborer sur la question⁴. Plusieurs décisions font référence

* Avocate au Barreau du Québec (2008) pratiquant en droit criminel. LL.B. (Université de Montréal), LL.M. en droit international (Université du Québec à Montréal). L'auteure tient à remercier Diane Nguyen pour sa collaboration.

** Bachelière en droit (LL.B., 2010) et en relations internationales et droit international (B.A., 2006) de l'UQAM, l'auteure est actuellement étudiante à l'École du Barreau du Québec. Elle tient à remercier Sonia Mellet pour sa précieuse recherche et Alexis Larivière pour ses généreux commentaires.

*** Professeur au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal, avocat au Barreau du Québec. L'auteur remercie lui aussi Sonia Mellet pour sa collaboration.

¹ Par exemple : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laverdière*, 2008 QCTDP 15; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Hertz Canada*, 2008 QCTDP 22; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Procureur général du Québec*, 2008 QCTDP 8; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Brisson*, 2009 QCTDP 3; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gauvin*, 2009 QCTDP 11.

² *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 137 (entrée en vigueur : 22 avril 1954).

³ *Varela c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Imeri*, 2009 CF 542; *Savundaranayaga c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* 2009 CF 31; *Solis Betancour c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 767.

⁴ *États-Unis d'Amérique c. Anekwu*, 2009 CSC 41, [2009] 3 R.C.S. 3 (l'importance de la courtoisie internationale dans le cadre des règles de preuve en matière d'extradition); *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263

spécifiquement à la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁵, en invoquant l'importance de l'intérêt de l'enfant, particulièrement en matière d'immigration, mais sans élaborer davantage⁶. Pour toutes ces raisons, ces décisions ne sont pas recensées ici.

Rares, en fait, sont les décisions dans lesquelles le droit international fait l'objet, dans les deux années couvertes par cette chronique, d'une analyse approfondie qui en éclaire la portée ou encore, s'avère déterminante pour l'issue du litige. À titre d'exceptions, auxquelles nous consacrerons donc des développements plus approfondis, on note des décisions telles qu'*Amnistie internationale*, où la possibilité de donner une portée extraterritoriale à la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷ tient compte des principes de courtoisie et de souveraineté reconnus par le droit international, en plus de donner lieu à une intéressante revue de la jurisprudence; *Abdelrazik*, où la Cour tient compte des résolutions du Conseil de sécurité pour déterminer la portée des obligations internationales du Canada en matière d'interdictions de voyager; ou encore *Jayasekara*, *Key* et *Charkaoui*, décisions qui donnent lieu à d'intéressants développements quant à l'interprétation, en lien avec le droit international, de la législation canadienne sur l'immigration.

On notera la présence importante, au cours de ces deux années, d'un corpus jurisprudentiel significatif concernant l'application extraterritoriale du droit canadien, corpus dont nous paraissent particulièrement représentatives les décisions rendues dans l'affaire des prisonniers afghans détenus sous l'autorité des Forces canadiennes ainsi que dans l'affaire Omar Khadr. L'importance et la spécificité de ce corpus nous d'ailleurs ont conduits, en rupture avec les chroniques antérieures, à consacrer la toute première section de celle-ci à la question de l'extraterritorialité.

(on fait référence aux définitions de terrorisme contenues dans les instruments internationaux, mais ce n'est pas un point en litige); *Toussaint c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 873, [2010] 3 R.C.F. 452 (exemption du paiement des frais dans une demande de résidence permanente pour motifs humanitaires lorsqu'une personne se montre indigente, ce qui ne fait pas partie des obligations internationales du Canada); *Environmental Defence Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2009 CF 878 (il n'est pas contesté dans cette affaire que l'article 38 de la *Loi sur les espèces en péril*, 2002, c. 29, est une codification du principe de précaution, contenu dans la *Convention des Nations Unies sur la diversité biologique*, 5 juin 1992 [LEP], R.T. Can. 1993 n° 24 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993) [CDB]. La LEP prévoit d'ailleurs dans son préambule que la mise en œuvre de cette loi permet au Canada de remplir ses obligations en vertu de la CDB. Pour la Cour fédérale, l'article 38 de la LEP est un principe d'interprétation obligatoire de la loi); *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, juge Abella (dissidente). Cette dissidence fait référence à la jurisprudence de la Cour européenne pour souligner la conception libérale de la liberté de religion.

⁵ *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

⁶ *Liu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 877; *Jama c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 781; *Ramsawak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 636; *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311; *Yoo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 343.

⁷ Partie I de l'Annexe B de la *Loi sur le Canada*, 1982, c. 11 (R-U); dans LRC (1985), App. II, n° 44 [*Charte canadienne*].

I. Application extraterritoriale du droit canadien

Les années 2008 et 2009 furent particulièrement riches de décisions concernant l'application extraterritoriale du droit canadien, notamment de la *Charte canadienne*. Évidemment, aucune d'entre elles n'a pris origine du Québec, mais ces décisions sont d'un grand intérêt pour ce qui est de l'interaction entre le droit international et le droit interne canadien. Nous les présenterons ici de manière chronologique, pour mettre en lumière la dynamique qui s'en dégage.

*Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*⁸

Des « allégations crédibles de mauvais traitements »⁹ à l'endroit de prisonniers afghans détenus par les Forces canadiennes stationnées en Afghanistan, mais ensuite transférés aux autorités afghanes, sont à l'origine de cette affaire, qui a par ailleurs donné lieu à de nombreux développements politiques sortant du cadre de la présente chronique. Bien que non touchées directement par ces transferts de détenus, Amnistie internationale (AI) et l'Association canadienne des libertés civiles s'étaient vues reconnaître un intérêt suffisant pour agir dans l'intérêt public dans cette affaire¹⁰. Elles sollicitaient un jugement déclaratoire de la Cour selon lequel les articles 7, 10 et 12 de la *Charte canadienne* (sécurité de la personne, *habeas corpus*, traitements cruels et inusités) s'appliquaient aux personnes détenues par les Forces canadiennes en Afghanistan. Les demanderesse sollicitaient de plus un bref de prohibition empêchant le transfert des prisonniers capturés par les Forces canadiennes à la garde des autorités afghanes jusqu'à ce que des garanties procédurales et de fond suffisantes aient été mises en place. Enfin, elles demandaient un bref de *mandamus* contraignant les Forces canadiennes à se renseigner sur l'état des prisonniers transférés aux autorités afghanes et leur faisant obligation d'exiger que les prisonniers leur soient rendus en cas de mauvais traitements.

La Cour fédérale a estimé que les prisonniers qui sont sous la garde des Forces canadiennes en Afghanistan ne jouissent pas de droits en vertu de la *Charte canadienne*. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a interprété et appliqué les indications fournies dans l'arrêt *Hape* de la Cour suprême¹¹. Rappelons que l'arrêt *Hape* portait sur l'application de l'article 8 de la *Charte canadienne* (fouilles, perquisitions et saisies abusives) aux actes de policiers canadiens menant une enquête criminelle dans un pays étranger. Il se fondait sur le principe de la souveraineté de l'État en droit international et sur la présomption voulant que le droit canadien soit conforme au droit international¹². L'arrêt *Hape* établissait que le droit canadien,

⁸ 2008 CF 336, [2008] 4 RCF 546 (12 mars 2008, juge MacTavish) [*Amnistie internationale*, CF].

⁹ *Ibid.* au para. 76.

¹⁰ Voir *Amnesty International Canada et al. c. Canada*, 2007 CF 1147.

¹¹ *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 [*Hape*].

¹² Voir Émilie Grenier et Véronique Talbot, « Chronique de jurisprudence canadienne et québécoise portant sur le droit international public », (2007) 20.2 R.Q.D.I. 229 aux pp. 232 et 233 [« Chronique DIP 2007 »].

incluant la *Charte*, ne saurait s'appliquer à l'étranger qu'avec « le consentement de l'État en cause ou, à titre exceptionnel, si le droit international l'y autorise par ailleurs »¹³.

A. Le consentement du gouvernement afghan

La Cour a rejeté l'argument des demandresses, suivant lequel un consentement implicite du gouvernement afghan à l'application de la *Charte canadienne* pouvait s'inférer des « importants pouvoirs » cédés au Canada, notamment du fait que l'Afghanistan avait renoncé au monopole habituel de l'État sur le recours à la force sur son territoire. La Cour a plutôt retenu une approche axée sur les textes qui encadrent la présence canadienne en Afghanistan. Initialement fondée sur la légitime défense (individuelle et collective)¹⁴, la présence du Canada se trouve aujourd'hui confortée par un mandat des Nations Unies¹⁵ et par le consentement du gouvernement afghan à la présence étrangère sur son territoire. Ce dernier consentement s'est exprimé dans une série d'accords bilatéraux et multilatéraux, ici examinés par la Cour dans une partie de la décision qui, indéniablement, présente un grand intérêt documentaire¹⁶. Ils précisent que le traitement des prisonniers afghans sera régi par la constitution afghane et le droit international applicable, incluant les conventions internationales sur les droits de la personne et le droit international humanitaire. Pour la Cour, cela indique que l'Afghanistan n'a pas « souscrit à la déchéance intégrale de sa souveraineté »¹⁷ au point de consentir à l'application de la *Charte canadienne* sur son territoire.

La Cour rejette également l'argument suivant lequel le critère sur lequel fonder la portée de la Charte en cas de présence militaire serait, non pas celui du consentement du gouvernement étranger, mais celui de « l'autorité réelle sur la personne ». Ce critère consistait à se demander si la personne pour qui la Charte est invoquée était soumise à l'emprisonnement ou à la libération au seul gré des Forces canadiennes. L'examen de cet argument amène la Cour à faire une intéressante revue de la jurisprudence internationale. Dans l'arrêt *Bankovic*, où il lui fallait déterminer si les requérants « relevaient de la juridiction » des États défendeurs, la Cour européenne des droits de l'homme a admis le critère du contrôle effectif en cas

¹³ *Hape*, *supra* note 11 au para. 65.

¹⁴ *Charte des Nations Unies*, art. 51. Voir les résolutions 1368 (12 septembre 2001, S/RES/1368) et 1373 (28 septembre 2001, S/RES/1373) du Conseil de sécurité.

¹⁵ Résolutions 1386 (20 décembre 2001, S/RES1386) et 1776 (19 septembre 2007, S/RES1776) du Conseil de sécurité. Elles autorisent la création et prolongent le mandat d'une Force internationale d'assistance à la sécurité (FIAS) pour l'Afghanistan.

¹⁶ Voir *Afghanistan Compact*, document issu de la Conférence de Londres des 31 janvier et 1^{er} février 2006 [http://www.nato.int/isaf/docu/epub/pdf/afghanistan_compact.pdf]; *Technical Arrangements between the Government of Canada and the Government of the Islamic Republic of Afghanistan*, 18 décembre 2005; *Arrangements Concerning the Status of Canadian Personnel in Afghanistan* (annexe au document précédent); *Entente sur le transfert des détenus conclue entre les Forces canadiennes et le ministère de la Défense de la République islamique d'Afghanistan*, 18 décembre 2005; échange de lettres entre les Forces canadiennes et la Commission indépendante des droits de l'homme en Afghanistan, février 2007; [*Seconde*] *Entente régissant le transfèrement des prisonniers*, 3 mai 2007.

¹⁷ *Amnistie internationale*, CF, *supra* note 8 au para. 157.

d'occupation militaire ou en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du gouvernement local¹⁸. Dans l'affaire *Issa*, une chambre de la même Cour ira plus loin, toutefois, en évoquant la possibilité qu'en raison d'opérations militaires menées, un État ait exercé, « même temporairement, une autorité globale réelle » sur un territoire étranger¹⁹. La Cour fédérale se penchera sur cette divergence apparente au sein du tribunal européen et, en dernière analyse, retiendra l'avis de la Chambre des Lords britannique suivant lequel l'arrêt *Bankovic*, de la Grande Chambre de la Cour européenne, était plus solide en droit que l'arrêt de chambre *Issa*, lequel avait peut-être élargi indûment la notion de juridiction²⁰. Toujours sur ce point, la Cour fédérale écartera les arguments fondés sur les récentes observations générales du Comité des droits de l'homme des Nations Unies²¹ et du Comité contre la torture des Nations Unies²² qui tous deux préconisent l'utilisation d'un critère d'autorité *de facto* ou *de jure* pour fonder l'exercice de la compétence extraterritoriale en matière de droits de la personne.

La Cour n'a sans doute pas eu tort de dire que ces observations générales portent, avant tout, sur les obligations découlant des instruments juridiques internationaux concernés, sans traiter de la portée extraterritoriale des lois nationales des États. Mais la Cour est allée trop loin, selon nous, en laissant entendre que les observations générales de ces comités émanent de « groupes qui défendent des intérêts »²³. Cette formulation assez cavalière est grossièrement inexacte, lorsqu'on sait qu'en vertu des instruments internationaux applicables, les membres de ces comités onusiens sont nommés pour leur haute moralité et leur compétence dans le domaine des droits de l'homme, qu'ils siègent à titre personnel, et qu'ils doivent s'acquitter de leurs fonctions en toute impartialité²⁴.

L'argument suivant lequel seraient applicables aux détenus se trouvant sous l'autorité des Forces canadiennes les exceptions d'extraterritorialité applicables aux ambassades, aux consulats ainsi qu'aux navires et aéronefs immatriculés à l'étranger est également examiné par la Cour fédérale. Il repose sur le recours à un arrêt de la Chambre des Lords britannique dans lequel le décès d'un détenu irakien, qui avait été battu à mort par les forces britanniques d'occupation en Irak, fut jugé relever de la

¹⁸ *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres États contractants* [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII. Il s'agit d'une action intentée par les membres des familles de personnes tuées lorsqu'un missile tiré par un avion de l'OTAN a touché le siège de la Radio-télévision serbe.

¹⁹ *Issa et autres c. Turquie*, n° 31821/96, 16 novembre 2004, 41 EHRR 567, au para. 74. La requête avait été introduite à la suite du décès de bergers dans le nord de l'Irak. Les requérantes alléguaient que les bergers avaient été tués par l'armée turque qui menait des opérations dans la région.

²⁰ Voir *Al-Skeini et al. c. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26 aux para. 125-132 (lord Brown of Eaton-Under-Heywood) [*Al-Skeini et al. c. Secretary of State for Defence*].

²¹ *Observation générale n° 31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, 26 mai 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 [*Observation générale n° 31*].

²² *Observation générale n° 2 : Application de l'article 2 par les États parties*, 24 janvier 2008, CAT/C/GC/2.

²³ *Amnistie internationale*, CF, *supra* note 8 au para. 239.

²⁴ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 187 (entrée en vigueur : 23 mars 1976), art. 28 et 38 [*PIDCP*], *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85 (entrée en vigueur : 26 juin 1987), art. 17 [*Convention contre la torture*].

juridiction britannique précisément sur le fondement desdites exceptions, qui furent appliquées par analogie²⁵. Toutefois, la Cour fédérale a pris ses distances par rapport à cet argument, en soulignant que cette analogie n'avait pas d'assise en droit international, contrairement aux exceptions relatives aux ambassades, consulats, navires ou aéronefs, lesquelles disposent de fondements coutumiers ou conventionnels déjà bien établis.

Au final, la Cour fédérale rejettera le critère de l'autorité réelle sur la personne. Un tel critère, selon elle, aurait pour résultat « un fouillis de systèmes juridiques étrangers imposés sur le territoire d'un État [l'Afghanistan] dont la communauté internationale s'est engagée à respecter la souveraineté »²⁶. La Cour se prononcera plutôt en faveur de l'application du droit international humanitaire, un droit qui, selon elle, était susceptible d'assurer à la fois la certitude et la cohérence du régime juridique applicable aux actions de la communauté internationale en Afghanistan.

1. UNE EXCEPTION RELATIVE AUX DROITS DE LA PERSONNE?

La Cour fédérale reviendra, en bouclant la boucle, sur les enseignements de l'arrêt *Hape*. Le juge LeBel, pour la majorité, avait alors évoqué la possibilité que la *Charte canadienne* puisse recevoir une application extraterritoriale lorsque sont en jeu les droits fondamentaux de la personne au sens du droit international :

on peut soutenir que la courtoisie ne saurait justifier les autorités canadiennes de participer à des activités contraires aux obligations internationales du Canada. En règle générale, un policier canadien peut prendre part à une enquête à l'étranger, mais il doit alors se soumettre aux lois de l'État d'accueil. La règle autorisant un policier canadien à participer à une enquête même s'il n'y a aucune obligation en ce sens est issue du principe de courtoisie. La règle de l'application du droit étranger découle des principes d'égalité souveraine et de non-intervention. Or *le principe de courtoisie peut cesser de justifier la participation d'un policier canadien à une activité d'enquête permise par le droit étranger lorsque cette participation emporterait le manquement du Canada à ses obligations internationales en matière de droits de la personne*. En pareil cas, la règle « permissive » ne peut plus s'appliquer, et la participation du policier canadien peut être frappée d'interdiction. *Je n'écarte pas la possibilité que, dans un pourvoi ultérieur, la participation de policiers canadiens à des actes à l'étranger qui contreviendraient aux obligations internationales du Canada au chapitre des droits de la personne puisse fonder l'octroi d'une réparation suivant le par. 24(1) en raison de l'incidence de ces actes sur un droit garanti par la Charte au Canada* [nos italiques].²⁷

En citant ce passage, AI et l'Association canadienne des libertés civiles invoqueront l'existence d'une « exception au titre des droits fondamentaux de

²⁵ Voir *Al-Skeini et al. c. Secretary of State for Defence*, supra note 20 au para. 132 (lord Brown).

²⁶ *Amnistie internationale*, CF, supra note 8 au para. 275.

²⁷ *Hape*, supra note 11 au para. 101.

l'homme » justifiant une application extraterritoriale de la *Charte*. Elles faisaient valoir que le droit de ne pas être soumis à la torture est un droit fondamental non seulement codifié dans des conventions internationales, mais qui est également une norme impérative du droit international à laquelle il ne peut y avoir de dérogation même en temps de guerre²⁸. Mais la Cour fédérale refusera de considérer que l'arrêt *Hape* avait créé une telle exception. Elle évoquera plutôt certains passages de l'opinion majoritaire où une distinction semble être faite entre le respect des obligations internationales du Canada et l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne*²⁹. Dans ce contexte, tout au plus la Cour reconnaîtra-t-elle que les fonctionnaires canadiens intervenant à l'étranger ne peuvent agir en violation des obligations internationales du Canada, ce que plusieurs considéreront sans doute comme un truisme. Fait à noter, les considérations opérationnelles ne sont pas étrangères à l'examen que fait la Cour de cette question. Cela ressort, notamment, des passages où la Cour souligne qu'accepter la thèse d'une exception relative aux droits fondamentaux aurait pour effet de subordonner l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne* à la gravité de la violation du droit invoqué, ce qui risquait, selon elle, d'entraîner « une incertitude extrême » chez les acteurs étatiques du Canada qui interviennent sur le terrain à l'étranger³⁰.

*Canada (Justice) c. Khadr*³¹

Deuxième acte de cette trilogie de 2008, l'arrêt *Khadr* de la Cour suprême intervient après la décision de la Cour fédérale dans l'affaire précédente mais avant la décision de la Cour d'appel. En principe, *Khadr* pouvait donc jouer un rôle pivot dans la dynamique globale de cette jurisprudence portant sur l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Omar Khadr est un citoyen canadien détenu par les forces armées des États-Unis à Guantanamo (Cuba) depuis plusieurs années. Il fut fait prisonnier le 27 juillet 2002 en Afghanistan, lors d'une opération militaire menée contre les talibans et les forces d'Al-Qaïda dans la foulée des attentats du 11 septembre 2001. Il avait alors 15 ans. Khadr a été accusé de meurtre et de complot en vue de la perpétration d'actes meurtriers et d'actes terroristes contre les forces américaines et celle de la coalition internationale. Il était détenu à Guantanamo dans un camp établi par décret militaire présidentiel conférant à des commissions militaires le pouvoir exclusif d'instruire des procès pour terrorisme, en dehors des règles de procédure pénale habituelles. Des

²⁸ *Loi sur les Conventions de Genève*, L.R.C. 1985, c. G-3, annexes I à IV (art. 3 commun); *PIDCP*, *supra* note 24, art. 7; *Convention contre la torture*, *supra* note 24, art. 2(2); *Suresh c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 3 aux para. 61-65.

²⁹ La Cour cite à ce propos le passage suivant de l'arrêt *Hape*, *supra* note 11 au para. 90 : « La seule solution raisonnable reste l'application du droit de l'État où les actes ont lieu, sous réserve du droit constitutionnel à un procès équitable et des limites de la courtoisie susceptibles d'empêcher un policier canadien de prendre part à une mesure qui, même si elle est autorisée par le droit de l'État d'accueil, ferait en sorte que le Canada manque à ses obligations internationales quant au respect des droits de la personne » [nos italiques].

³⁰ *Amnistie internationale*, CF, *supra* note 8 au para. 314.

³¹ *Canada (Justice) c. Khadr* 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125 [*Khadr*].

décrets ultérieurs eurent pour effet de supprimer les garanties des *Conventions de Genève*³², en plus d'établir des règles différentes de celles qui s'appliquent normalement quant au type de preuve recevable, au droit d'obtenir l'assistance d'un avocat et la communication de la preuve de la poursuite, ainsi qu'à l'indépendance judiciaire.

À plusieurs reprises, des agents du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) se rendirent à Guantanamo pour interroger M. Khadr sur des sujets liés aux accusations portées contre lui. Ils relayèrent ensuite l'information aux autorités américaines, une information que les avocats de M. Khadr souhaitèrent évidemment obtenir en vue de préparer la défense. Il est à noter que, si ces entretiens et la procédure s'étaient déroulés au Canada, M. Khadr aurait eu droit à une communication complète de ces renseignements, en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des principes dégagés par la Cour suprême dans l'arrêt *Stinchcombe*³³. Une demande de *mandamus* présentée par M. Khadr fut rejetée par la Cour fédérale, pour le motif que les circonstances de l'affaire ne permettaient pas d'établir l'existence d'un lien prévisible et raisonnable entre les agissements du Canada et la violation de la Charte, lien qui eût justifié une application extraterritoriale de la *Charte*³⁴. Toutefois, cette décision fut renversée par la Cour d'appel, qui estima que le lien de causalité était présent, vu le rôle actif joué par le Canada, lequel avait rendu plus probable le dépôt d'accusations contre M. Khadr, accroissant ainsi la probabilité qu'il soit privé de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne³⁵.

D'une concision remarquable, l'arrêt de la Cour suprême aborde de front la question de l'interaction entre les obligations nationales et internationales du Canada en matière de droits de la personne. Unanime, la Cour rappelle les observations du juge LeBel dans *Hape*. Le juge évoquait alors, comme nous l'avons vu, la possibilité

³² *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U 31 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950, accession du Canada 14 novembre 1965); *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U 85 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950, accession du Canada 14 novembre 1965); *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U 135 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950, accession du Canada 14 novembre 1965); *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U 287 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950, accession du Canada 14 novembre 1965) [*Conventions de Genève*]. Voir aussi *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 8 juin 1977, R.T. Can. 1991 n° 2 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978, accession du Canada 20 mai 1991); *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*, 8 juin 1977, R.T. Can. 1991 n° 2 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978, accession du Canada 20 mai 1991); *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel*, 8 décembre 2005, R.T. Can. 2008 n° 17 (entrée en vigueur : 14 janvier 2007, accession du Canada 26 mai 2008).

³³ Voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 RCS 326.

³⁴ *Khadr c. Canada*, [2006] CF 509. Voir *Purdy c. Canada (Attorney General)* (2003), 226 DLR (4th) 761 (C.S.C.-B.), confirmé : (2003), 230 DLR (4th) 361 (CA C.-B.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3.

³⁵ *Khadr c. Canada*, [2007] CAF 182.

d'une application extraterritoriale de la *Charte*, lorsque sont en jeu les droits fondamentaux de la personne³⁶. Plus explicitement encore que dans *Hape*, la Cour suprême souligne que « [l]es principes du droit international et de la courtoisie entre les nations [...] ne valent pas lorsqu'il s'agit de participer à une procédure contraire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne »³⁷. Il s'agit, ajoutera-t-elle, d'une « exception importante » au principe de la courtoisie entre nations³⁸. Si M. Khadr était détenu à Guantanamo en application d'une procédure contraire aux obligations du Canada en droit international, alors la *Charte* devait s'appliquer dans la mesure de cette participation.

En l'espèce, la Cour suprême constatera que le Canada avait bel et bien participé à une procédure contraire à ses obligations internationales. La Cour n'aura pas à qualifier la conduite des autorités américaines, car déjà la Cour suprême des États-Unis s'était penchée sur la légalité des conditions de détention et de mise en accusation à Guantanamo. Dans *Rasul c. Bush*, invoquant le droit à l'*habeas corpus*, elle avait conclu à l'illégalité du décret présidentiel empêchant les détenus non américains, comme M. Khadr, de contester la légalité de leur détention³⁹. Puis, dans *Hamdam c. Rumsfeld*, le plus haut tribunal américain avait examiné la légalité du décret présidentiel établissant les commissions militaires. Il avait alors conclu que les écarts avec les normes internationales étaient suffisamment importants pour qu'une commission militaire ne soit pas « un tribunal régulièrement constitué, assortie de garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés », au sens de l'article 3 des dispositions générales des Conventions de Genève⁴⁰. Selon la Cour suprême du Canada, ces conclusions américaines se fondent sur des principes compatibles avec la *Charte* et les obligations du Canada en droit international, également prévues par les Conventions de Genève. Cela permettait d'établir un manquement du Canada à ses propres obligations, justifiant, dès lors, une application extraterritoriale de l'article 7 de la *Charte canadienne*.

Constatant la violation des droits garantis à M. Khadr par l'article 7, la Cour a ordonné, à titre de réparation, que soient transmises à un juge de la Cour fédérale, pour examen en vertu des articles 38 et suivants de la *Loi sur la preuve au Canada*⁴¹, des copies non expurgées de tous les dossiers, documents et autres pièces susceptibles de concerner les accusations portées contre M. Khadr.

³⁶ Voir plus haut à propos de la décision de la Cour fédérale dans *Amnistie internationale c. Canada*, *supra* note 8.

³⁷ *Ibid.* au para. 2.

³⁸ *Khadr*, *supra* note 31 au para. 18.

³⁹ *Rasul v. Bush*, 542 US 466 (2004).

⁴⁰ *Hamdam c. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006).

⁴¹ *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c. C-5.

Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)⁴²

Six mois après *Khadr*, la Cour d'appel fédérale se prononce sur l'appel interjeté par AI et l'Association canadienne des libertés civiles dans l'affaire des détenus afghans. Les mêmes questions sont soulevées qu'en première instance, mais évidemment, l'arrêt *Khadr* était ici susceptible de changer la donne, vu les considérations de la Cour suprême relatives à l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne*. Cela n'advint pas. En effet, la Cour d'appel a considéré que la juge de première instance avait bien interprété les accords entre le Canada et l'Afghanistan, accords qui consentaient à l'application du droit canadien uniquement pour le personnel canadien, et n'avait pas commis d'erreur en rejetant le critère de l'autorité réelle sur la personne. De plus, la Cour d'appel a refusé de considérer que *Khadr* modifiait de manière significative les principes de territorialité et de courtoisie établis dans *Hape*.

Sur le premier point, tout comme la juge de première instance, la Cour d'appel s'en tient au critère du contrôle effectif mis de l'avant dans l'arrêt *Bankovic* de la Cour européenne des droits de l'homme. L'absence d'occupation de l'Afghanistan et son consentement à l'application du droit canadien uniquement à l'endroit des militaires canadiens amèneront la Cour à conclure que le gouvernement afghan n'avait pas consenti à l'application de la *Charte* dans d'autres situations. Le critère de l'autorité réelle sera, lui, rejeté de manière assez sommaire, la Cour se bornant à souligner qu'en retenant plutôt le critère du consentement mentionné dans *Hape*, la juge de première instance « n'a[vait] pas commis d'erreur »⁴³.

Le deuxième point fera l'objet d'une analyse un peu plus approfondie. Essentiellement, les appelantes soutenaient que *Khadr* confirmait l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne* dès lors qu'il existe une violation des droits fondamentaux de la personne reconnus par le droit international. La Cour d'appel a rejeté ce point de vue. Elle a d'abord distingué les faits de *Khadr* – où un citoyen canadien réclamait des documents gardés au Canada et produits par des agents canadiens – de ceux de l'affaire des détenus afghans, où étaient en jeu les droits d'« étrangers n'ayant aucune espèce d'attache avec le Canada ou ses lois » : les deux affaires étaient « à mille lieux » l'une de l'autre, écrit-elle⁴⁴. La Cour contestera ensuite l'équation faite par AI et l'Association canadienne des libertés civiles entre une violation des obligations internationales du Canada et l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne*. Non pas automatique, cette équation suppose, écrit la Cour, que soient d'abord examinées les circonstances propres à chaque affaire. À cet égard, la Cour a refusé de considérer que *Khadr* avait modifié les principes de territorialité et de courtoisie formulés dans l'arrêt *Hape* : ces principes continuent d'exiger qu'on s'interroge sur le consentement éventuel du gouvernement

⁴² *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)* 2008 CAF 401, [2009] 4 RCF 149 [*Amnistie internationale*, CAF]. La demande d'autorisation d'appel a été rejetée par la Cour suprême le 21 mai 2009.

⁴³ *Ibid.* au para. 34.

⁴⁴ *Ibid.* au para. 14.

afghan à l'application d'un droit étranger. Ce consentement, nous l'avons vu, était inexistant. L'appel fut donc rejeté.

Le raisonnement suivi par la Cour d'appel, qui distingue les faits de *Khadr* de ceux de l'affaire des détenus afghans, donne une importance qui peut paraître étonnante au «rattachement au Canada» comme facteur dans les affaires où se pose la question de l'extraterritorialité de la *Charte canadienne*. En effet, les droits reconnus par l'article 7 de la *Charte* sont garantis à chacun, contrairement à certains autres droits reconnus aux seuls citoyens canadiens⁴⁵. Cette question du rattachement se posera également dans l'affaire *Slahi*, qui sera examinée immédiatement après celle-ci. Quant au refus, dans l'affaire des détenus afghans, de considérer les affaires *Hape* et *Khadr* comme consacrant une « exception relative aux droits de l'homme », il nous paraît difficilement conciliable avec les termes utilisés dans cette dernière affaire, où il était bel et bien question d'une « exception importante »⁴⁶ au principe de la courtoisie. Néanmoins, la Cour suprême ayant refusé d'entendre l'appel d'AI et de l'Association canadienne des libertés civiles, il faut croire que l'état du droit sur cette question est désormais fixé.

*Slahi c. Canada (Justice)*⁴⁷

Dans cette affaire, jugée en 2009, les demandeurs *Slahi* et *Zemiri*, détenus à Guantanamo, sollicitent le contrôle judiciaire de la décision de diverses autorités gouvernementales canadiennes de leur refuser la divulgation de plusieurs documents. Ceux-ci sont reliés aux entrevues que des fonctionnaires canadiens ont tenues avec eux et à des dossiers de renseignements transmis aux américains. Les demandeurs réclament que ces documents leur soient remis pour faciliter leurs demandes d'*habeas corpus* aux États-Unis, afin de corroborer que des mauvais traitements se sont produits. Ils s'appuient sur les articles 7 et 24(1) de la *Charte canadienne*, ainsi que sur l'affaire *Khadr*. Il faut par ailleurs noter qu'aucun des deux demandeurs n'est citoyen canadien, mais qu'ils étaient des personnes d'intérêt pour les autorités canadiennes suite à leurs activités au Canada.

En ce qui concerne M. *Slahi*, il est de nationalité mauritanienne et a habité à Montréal de novembre 1999 à janvier 2001 après s'être vu accorder le statut de résident permanent. À partir de septembre 2001, il a été détenu dans plusieurs États pour finalement être transféré à Guantanamo. Des agents du SCRS et de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) lui auraient rendu visite à au moins deux reprises et ces entrevues auraient porté sur des sujets soulevés dans la demande d'*habeas corpus*. M. *Zemiri*, quant à lui, est citoyen algérien et a résidé au Canada de 1994 à juin 2001. Il est détenu à Guantanamo depuis 2002. Il a été interrogé par les autorités policières et les services du renseignement du Canada alors qu'il y

⁴⁵ Voir l'article 6 de la *Charte canadienne* : « Tout citoyen canadien... ».

⁴⁶ *Khadr*, *supra* note 31 au para. 18.

⁴⁷ *Slahi c. Canada (Justice)* 2009 CF 160 [*Slahi*]. Les appels dans cette affaire ont été rejetés. Voir *Slahi c. Canada (Justice)*, 2009 CAF 259, autorisation d'appel refusée à la Cour suprême du Canada le 2010-02-18 (no. 33409).

demeurait. Selon M. Zemiri, ce sont ces entrevues qui ont fondé sa détention à Guantanamo. Il a, lui aussi, ensuite reçu la visite des représentants du SCRS et de la GRC à Guantanamo en 2003 et 2004. Il n'est pas contesté dans cette affaire que des agents du SCRS et de la GRC ont conduit des entrevues avec les demandeurs et que des renseignements ont été transmis aux autorités américaines.

Le premier point examiné par la Cour fédérale est l'application de la *Charte canadienne* en l'espèce. Se référant au paragraphe 32(1) de la *Charte canadienne*, ainsi qu'aux arrêts *Hape* et *Khadr*, elle conclut que le régime en place à l'époque des entrevues des demandeurs violait les obligations du Canada en regard du droit international. Cela donne donc ouverture à l'exception de l'application de la *Charte canadienne* à l'étranger, alors qu'on peut passer outre la courtoisie internationale lorsqu'une situation viole les obligations du Canada en regard du droit international. Comme il s'agissait en l'espèce d'une situation déjà examinée par la Cour suprême dans *Khadr*, la Cour fédérale s'appuie sur cette conclusion antérieure quant à la procédure en place à Guantanamo. La Cour fédérale précise que la Cour suprême n'a pas écarté l'application de la *Charte canadienne* dans le cadre de procédures qui mettent en jeu le droit d'une personne à la liberté, comme le cas en l'espèce où une procédure d'*habeas corpus* est en cause aux États-Unis. Finalement, elle conclut que la « Charte [canadienne] s'appliquerait aux représentants canadiens qui ont participé aux entrevues des demandeurs à Guantanamo car ils participaient eux aussi à un processus qui viole les obligations du Canada au regard du droit international »⁴⁸.

Le deuxième point examiné est celui de la portée de l'application extraterritoriale de l'article 7 de la *Charte canadienne*. En l'espèce, la Cour fédérale se distingue de l'affaire *Khadr* en ce que les demandeurs ne sont pas, contrairement à M. Khadr, des citoyens canadiens. Analysant divers jugements de la Cour suprême⁴⁹ eu égard à la portée de l'application de l'article 7 de la *Charte canadienne*, le juge conclut que

la jurisprudence de la Cour suprême enseigne que les non-canadiens peuvent se prévaloir des protections prévues à l'article 7 de la Charte [canadienne] lorsqu'ils se trouvent au Canada ou lorsqu'ils font l'objet d'un procès criminel au Canada, et que des citoyens canadiens, dans certaines circonstances, peuvent faire valoir les droits qui leur sont conférés par l'article 7 de la Charte [canadienne] lorsqu'ils se trouvent à l'extérieur du Canada.⁵⁰

Ainsi, la Cour fédérale en l'espèce conditionne l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne* non pas seulement à l'intitulé de l'article 32(1) de la *Charte canadienne*, tel qu'interprété par l'affaire *Hape* et *Khadr*, et à l'existence d'une situation violant les obligations du Canada au regard du droit international, mais aussi

⁴⁸ *Ibid.* au para. 36.

⁴⁹ *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 au para. 35; *R. c. A.*, [1990] 1 R.C.S. 995 au para. 6; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597 au para. 86 [*Cook*]; *Khadr*, *supra* note 31 au para. 31; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562 au para. 11. Voir aussi *Cook*, *ibid.*, juge L'Heureux-Dubé (dissidente) et *Hape*, *supra* note 11, juge LeBel (s'exprimant pour la majorité et faisant état de la dissidence de L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Cook*).

⁵⁰ *Slahi*, *supra* note 47 au para. 47.

à l'existence de circonstances liant le revendicateur de la protection de l'article 7 de la *Charte canadienne* au Canada, tel que sa présence sur le territoire canadien, l'existence d'un procès criminel au Canada ou la citoyenneté canadienne. La Cour d'appel fédérale, on l'a vu, avait d'ailleurs suivi un raisonnement semblable dans l'affaire des détenus afghans.

Il ressort l'affaire *Slahi*, à notre avis, que la Cour fédérale a cherché à se « sortir de l'impasse » de l'application de la *Charte canadienne* à des non-Canadiens en fouillant dans la jurisprudence canadienne afin d'y trouver une réponse. Par contre, la Cour ne formule pas un argument juridique structuré, basé sur une exception reconnue formellement en droit national ou international. À notre avis, il aurait été plus logique en l'espèce que la Cour se fonde sur l'argument qui est, par exemple, élaboré par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies selon lequel « [l']État partie doit respecter et garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir ou son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte [international des droits civils et politiques] même s'il ne se trouve pas sur son territoire »⁵¹. Le Comité élabore sur ce principe en précisant que le Pacte « s'applique aussi à quiconque se trouve sous le pouvoir ou le contrôle effectif des forces d'un État partie opérant en dehors de son territoire, indépendamment des circonstances dans lesquelles ce pouvoir ou ce contrôle effectif a été établi »⁵². Ainsi, il aurait pu être logique pour la Cour, au lieu d'exclure la portée de la *Charte canadienne* uniquement pour une cause d'absence de citoyenneté, de se pencher sur la question du contrôle effectif des représentants gouvernementaux canadiens en l'espèce afin de décider de la portée de la *Charte canadienne*.

Khadr c. Canada (Premier Ministre)⁵³

M. Khadr, suite à sa victoire en Cour suprême quant à la communication des renseignements obtenus par le Canada à Guantanamo, dépose maintenant une demande de révision judiciaire à la Cour fédérale concernant la décision du gouvernement canadien de ne pas le faire rapatrier au pays. Il allègue une violation à l'article 7 de la *Charte canadienne* et demande une ordonnance de rapatriement comme réparation en vertu de l'article 24(1).

Plusieurs questions doivent être abordées par la Cour. Premièrement, les procureurs du gouvernement allèguent la chose jugée, s'appuyant sur le premier jugement *Khadr*. La Cour répond que la question du rapatriement n'a jamais été traitée. Deuxièmement, la Cour examine s'il existe une « décision » du gouvernement canadien pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Se référant à la réponse du

⁵¹ Comité des droits de l'homme, *Observation générale No. 31*, supra note 21 au para. 10.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Khadr c. Canada (Premier Ministre)* 2009 CF 405, [2010] 1 R.C.F. 34 [*Khadr*, CF]. Voir aussi 2009 CAF 246, [2010] 1 R.C.F. 73 [*Khadr*, CAF], arrêt accueilli en partie par la Cour suprême du Canada 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44 (la Cour suprême décide que la réparation appropriée consiste à constater que les droits de M. Khadr ont été violés et qu'il convient de laisser au gouvernement le soin de répondre à cette constatation).

Premier Ministre à une question en conférence de presse et à certains documents parlementaires, la Cour conclut sur ce point que le gouvernement a bel et bien pris la décision de ne pas rapatrier M. Khadr au Canada. De plus, elle ajoute que bien qu'il s'agisse d'une décision qui touche à la prérogative de l'exécutif en matière de relations extérieures, elle met en jeu les droits garantis par la *Charte canadienne* et peut donc faire l'objet d'une révision judiciaire.

Troisièmement – et de manière plus importante – la Cour s'interroge sur les obligations des autorités canadiennes en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne*. Pour le déterminer, elle rappelle la décision de la Cour suprême selon laquelle la *Charte canadienne* s'applique aux agents canadiens qui se sont rendus à Guantanamo pour interroger Khadr⁵⁴. La Cour fédérale doit ensuite se demander si un principe de justice fondamentale exige que le gouvernement canadien protège M. Khadr. Elle prend en compte, pour déterminer la présence d'un tel principe, les obligations internationales du Canada⁵⁵. Elle poursuit son analyse en examinant les obligations du Canada eu égard à la *Convention contre la torture*⁵⁶ et conclut que le Canada a « remis les informations qu'il avait obtenues en interrogeant M. Khadr aux autorités américaines afin que celles-ci puissent s'en servir contre lui, tout en sachant qu'on l'avait soumis à des techniques de privation du sommeil »⁵⁷. La Cour examine ensuite la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁵⁸ et conclut que le Canada devait intervenir pour protéger M. Khadr contre des mauvais traitements, que le gouvernement a consenti implicitement aux techniques de privation de sommeil et qu'il n'est pas intervenu afin de soustraire M. Khadr à une détention avec des adultes. Finalement, la Cour prend note du *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*⁵⁹. Elle souligne que ce protocole n'impose pas d'obligations juridiques au Canada à l'endroit d'une personne dans la situation de M. Khadr. Cependant, elle prend note des principes plus vastes prévus dans son préambule et conclut à ce sujet que le Canada ne pouvait ignorer le fait qu'il avait reconnu la nécessité de protéger les mineurs qui prennent part à des hostilités. La Cour conclut que « les principes de justice fondamentale obligeaient le Canada à protéger M. Khadr en prenant des mesures appropriées pour veiller à ce que son traitement cadre avec les normes internationales en matière de droits de la personne »⁶⁰.

⁵⁴ Voir plus haut, *Canada (Justice) c. Khadr*, *supra* note 31.

⁵⁵ Voir *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. au para. 46, citant *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283 au para. 80, cité dans *Khadr*, CF, *supra* note 53 au para. 55 (« [I] est diverses sources du droit international des droits de la personne – les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières »).

⁵⁶ *Convention contre la torture*, *supra* note 24.

⁵⁷ *Khadr*, CF, *supra* note 53 au para. 57.

⁵⁸ *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra* note 5.

⁵⁹ *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*, Rés. AG 54/263, Doc. off. AG NU, 54^e sess, Doc. NU A/RES/54/263 (1999). RTNU vol. 2173, p. 222 [*Protocole sur les enfants dans les conflits armés*].

⁶⁰ *Khadr*, CF, *supra* note 53 au para. 75.

La dernière question que doit aborder la Cour fédérale est celle de la réparation. À ce titre, elle considère que le rapatriement de M. Khadr est la réparation appropriée afin de cadrer avec l'obligation du gouvernement de favoriser sa réadaptation physique et psychologique et sa réinsertion sociale. La Cour est d'avis que cette demande se situe au bas de l'échelle des interventions diplomatiques et fait intrusion le moins possible dans les prérogatives de l'État en matière d'affaires étrangères.

Suite à ce jugement, le gouvernement canadien a porté l'affaire en appel devant la Cour d'appel fédérale⁶¹. L'appel du gouvernement est fondé principalement sur son pouvoir discrétionnaire absolu de demander le rapatriement d'un citoyen canadien. Selon lui, cela relève de sa compétence exclusive en matière d'affaires étrangères. La Cour d'appel fédérale rejette cet argument, soutenant qu'au Canada, la primauté du droit l'emporte sur le pouvoir discrétionnaire absolu. Elle conclut donc à la violation de l'article 7 de la *Charte canadienne*, qui n'est pas justifiée par l'article premier. Concernant la réparation accordée, la Cour d'appel fédérale est d'avis que la celle-ci n'est pas un abus de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

En l'espèce, la Cour utilise les obligations du Canada pour interpréter le contenu de l'article 7 de la *Charte canadienne*, une démarche qui n'est pas étrangère aux cours canadiennes depuis entre autre l'arrêt *États-Unis c. Burns*. Ce qui paraît le plus surprenant dans l'analyse du droit international par la Cour est son interprétation du *Protocole sur les enfants dans les conflits armés*. En effet, la Cour l'interprète comme conférant au Canada des obligations à l'égard de M. Khadr dans la mesure où ce dernier a pris part à des hostilités lorsqu'il était enfant, en se rapportant aux principes généraux du préambule et à une reconnaissance implicite du Canada de protection envers les enfants soldats. En réalité, ce protocole criminalise le recrutement des enfants-soldats, et ne concerne nullement le traitement judiciaire d'un enfant qui serait accusé de crime de guerre⁶². Ainsi, la portée que la Cour donne au protocole ne s'inscrit pas, à notre avis, dans une application rigoureuse du droit international par les cours canadiennes, ce qui peut discréditer à long terme l'utilisation du droit international comme norme convaincante par les tribunaux nationaux.

*X (Re)*⁶³

Dans cette affaire, il est question de la compétence de la Cour fédérale pour délivrer un mandat au SCRS pour l'écoute de communications et la collecte de renseignements provenant de l'étranger. La question au centre des préoccupations de la Cour était de savoir si elle pouvait autoriser ces actes sachant que la souveraineté territoriale d'un État étranger pouvait être violée. En l'espèce, le mandat dont on

⁶¹ *Khadr*, CAF, *supra* note 53 (juge Nadon, dissident).

⁶² Pour une étude sur cette question, voir Naïri Arzoumanian et Francesca Pizzutelli, « Victimes et bourreaux : question de responsabilité liées à la problématiques des enfants-soldats en Afrique » [2003] vol. 82, no 852 R.I.C.R. 827.

⁶³ *X (Re)* 2009 CF 1058, [2010] 1 R.C.F. 460.

demandait la délivrance visait les activités de Canadiens à l'étranger et était régi par l'article 21 de la *Loi sur le SCRS*⁶⁴.

Afin de trancher sur la question, le juge Mosley, présidant l'instance, se penche longuement sur les motifs de la décision du juge Blanchard de novembre 2008⁶⁵, qui avait conclu que la *Loi sur le SCRS* ne pouvait accorder à la Cour fédérale la compétence d'autoriser des enquêtes à l'étranger. Cette décision du juge Blanchard était surtout appuyée sur les développements jurisprudentiels de l'arrêt *Hape* en matière de souveraineté internationale, en particulier que le droit international coutumier interdisait de s'immiscer dans les affaires intérieures des autres États⁶⁶. Le juge Blanchard avait conclu que « [s]ans le consentement des États étrangers à ce que le Canada applique ses lois à l'intérieur de leurs frontières, les méthodes d'enquêtes envisagées constitueraient une violation de la souveraineté territoriale et du droit international coutumier »⁶⁷.

Ceci dit, le juge Mosley se distingue de la décision du juge Blanchard, en ce que le mandat recherché concerne l'interception de communications et la collecte de renseignements qui se feront uniquement au Canada. Ainsi, il considère que l'interception est une activité qui se concrétise alors que quelqu'un écoute la communication. Par conséquent, le mandat permettant l'interception serait exécuté au Canada et non pas dans un autre État, puisque c'est au « Canada où les appels seront écoutés et enregistrés et où il sera pris connaissance de leur contenu »⁶⁸. Concernant la collecte de renseignements, le SCRS a fait valoir que « la pratique internationale coutumière pour ce qui est des opérations de collecte de renseignements dans un État étranger constituait une exception aux principes de la souveraineté territoriale »⁶⁹. Sans s'appuyer directement sur cet argument, le juge Mosley conclut sur ce point que « [l]e principe de la souveraineté territoriale n'empêche pas une nation de collecter des renseignements dans le territoire d'une autre nation, bien qu'il empêche d'exercer sa compétence de faire appliquer ses lois »⁷⁰.

Dans cette affaire, il est surtout dommage que le juge Mosley n'ait pas élaboré sur la question de la « pratique internationale coutumière » sur laquelle il s'appuie dans le cadre de son analyse concernant la collecte de renseignements. Cet argument du juge aurait pu être très fort s'il était bien argumenté et démontrer que tel était bien le cas. Il aurait pu entreprendre une analyse des deux éléments de la coutume internationale, la pratique et l'*opinio juris*, afin de réellement trouver une coutume sur laquelle appuyer sa conclusion. Malheureusement, le juge ne fait qu'énoncer l'existence d'une exception à la souveraineté territoriale sans élaborer sur les motifs de cette conclusion.

⁶⁴ *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), c. C-23.

⁶⁵ *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 301, [2008] 4 R.C.F. 230.

⁶⁶ Voir *X (Re)*, *supra* note 63 au para. 9 et s.; *Hape*, *supra* note 11 au para. 65.

⁶⁷ *X (Re)*, *ibid.* au para. 15.

⁶⁸ *Ibid.* au para. 52.

⁶⁹ *Ibid.* au para. 65.

⁷⁰ *Ibid.* au para. 74.

II. Droits et libertés de la personne

A. Droit à l'égalité et non-discrimination

De manière quasi systématique, le Tribunal des droits de la personne du Québec a recours au droit international pour l'interprétation et l'application du droit à l'égalité reconnu par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec⁷¹. Cette pratique, déjà largement documentée dans les chroniques antérieures, met en lumière l'interrelation possible entre la normativité internationale et plusieurs situations de la vie quotidienne où le droit à l'égalité et à la non-discrimination est en jeu. Nous omettons ici un certain nombre de décisions où l'invocation du droit international s'inscrit dans la foulée des décisions antérieures du Tribunal, pour nous concentrer sur d'autres où ce recours au droit international permet à celui-ci de faire face à des situations nouvelles.

*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Coopérative d'habitation L'Escale de Montréal*⁷²

Dans cette affaire, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ) prend fait et cause pour une personne handicapée. Le litige oblige le Tribunal à se pencher sur l'étendue de l'obligation d'accommodement raisonnable qui incombe à une coopérative d'habitation.

La plaignante, une personne seule vivant avec un handicap physique, habite déjà un logement au sein de cette coopérative. Vu l'aggravation de son handicap, elle souhaite être relogée dans un appartement de quatre pièces et demie accessible par ascenseur. En tant que membre, elle jouit d'une priorité sur la clientèle externe. Par ailleurs, elle est la seule membre de la coopérative à signaler son intérêt pour cet appartement. Toutefois, la déclaration de copropriété réserve les logements de quatre pièces et demie aux ménages comptant au moins deux personnes. L'appartement est donc refusé à la plaignante. Invité à déroger à la norme d'occupation prévue dans la déclaration de copropriété, le conseil d'administration de la coopérative refuse de le faire, donnant lieu au dépôt d'une plainte pour discrimination.

Le Tribunal doit ici déterminer si la plaignante a été victime d'une exclusion fondée sur son handicap dans l'accès à un logement. Les parties conviennent que la discrimination dans cette affaire ne peut être qu'indirecte, étant fondée sur l'application d'une règle a priori neutre (à savoir, le nombre de personnes faisant

⁷¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c. C-12 [*Charte québécoise*]. Pour un énoncé formel de cette ouverture à la normativité juridique internationale, voir le site web du Tribunal : <http://www.tribunaux.qc.ca/TDP/index-tdp.html>. Pour une analyse : Michel Coutu et Pierre Bosset, « La dynamique juridique de la Charte », dans *La Charte québécoise des droits et libertés après 25 ans* (P. Bosset, dir.), Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, vol. 2 aux pp. 284-292.

⁷² *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Coopérative d'habitation L'Escale de Montréal* 2008 QCTDP 1, 14 janvier 2008 (TDP) [*L'Escale*]. Confirmé en appel, sauf sur un élément de l'ordonnance de réparation: 2010 QCCA 1791.

partie du ménage). Le Tribunal rappelle qu'il est « toujours soucieux de mettre sa jurisprudence au diapason du droit international »⁷³. Dans cet esprit, le Tribunal cite les dispositions suivantes de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* (déjà adoptée à l'époque, mais non encore en vigueur au moment des faits) :

La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable ;

On entend par « aménagement raisonnable » les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales.⁷⁴

Le Tribunal examinera la justification donnée par la coopérative, à savoir sa vocation sociale, la pénurie de logements abordables à Montréal, et le grand nombre de ménages sur la liste d'attente de la coopérative. Cette justification fut jugé non pertinente, dans la mesure où la plaignante, qui jouissait d'une priorité sur la clientèle externe, était la seule personne sur les rangs pour l'obtention du dit logement. Le tribunal fera appel à la notion d'accommodement raisonnable, notion que le droit canadien reconnaît déjà⁷⁵, bien qu'elle soit également présente dans la convention précitée (sous le vocable « aménagement raisonnable »). En l'absence de toute preuve de contrainte excessive (ou, pour reprendre la terminologie de la *Convention*, de « charge disproportionnée ou indue »), le tribunal conclura que la coopérative ne s'était pas déchargée de son obligation d'accommoder la plaignante. Il fut donc ordonné à la coopérative d'habitation de réintégrer la plaignante, en l'inscrivant en priorité sur la liste d'attente pour un logement correspondant à ses limitations fonctionnelles, et de modifier le texte de son règlement interne, « de façon à ce que la norme d'occupation minimale tienne compte de situations comme celle d'une personne seule affligée d'un handicap⁷⁶ ». Le recours à la convention précitée, qui sur ce point n'ajoute rien de véritablement substantiel aux droits dont peuvent déjà se prévaloir les personnes handicapées en droit québécois et canadien de la discrimination, ne fut certes pas déterminant dans cette affaire, mais il peut être vu comme une façon de renforcer la légitimité du raisonnement de la Cour et celle des ordonnances figurant dans le dispositif du jugement, en faisant appel à des normes juridiques internationales qui, rappelons-le, n'étaient pas encore en vigueur au moment des faits et ne liaient pas (encore) le Canada.

⁷³ *Ibid.* au para. 30.

⁷⁴ *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, Doc. off. AG NU, 61^e sess., Doc. NU A/61/611 (2206) (entrée en vigueur : le 3 mai 2008; ratification par le Canada le 11 mars 2010), art. 2(3) et 2(4).

⁷⁵ Voir *Commission ontarienne des droits et de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536 (religion) et *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 RCS 665 (handicap).

⁷⁶ *L'Escale*, *supra* note 72 (dispositif).

*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Phares*⁷⁷

La CDPDJ agit pour le compte de l'enfant Joël Potvin dans une plainte alléguant que la Commission scolaire des Phares a porté atteinte à son droit à l'instruction publique gratuite sans discrimination fondée sur le handicap, contrairement à la *Charte québécoise*. Cette décision fait suite à une décision concernant le même enfant de la Cour d'appel du Québec⁷⁸, qui a confirmé la discrimination à l'égard de Joël dans son évaluation et son classement, ainsi que dans son intégration à une classe régulière. La Cour d'appel avait énoncé dans ce jugement les étapes que la Commission scolaire devait suivre pour déterminer si l'intégration est dans le meilleur intérêt de l'enfant. Dans la présente affaire, on prétend que la Commission scolaire a effectué un classement discriminatoire à l'égard de Joël, en ne respectant pas les instructions de la Cour d'appel. La décision attaquée concerne une grande diminution du temps d'intégration de Joël dans une classe régulière. La position des parents de Joël est qu'il devrait passer le plus de temps possible dans une classe ordinaire de l'école de quartier, au moins pendant la moitié du temps.

Après une longue analyse des faits, statistiques et expertises concernant la situation de Joël, le Tribunal des droits de la personne aborde le droit applicable. Il traite tout d'abord du droit international, en soulignant que la Cour suprême a reconnu l'importance d'examiner le cadre international dans le contexte des droits fondamentaux de la personne⁷⁹. Le Tribunal note que « [l]es instruments internationaux adoptés au cours des dernières années en matière de droit à l'éducation ont permis de consolider l'objectif d'intégration scolaire »⁸⁰ et que la *Charte québécoise* doit être interprétée à la lumière de ces textes internationaux. Le Tribunal cite plusieurs documents à cet égard : la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁸¹, la *Déclaration des droits du déficient mental*⁸², la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁸³, la *Déclaration mondiale sur l'éducation pour tous*⁸⁴, les *Règles pour l'égalisation des chances des personnes handicapées*⁸⁵, l'*Observation générale no 9 : Les droits des enfants handicapés*⁸⁶, la *Convention relative aux droits des*

⁷⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Phares* 2009 QCTDP 19 [CS Phares].

⁷⁸ *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82.

⁷⁹ CS Phares, *supra* note 77 au para. 270, n. 116.

⁸⁰ *Ibid.* au para. 271.

⁸¹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n^o 13, Doc. NU A/810 (1948) 71, art. 1, 26 [DUDH].

⁸² *Déclaration des droits du déficient mental*, Rés. AG 2856 (XXVI) Doc. off. AG NU, 26^e sess., supp. n^o 29, Doc. NU A/8429 (1971) 99, art. 2 : droit à « l'instruction, à la formation, à la réadaptation et aux conseils qui l'aideront à développer au maximum ses capacités et ses aptitudes ».

⁸³ *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra* note 5, art. 2 et 3.

⁸⁴ *Déclaration mondiale sur l'éducation pour tous*, Conférence mondiale sur l'éducation pour tous – Répondre aux besoins éducatifs fondamentaux, mars 1990, UNESCO, art. 3(5).

⁸⁵ *Règles pour l'égalisation des chances des personnes handicapées*, Doc. off. AG NU, 48^e sess., Doc. NU A/RES/48/96 (1994), règles 1, 2, 6, 8.

⁸⁶ Comité des droits de l'enfant, *Observation générale no. 9 : Les droits des enfants handicapés*, CRC/C/GC/9 (27 février 2007) aux para. 11, 63, 66, 67.

*personnes handicapées*⁸⁷ et même un rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à l'éducation⁸⁸. Il conclut que « [l]e consensus en faveur de l'intégration s'est ainsi consolidé au cours des dernières années au niveau international »⁸⁹.

Le Tribunal examine ensuite la législation québécoise, en particulier la *Charte québécoise* et la *Loi sur l'instruction publique*⁹⁰. Selon cette dernière, c'est aux commissions scolaires que revient la responsabilité d'organiser les services éducatifs aux élèves handicapés selon leurs capacités et leurs besoins particuliers⁹¹. On prévoit aussi qu'elles doivent adopter une politique pour l'intégration harmonieuse de l'élève handicapé dans une classe ou un groupe ordinaire lorsque l'évaluation de ses capacités et besoins montre que cela facilite ses apprentissages et son insertion sociale, sans être une contrainte excessive pour les droits des autres élèves⁹². Le Tribunal souligne que ces dispositions législatives font de l'intégration en classe ordinaires la voie privilégiée pour tous les élèves. Après avoir étudié les dispositions de la *Charte québécoise* et la notion d'intérêt de l'enfant, le Tribunal résume la marche à suivre en ces termes : « lorsque le portrait de la situation est complété – une fois l'évaluation des besoins et capacités préalablement effectuée et que les mesures d'adaptation pouvant favoriser l'intégration en classe ordinaire ont été envisagées – la commission scolaire devra choisir le classement en fonction de l'intérêt de l'enfant certes mais surtout dans le respect de ses droits »⁹³. Le Tribunal précise aussi que c'est à la commission scolaire que revient le fardeau de prouver que le classement de l'élève a bien été fait dans son meilleur intérêt. La seule justification possible à l'atteinte de ce droit est une contrainte excessive ou une atteinte importante aux droits des autres élèves.

Le Tribunal fait ensuite une longue analyse des faits en l'espèce. Il conclut finalement que

l'encadrement de Joël et le processus ayant conduit la Commission scolaire des Phares aux décisions de classement pour les années scolaires 2006-2007 et 2007-2008 sont discriminatoires. Ce qui transparaît de ces décisions est que l'exclusion des personnes handicapées présentant une déficience intellectuelle de la classe ordinaire reflète le refus d'accepter que ces élèves ne puissent jamais satisfaire à la réussite académique telle que définie pour les élèves ne présentant pas de handicap ou de déficience intellectuelle et surtout d'accepter qu'il devra toujours continuer à apprendre dans un milieu où il ne pourra comprendre toujours tout. Bien que tous les outils d'évaluation appliqués à Joël indiquent la mesure de ses capacités en fonction de son handicap, aucunement n'est-il envisagé comment les

⁸⁷ *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, *supra* note 74, préambule, art. 3, 7, 24.

⁸⁸ Rapport de Vernor Muñoz : Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation – *Le droit à l'éducation des personnes handicapées*, A/HRC/4/29, Conseil des droits de l'homme, 19 février 2007 aux para. 9, 11, 12, 25, 27, 37, 41, 81 et s.

⁸⁹ *CS Phares*, *supra* note 77 au para. 294.

⁹⁰ *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3.

⁹¹ *Ibid.*, art. 234.

⁹² *Ibid.*, art. 235.

⁹³ *CS Phares*, *supra* note 78 au para. 329.

adaptations nécessaires à son intégration en classe ordinaire pourraient être possibles.⁹⁴

Le Tribunal condamne la Commission scolaire des Phares à payer un montant de 22 500\$ en dommages moraux aux parents de Joël et un montant identique à Joël. Il ordonne aussi à la Commission de cesser d'effectuer le classement de Joël et des autres élèves handicapés en fonction du regroupement des élèves nécessitant des services adaptés et par conséquent, de modifier sa politique à cet égard pour affirmer clairement qu'il faut avant tout envisager l'intégration dans une classe ordinaire. Le Tribunal ordonne aussi à la Commission d'envisager toutes les mesures d'adaptation pour favoriser l'intégration en classe ordinaire ainsi qu'à offrir à tout son personnel enseignant une formation sur les principes de l'intégration scolaire des enfants handicapés.

Bien que dans cette affaire le Tribunal des droits de la personne fasse un survol qui semble assez complet des normes internationales liées aux droits en l'espèce, on peut mal évaluer la réelle portée de ce survol sur le fond du litige. En effet, le droit national semble suffisant à lui seul et en tout état de cause, n'est pas différent à ce qui est prévu dans les textes internationaux.

CDPDJ c. Laval (Ville de)⁹⁵

Le Tribunal des droits de la personne est saisi d'une demande de la CDPDJ qui allègue que la Ville de Laval et l'Association des pompiers de Laval ont conclu une convention collective discriminatoire prévoyant deux échelles salariales distinctes selon la date d'embauche. Les clauses contestées de la convention collective créeraient ainsi un écart salarial disproportionné chez les jeunes pompiers, constituant ainsi de la discrimination fondée sur le l'âge, contraire à la *Charte* québécoise.

La convention collective, signée le 10 juin 1998, prévoit qu'une recrue embauchée après cette date reçoit un salaire annuel inférieur d'environ 5 000\$ à celui d'une recrue embauchée avant cette date. Tous les pompiers reçoivent par contre le même salaire au sommet des deux échelles salariales. Par ailleurs, cette réduction de salaire s'inscrit dans le contexte de l'adoption de la *Loi concernant la négociation d'ententes relatives à la réduction des coûts de la main-d'œuvre dans le secteur municipal*⁹⁶ qui obligeait les municipalités à diminuer le coût de la main-d'œuvre de 6 % pour contribuer à l'effort collectif de réduction des dépenses de l'État. La même loi prévoyait cependant que l'échelle salariale ne pouvait être modifiée pour les salariés alors à l'emploi de la ville⁹⁷. Selon l'un des pompiers embauché après le 10 juin 1998, la ville aurait pu trouver d'autres manières de se conformer à la loi qui n'auraient pas été discriminatoire, par exemple dans le cadre d'une diminution des congés de maladie. Selon la ville, la solution mise de l'avant pour se conformer à la

⁹⁴ *Ibid.*, au para. 578.

⁹⁵ *CDPDJ c. Laval (Ville de)*, 2009 QCTDP 4, [2009] R.J.Q. 853 [*CDPDJ c. Laval*].

⁹⁶ *Loi concernant la négociation d'ententes relatives à la réduction des coûts de la main-d'œuvre dans le secteur municipal*, LQ, 1998, c. 2.

⁹⁷ *Ibid.*, art. 9.

loi convenait autant au syndicat qu'à l'employeur puisque la ville devait maintenir les acquis des pompiers déjà embauchés. Deux autres conventions collectives ont été signées depuis celle de 1998, et les deux échelles salariales y ont toujours été comprises.

Concernant la discrimination fondée sur l'âge, la CDPDJ soumet une preuve de l'âge des pompiers embauchés après le 10 juin 1998, selon la nouvelle échelle salariale s'applique de façon disproportionnée aux pompiers âgés entre 20 et 34 ans. Pour la Ville de Laval, la clause contestée ne fait pas référence à l'âge, mais à la date d'embauche, ce qui ne peut être retenu comme un motif de discrimination. En termes de dommages, un montant représentant le rattrapage salarial est demandé.

Dans son analyse du droit applicable, le Tribunal examine en premier lieu le contexte international. Il précise que lors des travaux préparatoires, on a fait explicitement référence aux instruments de droit international et qu'il faut s'y appuyer également dans le contexte de la présomption de compatibilité du droit canadien avec les obligations internationales du Canada. Le Tribunal rappelle que « [m]ême si les instruments internationaux de protection n'ont pas comme tel un caractère contraignant, cela ne doit pas faire obstacle à la prise en compte des valeurs, des objectifs et des standards qui y sont inscrits lorsqu'il s'agit d'interpréter les dispositions de la Charte »⁹⁸. C'est ainsi que le Tribunal cite différents instruments internationaux qui prévoient le principe « à travail égal, salaire égal » : la *Constitution de l'Organisation internationale du travail*⁹⁹, la *Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail*¹⁰⁰, la *DUDH*¹⁰¹, la *Convention (n° 100) concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale*¹⁰², le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁰³ et diverses observations du Comité des droits économiques, sociaux et culturels¹⁰⁴.

⁹⁸ CDPDJ c. Laval, *supra* note 95 au para. 68.

⁹⁹ *Constitution de l'Organisation internationale du travail*, 28 juin 1919, 1919 UKTS 4 (entrée en vigueur : 10 janvier 1920), préambule [*Constitution de l'OIT*].

¹⁰⁰ *Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail*, 10 mai 1944, Annexe à la *Constitution de l'OIT*, principe II-III [*Déclaration de Philadelphie*].

¹⁰¹ *DUDH*, *supra* note 81, art. 23.

¹⁰² *Convention (n° 100) concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale*, 29 juin 1951, 165 R.T.N.U. 303 (entrée en vigueur : 23 mai 1953, accession du Canada 16 novembre 1972), art. 1, 2.

¹⁰³ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976, accession du Canada 19 août 1976), art. 2, 7 [*PIDESC*].

¹⁰⁴ *Observation générale n° 12 : Le droit à une nourriture suffisante*, Doc. off. CES NU, 20^e sess., Doc. NU E/C.12/1999/5 (1999) au para. 18; *Observation générale n° 18 : Le droit au travail*, Doc. off. CES NU, 35^e sess., Doc. NU E/C.12/GC/18 (2006) au para. 33; *Observation générale n° 19 : Le droit à la sécurité sociale*, Doc. off. CES NU, 39^e sess., Doc. NU E/C.12/GC/19 (2008) au para. 29, au titre « 1. Non-discrimination et égalité » (pour souligner que malgré l'absence du motif de l'âge dans le *PIDESC*, le Comité a reconnu son inclusion dans les autres motifs valables). Voir aussi : *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Canada*, Doc. off. CES NU, 1998, Doc. NU E/C.12/1/Add.31 au para. 30; *Observation générale n° 20 : La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels*, Doc. off. CES NU, 42^e sess., Doc. NU EC.12/GC/20 (2009).

Ensuite, le Tribunal rappelle les critères pour qu'une situation discriminatoire soit reconnue selon les enseignements de la Cour suprême et précise que l'âge est un motif expressément prévu à même le texte de la *Charte québécoise*¹⁰⁵. Quant à la discrimination dans l'emploi, le Tribunal rappelle que la *Charte québécoise* protège le droit à un traitement ou un salaire égal pour les salariés qui accomplissent un travail équivalent, sauf si le traitement est fondé sur des critères communs à l'ensemble du personnel, comme l'ancienneté ou le temps supplémentaire.

Après avoir longuement discuté de tous les facteurs ayant trait à la discrimination dans le cas d'espèce, le Tribunal conclut que la convention collective prévoit des conditions salariales discriminatoires par l'application d'une double échelle salariale, « ce qui constitue en l'espèce une discrimination par effet préjudiciable dans les “conditions de travail” d'un nombre disproportionnée de jeunes pompiers âgés entre 20 et 34 ans »¹⁰⁶. Elle souligne aussi qu'autant l'employeur que le syndicat est responsable de cette discrimination et les condamne à payer des dommages représentant le rattrapage salarial.

Dans cette affaire, le Tribunal des droits de la personne fait encore une fois référence à plusieurs sources de droit international. Cependant, on dénote une méconnaissance du poids à donner à différentes instruments internationaux, ce qui a pour conséquence d'amoinrir la force potentiel de ces sources. Ainsi, il serait préférable pour le Tribunal de ne pas qualifier l'ensemble des instruments de non-contraignants, alors que certains ont une force obligatoire en tant que traités, et que d'autres sont des instruments de *soft law*, sans force obligatoire.

B. Droit d'entrer au Canada

*Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*¹⁰⁷

M. Abdelrazik est un citoyen canadien qui vit à l'ambassade canadienne de Khartoum au Soudan. Il veut retourner au Canada, mais il lui est impossible de le faire en raison de divers actes du gouvernement canadien. Il soumet donc que le gouvernement a violé son droit d'entrer au Canada, protégé par l'article 6(1) de la *Charte canadienne*. Le Canada explique son comportement par son obligation en regard du Comité du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies (ONU) créé par la *Résolution 1267*¹⁰⁸ (Comité 1267), puisque M. Abdelrazik est inscrit sur la liste des personnes associées à Al-Qaïda, ce qui le soumet à trois mesures : le gel de ses avoirs, un embargo sur les armes et une interdiction de voyager¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *CDPDJ c. Laval*, *supra* note 95 aux para. 79 et s.

¹⁰⁶ *Ibid.* au para. 205.

¹⁰⁷ *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)* 2009 CF 580, [2010] 1 R.C.F. 267 [*Abdelrazik*]. Appel rejeté : 2009 CAF 77.

¹⁰⁸ *Résolution 1267*, Rés. CS 1267, Doc. off. CS NU, 4051^e séance, Doc. NU S/RES/1267 (1999).

¹⁰⁹ « Liste récapitulative concernant Al-Qaïda, Oussama Ben Laden, les Taliban et autres personnes, groupes, entreprises et entités qui leur sont associés », en ligne : Comité du Conseil de sécurité mis en place conformément à la résolution 1267 concernant Al-Qaïda, les Taliban et les individus et entités

M. Abdelrazik est né au Soudan. Il a demandé l'asile politique au Canada en 1990, après avoir été jeté en prison par le nouveau gouvernement d'Omar al-Bashir. En 1992, le Canada lui a accordé le statut de réfugié en vertu de la *Convention relative au statut des réfugiés*¹¹⁰ et M. Abdelrazik a reçu sa citoyenneté canadienne en 1995. Il a vécu à Montréal jusqu'à 2003, où il aurait fréquenté deux personnes qui auraient eu des liens avec des activités terroristes : Ahmed Ressam, reconnu coupable d'avoir comploté en vue de faire exploser une bombe à l'aéroport de Los Angeles, et Adil Charkaoui, sous le coup d'un certificat de sécurité au Canada. En mars 2003, il s'est rendu au Soudan pour aller voir sa mère malade. En septembre 2003, il est arrêté par les autorités soudanaises. S'en sont suivies plusieurs périodes de détention et de liberté sous conditions au Soudan. Le 31 juillet 2006, M. Abdelrazik a été inscrit sur la liste de personnes associées à Al-Qaïda du Comité 1267 de l'ONU. Il est encore une fois détenu puis relâché par les autorités soudanaises de manière arbitraire. Finalement, le 29 avril 2008, il demande l'asile à l'ambassade du Canada et y demeure depuis. Afin de rentrer au Canada, M. Abdelrazik a demandé à plusieurs reprises l'émission d'un passeport canadien, ce qui lui a été finalement refusé en date du 3 avril 2009.

La Cour fédérale revoit les faits pertinents de l'affaire, ainsi que le droit, et souligne ensuite que selon les obligations du Canada en vertu de la *Charte canadienne*, « si l'on refuse à un citoyen le droit d'entrer au Canada, il faut alors que ce refus soit justifié comme étant nécessaire pour réaliser un objectif raisonnable de l'État »¹¹¹.

Cependant, la Cour doit aussi vérifier quelles sont les obligations internationales du Canada pour déterminer si c'est bien le Canada qui pose un obstacle à l'entrée de M. Abdelrazik au pays ou bien le fait qu'il soit sur la liste du Comité 1267 de l'ONU. La Cour revisite certaines résolutions du Conseil de sécurité concernant le Comité¹¹². Elle soulève qu'il y a réellement un manque de procédures juridiques à la disposition des personnes inscrites sur la liste afin de faire réviser une inscription ou pour demander un retrait. Dans ce système, un État membre demande l'inscription d'une personne sur la liste et seul un État membre peut en demander le retrait. Par ailleurs, aucun compte rendu des motifs de l'inscription de M. Abdelrazik ne lui a été transmis ou n'est autrement disponible, afin qu'il puisse prendre connaissance de ce qui a été retenu contre lui. La Cour critique sévèrement le processus du Comité en soulignant « qu'il est effrayant d'apprendre qu'un citoyen de notre pays ou de tout autre puisse voir son nom inscrit sur la liste du Comité 1267, sur

associés, <<http://www.un.org/french/sc/committees/1267/consolist.shtml>>.

¹¹⁰ *Convention relative au statut des réfugiés*, supra note 2.

¹¹¹ *Abdelrazik*, supra note 107 au para. 43, in fine.

¹¹² Voir *Résolution 1267*, supra note 108; *Résolution 1333*, Rés. CS 1333, Doc. off. CS NU, 4251^e séance, Doc. NU S/RES/1333 (2000); *Résolution 1390*, Rés. CS 1390, Doc. off. CS NU, 4452^e séance, Doc. NU S/RES/1390 (2002); *Résolution 1455*, Rés. CS 1455, Doc. off. CS NU, 4686^e séance, Doc. NU S/RES/1455 (2003); *Résolution 1526*, Rés. CS 1526, Doc. off. CS NU, 4908^e séance, Doc. NU S/RES/1526 (2004); *Résolution 1617*, Rés. CS 1617, Doc. off. CS NU, 5244^e séance, Doc. NU S/RES/1617 (2005); *Résolution 1735*, Rés. CS 1735, Doc. off. CS NU, 5609^e séance, Doc. NU S/RES/1735 (2006); *Résolution 1822*, Rés. CS 1822, Doc. off. CS NU, 5928^e séance, Doc. NU S/RES/1822 (2008).

de simples soupçons »¹¹³. Finalement, il est utile de souligner que les résolutions qui portent création du Comité 1267 prévoient trois exceptions à l'interdiction de territoire : (1) l'entrée d'un ressortissant sur le territoire de son propre État; (2) le transit ou l'entrée dans le cadre de procédures judiciaires; et (3) exceptionnellement au cas par cas¹¹⁴. Or, le gouvernement canadien prétend que les deux premières exceptions ne sont pas applicables en l'espèce.

La Cour fédérale analyse ensuite les prétentions de chaque partie pour en tirer des conclusions quant à la violation par le Canada du droit de M. Abdelrazik d'entrer au Canada. La Cour conclut que le SCRS a été complice lors de la détention de M. Abdelrazik par les autorités soudanaises en 2003; qu'au milieu de 2004, les autorités canadiennes avaient décidé de ne pas fournir de passeport à M. Abdelrazik; que rien dans les résolutions concernant le Comité 1267 de l'ONU n'empêche l'entrée au Canada de M. Abdelrazik, ni son transit via d'autres États pour ce faire; et que le refus d'émettre un passeport d'urgence le 3 avril 2009 constituait une violation du droit constitutionnel de M. Abdelrazik d'entrer au Canada qui n'a pas été justifié eu égard à l'article premier de la *Charte canadienne*.

Concernant plus précisément ses conclusions eu égard aux obligations du Canada envers le Comité 1267 de l'ONU, la Cour analyse le terme « territoire » pour indiquer que celui-ci, tel qu'utilisé dans la résolution, n'inclut pas l'espace aérien. En effet, selon son interprétation de la *Convention relative à l'aviation civile internationale*¹¹⁵ et de la *Convention portant réglementation de la navigation aérienne*¹¹⁶, ces conventions n'ont pas pour conséquence l'inclusion de l'espace aérien dans la notion de « territoire », mais confèrent plutôt la souveraineté des États sur l'espace aérien situé au-dessus de ce dernier. Par ailleurs, la Cour examine la communication du Canada au Comité concernant l'exécution de ses obligations à son égard¹¹⁷. Elle note que dans cette communication, les mesures prises par le Canada ne prévoyaient aucune interdiction de traverser l'espace aérien canadien alors qu'une personne inscrite se rend ailleurs. La Cour trouve aussi illogique que l'on permette une exception concernant l'entrée d'une personne inscrite dans l'État dont il est citoyen, sans qu'on lui permette d'utiliser les moyens pour la faire : il est en effet impossible de se rendre au Canada sans transiter par la voie terrestre ou aérienne. Finalement, la Cour soulève que le Comité 1267 de l'ONU a prévu dans un document d'information¹¹⁸ que les États membres de l'ONU n'ont pas à signaler au Comité l'entrée sur leur territoire ou le transit des personnes inscrites qui exercent leurs droits en vertu de la première ou la deuxième dérogation possible. La Cour conclut donc que les résolutions du Comité 1267 ne présentent pas d'obstacles au rapatriement de M. Abdelrazik au Canada.

¹¹³ *Abdelrazik*, *supra* note 107 au para. 54, *in fine*.

¹¹⁴ Pour que soit considérée une telle demande, plusieurs renseignements doivent être transmis au Comité 1267, dont un numéro de passeport et l'itinéraire de voyage.

¹¹⁵ *Convention relative à l'aviation civile internationale*, 7 décembre 1944, 15 R.T.N.U. 295 (entrée en vigueur : 4 avril 1947) [*Convention de Chicago*].

¹¹⁶ *Convention portant réglementation de la navigation aérienne*, 13 octobre 1919, 11 R.T.S.N. 173 (entrée en vigueur : 11 juin 1922) [*Convention de Paris*].

¹¹⁷ Lettre datée du 15 avril 2003, citée dans *Abdelrazik*, *supra* note 107 au para. 126.

¹¹⁸ *Explication de l'interdiction de voyager*, document d'information [http://www.un.org/french/sc/committees/1267/travelban_explanation.shtml], cité dans *Abdelrazik*, *supra* note 107 au para. 128.

Après avoir conclu à la violation par le Canada du droit de M. Abdelrazik d'entrer au Canada tel que mentionné plus tôt, la Cour se penche sur la réparation à lui accorder. Pour déterminer celle-ci, la Cour fait référence à un principe de droit international selon lequel « la réparation doit, dans toute la mesure du possible, effacer les conséquences de l'acte illégal et rétablir la situation qui, selon toute probabilité, aurait existé si cet acte n'avait pas eu lieu »¹¹⁹. La Cour considère que la réparation appropriée est d'émettre un passeport d'urgence à M. Abdelrazik et d'assurer son voyage au Canada. La Cour considère aussi qu'en l'espèce, « toute aide de cette nature [dans le cadre de l'exécution ou de l'aboutissement d'une ordonnance judiciaire] que fournirait le Canada est nécessaire à l'aboutissement de la présente procédure judiciaire, et ne constitue pas une violation de la résolution de l'ONU »¹²⁰. Elle ordonne finalement que le Canada prenne toutes les mesures possibles, incluant une escorte, pour que M. Abdelrazik ne soit pas arrêté lors de son transit dans un autre État et que ce dernier doit comparaître dans un délai d'un mois devant la Cour pour s'assurer de son rapatriement.

Dans cette affaire, un tribunal canadien a dû, pour une rare fois, examiner des résolutions du Conseil de sécurité pour déterminer les obligations juridiques du Canada à cet égard. Il s'agit d'un exercice que la cour a pris au sérieux en faisant référence à de la documentation internationale pour interpréter ces obligations. On ne peut que se féliciter de la diligence de la Cour dans son analyse des obligations du Canada.

C. Vie, liberté, sécurité

*Canada (Procureur Général) c. Amnesty International Canada*¹²¹

Il est question dans cette affaire de la plainte portée par Amnistie Internationale à la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire (Commission d'examen) concernant le transfert de détenus aux forces de police afghanes. La Commission d'examen a reçu la plainte d'AI considérant que le transfert de détenus par la police militaire entrerait dans son mandat. Une deuxième plainte a été déposée par AI concernant l'omission de la police militaire d'enquêter sur les risques de torture lors du transfert des détenus afghans. Le Procureur général du Canada demande le contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'examen de recevoir la première plainte d'AI au motif que le transfert relève d'une fonction opérationnelle et non pas policière de la police militaire.

La Cour fédérale étudie la question de la compétence en examinant le rôle de la police militaire, particulièrement lors d'opérations militaires. Elle conclut que lors de ces opérations, la police militaire se voit confier, entre autres, la tâche de garder et de contrôler les prisonniers de guerre. Ainsi, cette fonction découlerait de « coutumes

¹¹⁹ *Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, (1928) C.P.J.I., série A. n° 17 à la p. 47 tel que cité dans *Abdelrazik, ibid.* au para 159.

¹²⁰ *Abdelrazik, ibid.* au para. 165.

¹²¹ *Canada (Procureur Général) c. Amnesty International Canada* 2009 CF 918 [Canada c. AI].

ou pratiques militaires établies » et serait donc exclue des fonctions de nature policière de la police militaire. Selon la Cour, « les policiers militaires se voient confier cette tâche parce qu'ils ont reçu une formation spéciale pour s'occuper des personnes et les interroger, ainsi que pour appliquer le droit canadien et international, notamment les Conventions de Genève »¹²². La Commission d'examen n'avait donc pas la compétence pour instiguer une enquête sur la plainte déposée par AI.

Concernant la deuxième plainte d'AI, la Cour considère que la Commission d'examen a compétence pour enquêter sur l'omission d'enquête de la police militaire, mais elle ne doit pas dépasser son mandat. Ainsi, cette dernière ne peut demander la divulgation de documents à d'autres ministères s'il n'est pas mis en preuve que la police militaire avait accès à ces documents.

Bien que la décision en l'espèce ne fasse pas référence à des instruments de droit international, il s'agit tout de même d'une question qui a un lien direct avec les obligations du Canada en vertu de traités internationaux comme les *Conventions de Genève* et la *Convention contre la torture*, qui interdit le transfert de détenus qui risquent la torture. Cependant, bien que la Cour ait fait référence explicitement aux *Conventions de Genève*, elle devait examiner en l'espèce la compétence d'une Commission d'examen. Elle n'a donc pas analysé au fond les obligations canadiennes en droit international. Par ailleurs, il est dommage que la Cour fédérale ne se soit pas appuyée sur ces obligations en matière d'enquête lors d'allégation de crimes de guerre ou de torture pour reconnaître à la Commission un pouvoir plus large. Par ailleurs, il semble illogique que la Commission, créé afin d'éviter que d'autres « incidents somaliens » ne se produise, ne puisse pas faire une enquête en l'espèce.

D. Liberté d'association

*Confédération des syndicats nationaux et autres c. Québec (Procureur général)*¹²³

Dans cette décision, la Cour supérieure déclare inconstitutionnelles deux lois de l'Assemblée nationale du Québec et soustrayant trois catégories de travailleurs au régime statutaire de négociation collective des conditions de travail. Il s'agit des responsables de services de garde en milieu familial (RSG) et, pour le secteur des services sociaux, des « ressources intermédiaires » (RI) et « ressources de type familial » (RTF).

Des tribunaux formés en vertu du *Code du travail*¹²⁴ avaient statué, auparavant, que les rapports entre les personnes concernées et les autorités administratives responsables de leur encadrement (dans le cas des RSG, il s'agit des centres de la petite enfance; dans le cas des RI et RTF, des établissements publics désignés par une régie régionale) étaient de nature contractuelle et constituaient un

¹²² *Ibid.* au para. 72.

¹²³ *Confédération des syndicats nationaux et autres c. Québec (Procureur général)* 2008 QCCS 5076, 31 octobre 2008 (juge Grenier) [CSN].

¹²⁴ *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27.

contrat de travail. Étant considérées comme des salariés, ces personnes pouvaient donc se syndiquer et négocier collectivement leurs conditions de travail, par l'entreprise d'une association accréditée. Le statut de salarié leur donnait également accès à plusieurs régimes législatifs de protection, tels les normes du travail, le droit au retrait préventif de la femme enceinte, l'assurance parentale, l'indemnisation des accidents du travail et maladies professionnelles et l'équité salariale¹²⁵. En décembre 2003, l'Assemblée nationale adopta deux lois qui modifiaient unilatéralement le statut de ces personnes. La première loi disposait que, malgré toute disposition inconciliable, une ressource intermédiaire ou une ressource de type familial était réputée ne pas être à l'emploi ni être une salariée de l'établissement public qui recourt à ses services, et que toute entente conclue entre eux pour déterminer leurs règles de fonctionnement était réputée ne pas constituer un contrat de travail¹²⁶. La deuxième loi précisait que la personne responsable d'un service de garde en milieu familial reconnue par un centre de la petite enfance était, quant aux services qu'elle fournissait aux parents à ce titre, prestataire de services au sens du Code civil et que, malgré toute disposition contraire, elle était réputée ne pas être à l'emploi ni être salariée d'un CPE¹²⁷. Le législateur précisait que ces deux lois modificatives étaient déclaratoires et s'appliquaient rétroactivement à toute décision administrative, judiciaire ou quasi judiciaire déjà rendue.

Ces deux lois furent contestées sur la base de la liberté d'association¹²⁸ et du droit à l'égalité¹²⁹ garantis par la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise*. La Cour fera appel au droit international pour traiter de chacun de ces arguments.

1. LES LOIS PORTAIENT-ELLES ATTEINTE À LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION?

La Cour ayant déterminé que les lois contestées portaient atteinte à la liberté d'association reconnue en droit constitutionnel canadien, notamment en mettant fin aux accréditations syndicales existantes et en privant les travailleurs concernés d'une syndicalisation effective, le recours au droit international lui servira à confirmer que les mécanismes de remplacement mis en place par ces deux lois ne constituaient pas un véritable processus de négociation collective. En gros, les deux lois autorisaient le ministre à conclure, à son gré, des ententes avec « associations représentatives » sur les conditions générales d'exercice des activités des travailleurs concernés. La Cour se réfère aux plaintes déposées à l'encontre du Canada par les syndicats demandeurs devant le Comité de la liberté syndicale (CLS) de l'Organisation internationale du travail. Dans sa décision, rendue en 2006, le CLS avait pris acte de ces mécanismes de remplacement et conclu que ceux-ci

¹²⁵ Voir *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1; *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1; *Loi sur l'assurance parentale*, L.R.Q., c. A-29.011; *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001; *Loi sur l'équité salariale*, L.R.Q., c. E-12.001.

¹²⁶ *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 2003, c. 12, art. 1.

¹²⁷ *Loi modifiant la Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance*, L.Q. 2003, c. 13, art. 1.

¹²⁸ *Charte canadienne*, al. 2d); *Charte québécoise*, art. 3.

¹²⁹ *Charte canadienne*, art. 15; *Charte québécoise*, art. 10.

ne constitu[ai]ent pas un véritable processus de négociation collective au sens des principes de la liberté syndicale et, en tout état de cause, offr[ai]ent beaucoup moins de droits et de garanties que le régime général des rapports collectifs établi par le code. Le comité note aussi qu'en raison de l'exclusion du *Code du travail*, les travailleurs concernés ne peuvent pas bénéficier du mécanisme prévu aux articles 93.1 à 93.9 du code, dont l'objet est de faciliter l'adoption d'une première convention collective, dispositions précisément importantes pour des travailleurs vulnérables, faisant face à des difficultés d'organisation et de négociation.¹³⁰

Le CLS avait alors demandé au gouvernement québécois de modifier les dispositions concernées, afin que les travailleurs concernés puissent bénéficier du régime général de négociation collective et puissent constituer des organisations jouissant des mêmes droits, prérogatives et voies de recours que les autres organisations de travailleurs. Également, le CLS avait dit s'attendre à ce que les jugements qui seraient un jour rendus par les tribunaux québécois en rapport avec cette situation tiennent pleinement compte des principes de liberté syndicale.

Dans son jugement, la Cour supérieure a cité les passages pertinents de cet avis du Comité de la liberté syndicale, ainsi que les instruments juridiques internationaux pertinents que sont le *PIDCP*, le *PIDESC* et la *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*¹³¹. Elle souligne que, selon la Cour suprême dans l'arrêt *Health Services*, ces instruments non seulement expriment le consensus international, mais énoncent des principes que le Canada s'est engagé à respecter : même en l'absence d'incorporation en droit interne, ces instruments doivent servir de guides pour l'interprétation des chartes, de même que la jurisprudence des instances internationales chargées de leur interprétation et application¹³². La Cour conclura qu'« en faisant fi des instruments internationaux et de la décision du Comité de la liberté syndicale », ces deux lois empêchaient les RSG, les RI/RTF et leur syndicat d'exercer leur liberté syndicale et violaient de ce fait l'al. 2d) de la *Charte canadienne* et l'art. 3 de la *Charte québécoise*¹³³. Les arguments de justification invoqués par le gouvernement québécois sur la base des articles premier de la *Charte canadienne* ou 9.1 de la *Charte québécoise* seront rejetés.

Le traitement des instruments de l'OIT et de la jurisprudence s'y rapportant, dans cette affaire où l'avis du Comité de la liberté syndicale joue, comme on le voit, un rôle important, confirme l'intérêt que présente la normativité juridique internationale pour l'interprétation de la liberté fondamentale d'association garantie aux travailleurs. Il s'inscrit à cet égard dans la foulée de décisions antérieures de la

¹³⁰ Plaintes contre le gouvernement du Canada concernant la province de Québec présentés par : Cas n° 2314, la Confédération des syndicats nationaux (CSN); Cas n° 2333, la Centrale des syndicats démocratiques (CSD), la Centrale des syndicats du Québec (CSD) et la Fédération des travailleurs du Québec (FTQ). Rapport N° 340, Cas n°s 2314, 2333, Vol. LXXXIX, 2006, Série B, n° 1 (au para. 427).

¹³¹ *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 9 juillet 1948, 68 R.T.N.U. 17 (entrée en vigueur : 4 juillet 1950).

¹³² *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391 au para. 78 [*Health Services*].

¹³³ *CSN, supra* note 123 au para. 314.

Cour suprême du Canada où ce recours au droit international a joué un rôle majeur¹³⁴.

2. LES LOIS PORTAIENT-ELLES ATTEINTE AU DROIT À L'ÉGALITÉ?

Sur ce point, l'argumentation des syndicats reposait sur la composition des catégories de personnes visées par les lois en question. Selon les syndicats, les personnes ciblées par celles-ci étaient caractérisées de façon systémique par le caractère féminin, par les stéréotypes et les préjugés associés à leur emploi; l'accès aux lois de protection sociale du travail leur était interdit par l'imposition d'une présomption de non-salarié. En somme, cette différence de traitement était fondée sur un motif de discrimination énuméré dans les deux chartes, à savoir le sexe. On soutenait que cette différence de traitement se fondait également sur un motif analogue : le statut professionnel des travailleuses de *care* à domicile.

La Cour supérieure accueillera les deux arguments. Pour l'essentiel, son analyse repose sur des preuves extrinsèques démontrant la composition très majoritairement féminine des catégories d'emplois appelées RSG, RI et RTF. Toutefois, la Cour, en analysant l'argument du motif analogue, fera également appel au droit international, à savoir les dispositions de la *Convention (n° 177) sur le travail à domicile* adoptée sous les auspices de l'OIT. Cette convention pose l'obligation de promouvoir l'égalité de traitement des travailleurs à domicile, notamment en matière de protection contre la discrimination, de santé et sécurité, de rémunération, d'accès aux régimes de sécurité sociale, et d'accès à l'organisation collective¹³⁵. Le tribunal y verra la confirmation que le groupe des travailleuses à domicile était une minorité historiquement défavorisée:

Les femmes dont il est question dans ce jugement sont dans une situation de vulnérabilité qui découle en grande partie de la nature de leur emploi typiquement féminin mais également de l'ensemble des conditions qui entourent l'exécution de ce travail dans la sphère domestique, ce qui entraîne l'isolement et la solitude. [...] Le message est clair. On n'accorde pas aux RSG et RI/RTF le même traitement qu'aux autres travailleurs parce que le travail accompli en est un de *care*, exécuté par des femmes, à domicile.¹³⁶

La Cour conclura que cette distinction, fondée à la fois sur un motif énuméré et sur un motif analogue, perpétuait un préjugé défavorable aux personnes exécutant ce travail, par application d'un stéréotype voulant que ce type de travail ne soit pas un vrai travail. Le recours à la *Convention n° 177* dans ce jugement nous paraît d'autant plus notable qu'il s'agit d'une convention qui, à ce jour, n'a pas été ratifiée par le Canada.

¹³⁴ *Health Services*, *supra* note 132; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016.

¹³⁵ *Convention (n° 177) sur le travail à domicile*, en ligne : ILO <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C177>>, art. 4 [*Convention n° 177*].

¹³⁶ *CSN*, *supra* note 123 aux para. 370 et 372.

E. Droits de la famille et droits de l'enfant

*R. c. D.B.*¹³⁷

Dans cette affaire, B, un mineur, a commis un homicide involontaire coupable. Il sollicite une peine spécifique pour mineur, demande qui est rejetée par le ministère public. Pour ce genre de crime, la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*¹³⁸ (*LSJPA*) prévoit une présomption d'assujettissement à une peine applicable aux adultes. B se fonde sur l'article 7 de la *Charte canadienne* pour contester la constitutionnalité des dispositions relatives au fardeau de la preuve de la *LSJPA*. Elles obligeaient B à convaincre le tribunal qu'il devait continuer de bénéficier des dispositions relatives aux peines spécifiques pour mineurs. Le juge de première instance a fait droit à cette contestation et a infligé à B la peine spécifique maximale dans les circonstances¹³⁹. La Cour d'appel d'Ontario a confirmé cette décision¹⁴⁰.

La Cour suprême doit ici déterminer si l'atteinte à la liberté de B est conforme aux principes de justice fondamentale, le principe allégué étant que les adolescents ont droit à une présomption de culpabilité morale moins élevée découlant du fait qu'en raison de leur âge, ils sont plus vulnérables, moins mûrs et moins aptes à exercer un jugement moral. Selon la jurisprudence, trois conditions doivent être remplies pour que l'on soit en présence d'un principe de justice fondamentale : il doit s'agir d'un principe juridique, un consensus doit exister sur le fait que ce principe est essentiel au bon fonctionnement de la justice, et ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle¹⁴¹.

Pour déterminer si l'on se trouve devant un principe juridique, la Cour suprême fait d'abord l'historique du droit pénal canadien applicable aux mineurs, en remontant jusqu'à la common law anglaise. De ce survol historique, elle conclura que la reconnaissance d'une présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents est bel et bien « un principe juridique de longue date »¹⁴². Ce n'est qu'ensuite que la Cour se tournera vers le droit international, pour souligner que ce principe se reflète également dans les engagements internationaux du Canada. À ce propos, la Cour citera l'article 40 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, qui reconnaît à tout enfant accusé le droit à un traitement qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société¹⁴³.

La Cour procédera ensuite à l'examen des deux autres critères et constatera qu'ils étaient présents également.

La Cour se référera au droit international une deuxième fois, cette fois pour

¹³⁷ *R. c. D.B.* 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3 [D.B.].

¹³⁸ L.C. 2002, c.1.

¹³⁹ *R. c. D.B.*, (2004) OR (3^d) 605 (C.S.J.).

¹⁴⁰ *R. c. D.B.*, (2006) 79 OR (3^d) 698 (C.A. Ont.).

¹⁴¹ *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76.

¹⁴² *D.B.*, *supra* note 137 au para. 59.

¹⁴³ *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra* note 5, art. 40.

appuyer sa conclusion d'une violation de l'article 7, découlant de la publication de l'identité du contrevenant mineur. Cette violation découlait de l'assujettissement présumé de celui-ci à une peine pour adulte, ne bénéficiant donc pas de l'interdit de publication auquel ont normalement droit les mineurs. La Cour cite la doctrine et la jurisprudence, qui soulignent l'effet de stigmatisation induit par la levée d'un interdit de publication. Se tournant ensuite vers le droit international, elle cite la règle 8 (« Protection de la vie privée ») de l'*Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs*¹⁴⁴ (Règles de Beijing). La règle 8 prévoit que « [l]e droit du mineur à la protection de sa vie privée doit être respecté à tous les stades afin d'éviter qu'il ne lui soit causé du tort par une publicité inutile et par la qualification pénale ». La Cour conclura que « tous ces éléments » démontrent que la levée d'une interdiction de publication rend l'adolescent vulnérable à un stress psychologique et social plus grand¹⁴⁵.

La Cour finira par juger que les dispositions justificatives de l'article premier de la *Charte canadienne* n'étaient pas satisfaites : dans la mesure où elles portaient inversion du fardeau de la preuve, ces dispositions étaient inconstitutionnelles.

La Cour était arrivée à ces conclusions, notons-le, sur la base du droit canadien, avant même d'avoir recours au droit international, de sorte qu'il est possible de dire que ce recours au droit international (conventionnel ou de type *soft law*) joue avant tout un rôle renforçateur ou de légitimation dans sa décision.

III. Immigration, réfugiés et extradition

*Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*¹⁴⁶

Cette affaire porte sur la « légalité » de l'Entente de tiers pays sûr¹⁴⁷ (l'« Entente ») existant entre le Canada et les États-Unis. La Cour fédérale avait déclarée cette dernière *ultra vires*, notamment au motif que le Gouverneur en conseil avait excédé ses pouvoirs en concluant une entente de tiers pays sûr avec un pays qui n'offre pas une protection adéquate contre le refoulement¹⁴⁸. La Canada se pourvoit

¹⁴⁴ *Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs*, Doc. off., AG NU/RES/40/33, 29 novembre 1985, annexe.

¹⁴⁵ *D.B.*, *supra* note 137 au para. 87.

¹⁴⁶ *Sa Majesté la Reine c. Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie internationale et M. Untel*, 2008 CAF 229, [2009] 3 RCF 136, autorisation de pouvoir à la C.S.C. refusée, [2008] CSCR no. 422 (5 février 2009) [*CCR c. Canada*, CAF].

¹⁴⁷ *Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers*, 5 décembre 2002, en ligne : Citoyenneté et Immigration Canada <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/lois-politiques/pays-surs.asp>>. En vertu de cette entente de tiers pays sûr, « si un réfugié entre au Canada à partir des États-Unis à un poste frontalier terrestre, le Canada, sous réserve des exceptions qui sont prévues, renverra le réfugié aux États-Unis. La même règle s'applique aux réfugiés qui arrivent aux États-Unis par voie terrestre en provenance du Canada ».

¹⁴⁸ *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2007 FC 1262, [2007] ACF 1583 [*CCR c. Canada*, CF]. Ce jugement accorde une place au droit international qu'il est peu commun de voir dans des décisions canadiennes.

donc en appel de cette décision avec succès devant la Cour d'appel fédérale.

En première instance, la Cour fédérale avait conclu que l'Entente, de même que les dispositions du règlement la mettant en œuvre¹⁴⁹, étaient contraires aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne* et qu'ils constituaient un excès de pouvoir en ce que les garanties prévues au paragraphe 102(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹⁵⁰ n'étaient pas respectées par le Gouverneur en conseil. La Cour avait également statué que le Gouverneur en conseil avait agi de manière déraisonnable en jugeant que les États-Unis se conformaient à la *Convention relative au statut des réfugiés*¹⁵¹ et à la *Convention contre la torture*¹⁵². Selon la Cour fédérale, le Gouverneur en conseil avait de plus contrevenu au paragraphe 102(3) *LIPR* en omettant d'assurer un suivi quant aux « usages et politiques » des États-Unis relativement la protection des réfugiés contre le refoulement.

La Cour d'appel fédérale se penche donc sur les arguments de l'appelante, qui estime que la *LIPR* n'impose pas au Gouverneur en conseil de s'assurer que les États-Unis se conforment « rigoureusement » aux dispositions pertinentes¹⁵³ des deux conventions. Selon elle, « en concluant que la “conformité” rigoureuse est une condition préalable, le juge de première instance a remis en question la désignation. Il a ainsi usurpé le pouvoir que le législateur avait expressément conféré au [Gouverneur en conseil] »¹⁵⁴. À titre subsidiaire, l'appelant soutient que les États-Unis se conforment effectivement aux dispositions pertinentes des conventions et juge que la décision de première instance est basée sur une « interprétation abusive »¹⁵⁵ de la preuve.

¹⁴⁹ *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 [*RIPR*]. En date de la rédaction de cette chronique, les États-Unis sont le seul pays dans le *Règlement* à être désignés « tiers pays sûr ».

¹⁵⁰ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 [*LIPR*].

¹⁵¹ *Convention relative au statut des réfugiés*, *supra* note 2.

¹⁵² *Convention contre la torture*, *supra* note 24.

¹⁵³ Voir *infra* notes 158 et 159.

¹⁵⁴ *CCR c. Canada*, CAF, *supra* note 146 au para. 45.

¹⁵⁵ *Ibid.* au para. 46.

A. La conformité des États-Unis à la *Convention relative au statut des réfugiés* et à la *Convention contre la torture*

En vertu du paragraphe 102(1) *LIPR*, le Gouverneur en conseil a le pouvoir de désigner en tant que tiers pays sûr tout État qui se conforme à l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés*¹⁵⁶ et à l'article 3 de la *Convention contre la torture*¹⁵⁷. La désignation d'un État à titre de pays sûr a pour effet de rendre irrecevable la demande d'asile de toute personne qui arrive au Canada en provenance d'un tel État¹⁵⁸.

Les paragraphes 102(1) et (2) *LIPR* se lisent comme suit :

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

- a) la désignation des pays qui se conforment à l'article 33 de la *Convention sur les réfugiés* et à l'article 3 de la *Convention contre la torture*;
- b) l'établissement de la liste de ces pays, laquelle est renouvelée en tant que besoin; [...]

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

- a) Le fait que ces pays sont parties à la *Convention sur les réfugiés* et à la *Convention contre la torture*;
- b) Leurs politique et usages en ce qui touche la revendication du statut de réfugié au sens de la *Convention sur les réfugiés* et les obligations découlant de la *Convention contre la torture*;
- c) Leurs antécédents en matière de respect des droits de la personne;
- d) Le fait qu'ils sont ou non parties à un accord avec le Canada concernant le partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile.

En 2004, le Gouverneur en conseil a adopté les articles 159.1 à 159.7 du

¹⁵⁶ «*Défense d'expulsion et de refoulement* : 1. Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. 2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou un délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays. »

¹⁵⁷ « 1. Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. 2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives ».

¹⁵⁸ *LIPR*, *supra* note 150, art. 101e).

*RIPR*¹⁵⁹, lesquels confirment la désignation des États-Unis à titre de pays tiers sûr. Par le truchement de ces dispositions et de l'alinéa 101(1)e) *LIPR*, un individu provenant des États-Unis ne peut présenter une demande d'asile à la frontière canado-américaine, sauf quelques exceptions¹⁶⁰.

En Cour fédérale, le juge Phelan a adhéré à la position du Conseil canadien des réfugiés à l'effet que la conformité « effective » au principe de protection contre le refoulement est une condition préalable à l'exercice par le Gouverneur en conseil de son pouvoir délégué de désigner cet État de pays sûr¹⁶¹. Après avoir analysé la preuve qui lui fut présentée, composée notamment d'affidavits d'experts¹⁶² et d'un rapport du Haut Commissaire des Nations unies sur les réfugiés¹⁶³, le magistrat a conclu que les États-Unis n'assuraient pas une protection adéquate contre le refoulement. Conséquemment, la décision du Gouverneur en conseil de désigner les États-Unis à titre de pays tiers sûr était nulle *ab initio*.

La Cour d'appel fédérale quant à elle est d'avis que l'article 102(2) de la *LIPR* ne pose pas la conformité aux conventions pertinentes et le respect des droits de la personne comme une condition préalable à l'exercice du pouvoir du Gouverneur en conseil de désigner un tiers pays sûr. Qui plus est, cette conformité n'a pas à être « effective ». La Cour estime que l'unique condition préalable requise par la loi est l'analyse, par le Gouverneur en conseil, des facteurs énumérés à l'article 102(2) de la *LIPR* au regard des « politiques, usages et antécédents en matière de respect des droits de la personne »¹⁶⁴ du pays visé par le processus de désignation. Dès lors que cette analyse est effectuée de bonne foi et dans un but approprié, la décision du Gouverneur en conseil ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire¹⁶⁵.

Selon les juges du tribunal d'appel, le Gouverneur en conseil a procédé de bonne foi à la désignation puisqu'il a effectué l'analyse requise par l'article 102(2) de la *LIPR*, notamment en consultant des organisations non gouvernementales (ONG) qui étaient toutefois d'avis que les États-Unis ne respectent pas leurs obligations

¹⁵⁹ *RIPR*, *supra* note 151.

¹⁶⁰ Notamment si un des membres de la famille du demandeur d'asile est citoyen canadien et est au Canada ou si le demandeur est mis en accusation aux États-Unis pour une infraction qui pourrait lui valoir la peine de mort. Pour le détail de ces exceptions, voir le *Règlement*, *ibid.*, art. 159.2 et 159.4 à 159.7.

¹⁶¹ *CCR c. Canada*, CF, *supra* note 148 aux para. 56-57, 60, 79.

¹⁶² Pour les intimés, des affidavits furent déposés entre autres par Deborah E. Anker, directrice du Harvard Immigration and Refugee Clinical Program, James Hathaway, universitaire spécialisé en droit international des réfugiés, et Steven Macpherson Watt, avocat senior au Human Rights Working Group of the American Civil Liberties Union. Pour les appelants, des affidavits furent déposés par Kay Hailbronner, également spécialiste du droit international des réfugiés (et dont l'affidavit visait à faire contrepoids à celui du professeur Hathaway), David Martin, fonctionnaire de l'Administration américaine s'occupant des questions relatives aux réfugiés, et Bruce A. Scofield, principal représentant de Citoyenneté et Immigration Canada lors de la conclusion de l'Entente de tiers pays sûr entre le Canada et les États-Unis. La liste complète des affidants est détaillée au para. 106 du jugement de première instance, *ibid.*

¹⁶³ Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, *Rapport de surveillance : Entente sur les tiers pays sûr entre le Canada et les É.-U.*, 29 décembre 2004 - 28 décembre 2005, en ligne : UNHCR <<http://www.unhcr.fr/4b151d88c.pdf>>.

¹⁶⁴ *CCR c. Canada*, CAF, *supra* note 146 au para. 78.

¹⁶⁵ *Ibid.*

internationales à l'égard des réfugiés¹⁶⁶. La Cour précise néanmoins que le Gouverneur en conseil a tenu compte de ces opinions. Au surplus, deux semaines avant la conclusion de l'Entente, un représentant du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (ci-après « UNHCR ») a affirmé devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration de la Chambre des communes que l'UNHCR était d'avis que les États-Unis étaient un tiers pays sûr. La Cour précise par ailleurs que même si la « conformité effective » était la condition préalable à la désignation d'un tiers pays sûr, le juge de première instance aurait tout de même erré en droit puisque la preuve sur laquelle il s'est fondé pour conclure à la non-conformité des États-Unis est postérieure à la date de désignation¹⁶⁷.

La Cour d'appel fédérale est également d'avis que le juge de première instance ne pouvait conclure que le Gouverneur en conseil a manqué à son devoir d'assurer un suivi en vertu de l'article 102(3) de la *LIPR*. En effet, si, tel que l'a conclu la Cour fédérale, le Gouverneur en conseil a excédé ses pouvoirs en qualifiant de tiers pays sûr un État qui n'offre pas de protection effective contre le refoulement, ce dernier « ne pouvait pas avoir manqué à son obligation d'en assurer le suivi »¹⁶⁸. Qui plus est, la question du suivi des usages et politiques des États-Unis quant aux protections contre le refoulement n'apparaissait nulle part à la demande initialement déposée par les intimés¹⁶⁹.

La Cour d'appel fédérale accueille donc l'appel et tranche le litige en faveur du Ministre : le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et l'Entente désignant les États-Unis à titre de tiers pays sûr ne sont pas *ultra vires*¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Ces ONG sont Amnistie internationale et le Conseil canadien pour les réfugiés. Le *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation* relatif aux articles 159.1 à 159.7 du *Règlement* indique que ces organisations s'opposent également par principe à l'Entente de tiers pays sûr puisqu'elles estiment que les demandeurs d'asile devraient avoir le droit de déposer leur demande où ils le désirent. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié et l'Association du Barreau canadien ont également commenté ces dispositions. Voir le *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation*, *Gazette du Canada* partie II, vol. 138, no. 22, SOR/DORS/2004-217, p. 1622.

¹⁶⁷ *CCR c. Canada*, CAF, *supra* note 146 aux para. 81, 87 et 88.

¹⁶⁸ *Ibid.* au para. 39.

¹⁶⁹ *Ibid.* aux para. 83-85.

¹⁷⁰ En ce qui a trait à la violation des articles 7 et 15 de la *Charte*, mentionnons simplement que la Cour d'appel fédérale a statué que le juge de première instance n'aurait pas dû trancher cette question puisqu'une telle contestation était « abstraite ». En effet, seul l'intimé M. Untel avait l'intérêt pour déposer une contestation fondée sur la *Charte*. Or, M. Untel ne s'est jamais présenté à la frontière canadienne et n'a donc jamais présenté de demande d'asile au Canada. Il est un principe bien connu qu'une contestation basée sur la *Charte* ne peut être faite dans l'abstrait. Un organisme tel le Conseil canadien pour les réfugiés pourra présenter une telle contestation s'il n'y avait aucun autre moyen possible (voir *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236). Ainsi, la Cour d'appel est d'avis que les atteintes à la *Charte* auxquelles prétendent les intimés ne prenaient assise sur aucun fait en l'espèce. Voir les para. 98 à 104 du jugement, *supra* note 146.

Idahosa c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)¹⁷¹

Cette décision est rendue suite à l'appel interjeté par madame Idahosa à l'encontre d'un jugement de la Cour fédérale livré par le juge Hughes¹⁷². Dans ce jugement, la Cour a statué qu'une ordonnance de garde rendue par un tribunal provincial ne faisait pas obstacle à l'application d'une ordonnance de renvoi.

Madame Idahosa, de citoyenneté nigérienne, est arrivée au Canada en 2001 et a demandé la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la *Convention relative au statut des réfugiés*¹⁷³. Suite au refus de sa demande en 2004, elle en présenta une nouvelle, basée sur des motifs d'ordre humanitaire (demande CH). À l'appui de sa demande CH, madame Idahosa invoquait l'intérêt supérieur de ses deux enfants nés au Canada en 2002 et 2004. Cette requête fut également rejetée, en mai 2006. Le 24 octobre 2006, une ordonnance de la Cour de l'Ontario fut émise afin que la garde des deux enfants de la demanderesse, nés au Canada, lui soit accordée. L'ordonnance prévoyait également l'interdiction de renvoi des enfants à l'extérieur de la province de l'Ontario.

Le lendemain de l'ordonnance, soit le 25 octobre 2006, l'agent de renvoi fut informé de la teneur de ladite ordonnance. Il lui fut demandé de sursoir au renvoi, prévu pour le 1^{er} novembre 2006, en vertu de l'alinéa 50a) de la *LIPR* qui prescrit :

50. Il y a sursis de la mesure de renvoi dans les cas suivants :

a) une décision judiciaire a pour effet direct d'en empêcher l'exécution, le ministre ayant toutefois le droit de présenter ses observations à l'instance.

L'agent conclut qu'à la lumière de cette disposition, l'ordonnance n'avait pas

¹⁷¹ *Idahosa c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)* 2008 CAF 418, [2009] 4 R.C.F. 293 [*Idahosa*, CAF]. Notons que la Cour fédérale a également rendu jugement en 2008, avant *Idahosa* (en Cour d'appel fédérale), dans une affaire très similaire : *Blake c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 572, [2009] 4 R.C.F. 293 (l'avocate de la demanderesse Blake, M^e Dahan, représentait également l'appelante Idahosa). La demanderesse Blake soutenait, comme dans *Idahosa*, que l'ordonnance de garde qui avait été rendue à l'endroit de ses enfants avait pour effet de surseoir à son renvoi du Canada, en vertu de l'alinéa 50a) de la *LIPR*. Dans *Blake*, la juge Heneghan conclut également que l'alinéa 50a) de la *LIPR* ne donnait pas un tel effet à l'ordonnance de garde. Bien que la demanderesse ait présenté des arguments à l'effet que les instruments internationaux de droits de la personne obligeaient le Canada à différer le renvoi, la juge se limita à analyser l'affaire au regard du droit interne. Contrairement à la Cour d'appel fédérale dans *Idahosa*, la juge Heneghan insista sur le fait que la Cour suprême a établi que l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas un principe de justice fondamentale (l'article 7 de la *Charte canadienne* ne s'appliquerait donc pas) et qu'en matière d'immigration, il n'est qu'une des considérations importantes, sans toutefois être déterminant. Au sujet du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, voir *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4 [*Canadian Foundation*]; *Baker c. Canada (Ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté)*, [1992] 2 RCS 817 [*Baker*]; *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 4 CF 358, autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée, [2002] CACS no. 220 et *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 2 CF 555 (C.A.F.).

¹⁷² *Idahosa c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 1200, [2007] ACF no. 1559 [*Idahosa*, CF].

¹⁷³ *Convention relative au statut des réfugiés*, supra note 2.

pour effet de suspendre le renvoi. Selon l'agent, « la garde permet au parent gardien de contrôler le lieu de résidence des enfants, mais elle n'exige pas nécessairement que le parent habite avec l'enfant »¹⁷⁴.

Madame Idahosa déposa donc en Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agent de renvoi. Elle soutint essentiellement que l'intérêt supérieur de l'enfant exige que la mère puisse rester auprès de ses enfants¹⁷⁵. S'appuyant sur la décision *Chou c. Chou*¹⁷⁶, elle soumit que l'ordonnance de garde exclusive des enfants comprend le droit à la garde physique et au contrôle des enfants¹⁷⁷. Son renvoi empêcherait une telle chose si ses enfants restaient au Canada puisqu'une disposition de l'ordonnance interdit l'appelante d'emmenner ses enfants avec elle. Ainsi, conclure le contraire ferait fi de l'intérêt supérieur de l'enfant et irait à l'encontre de l'article 7 de la *Charte canadienne* et des obligations internationales incombant au Canada en vertu de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, de la *DUDH*¹⁷⁸ et du *PIDCP*¹⁷⁹.

A. Le conflit entre une ordonnance de garde d'enfants et une ordonnance de renvoi

Le juge de première instance releva dès les premiers paragraphes du jugement le conflit de droit soulevé par cette affaire, où s'affrontent la compétence fédérale en matière d'immigration et la compétence provinciale en matière matrimoniale et familiale¹⁸⁰. Se posa donc la question de savoir si des ordonnances rendues dans chacun de ces champs de compétence pouvaient se concilier.

Le juge Hughes se fonda principalement sur la décision *Alexander c. Canada* rendue en 2005 par la Cour fédérale¹⁸¹ dans laquelle le juge Dawson affirma :

je ne suis pas disposée à conclure que la garde parentale, ou la garde parentale exclusive, impose au parent gardien la garde physique de l'enfant à tout moment. Par exemple, l'attribution de la garde, en droit, ne serait pas automatiquement touchée par l'incarcération ou l'extradition du parent gardien. De la même manière, les parents gardiens peuvent envoyer leurs enfants à l'étranger pour leurs études ou pour d'autres raisons.¹⁸²

En appel, la Cour qualifie la position de l'appelante d'« attir[ante] par sa simplicité »¹⁸³. Selon l'appelante, la juge de première instance dans *Alexander* a fait

¹⁷⁴ *Idahosa*, CF, *supra* note 172 au para. 5.

¹⁷⁵ Voir *ibid.* au para. 20.

¹⁷⁶ *Chou c. Chou* (2005), 253 DLR (4th) 548 (C.S.J. Ont.).

¹⁷⁷ *Idahosa*, CF, *supra* note 172 au para. 20.

¹⁷⁸ *DUDH*, *supra* note 81, art. 12.

¹⁷⁹ *PIDCP*, *supra* note 24, art. 17 et 23.

¹⁸⁰ Voir *Idahosa*, CF, *supra* note 172 au para. 7.

¹⁸¹ *Alexander c. Canada (Solliciteur général)*, 2007 CF 1147. La Cour d'appel fédérale, 2006 CAF 386, a rejeté l'appel en raison de son caractère désormais académique : la demande de suspension de renvoi fondée sur des motifs d'ordre humanitaires avait été accueillie.

¹⁸² *Ibid.* au para. 40.

¹⁸³ *Idahosa*, CAF, *supra* note 171 au para. 20.

fausse route en affirmant que la reconnaissance d'un droit de garde au parent n'entraîne pas nécessairement le droit de ce dernier de cohabiter avec son enfant¹⁸⁴.

Afin de trancher cette question, le juge Evans, pour la majorité, se penche tour à tour sur la question de l'« inadéquation » entre l'ordonnance de garde et le renvoi, les objets de la loi, le respect de l'article 7 de la *Charte* et le droit international.

Pour les besoins de la présente chronique, nous retiendrons essentiellement qu'au point de vue du droit canadien, la Cour d'appel estime que l'alinéa 50a) de la *LIPR* ne peut être interprété de manière à faire en sorte qu'une ordonnance de garde empêche l'application d'une mesure de renvoi, surtout lorsque l'ordonnance a été sollicitée dans le but de faire obstacle au renvoi¹⁸⁵. Qui plus est, les cours provinciales n'ont pas compétence en matière d'immigration¹⁸⁶. C'est donc à bon droit que le juge ayant rendu l'ordonnance de garde y avait spécifié qu'il n'entendait pas par là se prononcer sur le statut d'immigration de madame Idahosa¹⁸⁷. La Cour retient également que le régime instauré par la *LIPR* prévoit la prise en compte des effets qu'aurait une mesure de renvoi sur les enfants et qu'en l'occurrence, une telle analyse a été dûment complétée¹⁸⁸. La Cour rejette donc les arguments de l'appelante à ce sujet.

Quant au traitement du droit international, c'est malheureusement de manière laconique que la Cour abordera les arguments relevant des obligations internationales du Canada¹⁸⁹.

B. La violation des instruments internationaux de protection des droits de la personne

La Cour d'appel conclut que le renvoi de l'appelante ne serait pas contraire aux instruments internationaux protégeant l'intérêt supérieur des enfants et la relation parent/enfant.

À ce titre, l'appelante soutient qu'une disposition, pour être interprétée de manière à contrevenir aux instruments internationaux par lesquels le Canada est lié, doit être rédigée explicitement en ce sens¹⁹⁰. Puisque tel n'est pas le cas de l'alinéa 50a) de la *LIPR*, cela fait en sorte qu'il doit être interprété de manière à respecter les obligations du Canada relatives au respect de l'intérêt supérieur des enfants et la

¹⁸⁴ *Ibid.* au para. 21.

¹⁸⁵ Voir les para. 51 à 54 de la décision, *ibid.*

¹⁸⁶ La Cour ajoute que même dans des affaires relevant de leur compétence, en général les cours provinciales ne se prononceront pas sur des questions d'immigration ou de statut de réfugié. La Cour réfère à ce titre à *Rexa c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394.

¹⁸⁷ *Idahosa*, CAF, *supra* note 171 au para. 20.

¹⁸⁸ *Ibid.* au para. 33.

¹⁸⁹ Voir *ibid.* aux para. 51 à 54.

¹⁹⁰ Conformément aux enseignements de la Cour d'appel fédérale dans *De Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée, 31333 (22 juin 2006).

relation parent/enfant.

La Cour estime que ni la *Convention sur les droits de l'enfant*, ni la *DUDH*, ni le *PIDCP* ne font en sorte qu'un État ne peut expulser de son territoire un étranger au motif que cela le séparerait de son enfant¹⁹¹. La Cour réitère par ailleurs que la *LIPR* prévoit la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant lors de l'examen d'un renvoi¹⁹². En l'espèce, l'agent d'immigration qui a étudié les demandes de CH et d'examen des risques avant renvoi (ERAR) de l'appelante a analysé la question de l'intérêt des enfants de cette dernière. Or, l'intérêt de l'enfant, bien qu'il soit un facteur important dans l'analyse du renvoi d'un étranger, n'est pas décisif¹⁹³.

Ainsi, une ordonnance de garde d'enfants d'une cour provinciale ne saurait automatiquement faire obstacle au renvoi. C'est ainsi que la Cour d'appel fédérale clôt l'affaire.

Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)¹⁹⁴

Dans *Nagalingam*, la Cour d'appel fédérale entend l'appel d'un Sri-Lankais relativement à la décision à l'origine de son expulsion du Canada. Arrivé au Canada en 1994, l'appelant Nagalingam s'était fait reconnaître le statut de réfugié en 1995, puis était devenu résident permanent en 1997. En 2001, Nagalingam a fait l'objet d'un rapport du ministre suite auquel il fut interdit de territoire pour criminalité organisée en raison de sa participation au gang tamoul A.K. Kannan. Dans la même lignée, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (ci-après « CISR ») ordonna son expulsion du Canada en 2003.

Cette même année, l'appelant présenta ses observations au ministre, à la suite de quoi ce dernier donna un avis conformément à l'alinéa 115(2)b) de la *LIPR*. En contrôle judiciaire, le juge Kelen de la Cour fédérale confirma la décision du ministre¹⁹⁵. L'appelant se pourvoit en appel contre ce jugement et soulève les questions de 1) l'analyse de la nature et de la gravité des actes à l'origine de l'exception au principe de non-refoulement, et de 2) l'analyse des actes dans le contexte de la criminalité organisée.

¹⁹¹ *Idahosa*, CAF, *supra* note 171 au para. 53.

¹⁹² *Ibid.* au para. 54.

¹⁹³ *Ibid.* au para. 57. Relativement au poids à accorder à l'intérêt de l'enfant, la Cour réfère aux décisions *Baker* et *Canadian Foundation*, *supra* note 171.

¹⁹⁴ *Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* 2008 CAF 153, [2009] 2 R.C.F. 52 [*Nagalingam*].

¹⁹⁵ *Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 229, [2008] 1 R.C.F. 87.

A. L'analyse de la nature et de la gravité des actes à l'origine de l'exception au principe de non-refoulement

Essentiellement, la Cour d'appel fédérale soutient qu'un certain cadre logique doit être suivi par le délégué du ministre qui procède à l'analyse des éléments constitutifs de l'avis de danger prévu à l'alinéa 115(2)a) *LIPR*, qui a motivé le renvoi de l'appelant Nagalingam.

À ce titre, la Cour rappelle que le principe de non-refoulement et ses exceptions (articles 33(1) et (2) de la *Convention relative au statut des réfugiés*)¹⁹⁶ constituent la pierre angulaire du droit des réfugiés. Afin de saisir adéquatement l'article 115 de la *LIPR*, qui incorpore le principe de non-refoulement en droit canadien, il est essentiel de comprendre toute la portée de ce principe. Ainsi, en vertu de ce dernier, le réfugié a droit à la protection contre le non-refoulement, sauf dans certains cas bien précis : lorsqu'il constitue un danger pour le public ou lorsqu'il a commis des actes portant atteinte aux droits humains ou internationaux ou dans le cadre de criminalité organisée. Dans ce dernier cas, la personne protégée ou le réfugié sera interdit de territoire en raison de la nature et la gravité des actes commis ou parce qu'il constitue un danger pour la sécurité du Canada.

À la lumière de ce principe, la Cour d'appel fédérale présente le cadre d'analyse qu'elle a adopté dans l'affaire *Ragupathy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁹⁷ lorsqu'il s'agit de déterminer si la personne interdite de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public. Ainsi, une fois qu'il fut déterminé que la personne protégée ou le réfugié a commis un des actes ci-dessus mentionnés, le délégué du ministre doit analyser si cette personne représente un danger pour le public. Si ce n'est pas le cas, la personne continue de bénéficier du principe de non-refoulement et ne peut être expulsée. Dans le cas contraire, le délégué doit évaluer dans quelle mesure cette personne risque d'être persécutée ou torturée¹⁹⁸. Cette analyse mettra en balance, d'un côté, le niveau de danger pour le public que représenterait la personne visée et, de l'autre, les risques de persécution ou de traitements inhumains et autres considérations humanitaires¹⁹⁹. Le délégué doit donc d'abord examiner la gravité et la nature des actes avant de se pencher sur les risques de préjudice en cas de renvoi²⁰⁰.

B. Les actes commis dans le contexte de la criminalité organisée

La Cour d'appel fédérale analyse ensuite la question de savoir si l'alinéa 115(2)b) de la *LIPR* s'applique en fonction des actes commis par une organisation criminelle à laquelle appartient la personne protégée ou en fonction des actes que cette personne a commis. La Cour subdivise l'examen de cette question en trois

¹⁹⁶ *Nagalingam*, *supra* note 194 au para. 37.

¹⁹⁷ *Ragupathy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 151, [2007] 1 R.C.F. 490.

¹⁹⁸ *Ibid.* au para. 18, cité au para. 30 de *Nagalingam*, *supra* note 194.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.* au para. 40.

volets, soit (a) la norme de preuve à laquelle la personne devant être renvoyée doit satisfaire pour être visée par l'article 115(2) de la *LIPR*, (b) la complicité dans le contexte de la criminalité organisée et (c) les conditions minimales donnant ouverture à la mise à l'écart du principe de non-refoulement.

1. LA NORME MINIMALE DE PREUVE

De manière succincte, la Cour établit que la norme minimale de preuve requise permettant de soustraire de la protection contre le refoulement la personne visée par un renvoi est celle des « motifs raisonnables ». Malgré que l'article 115(2) de la *LIPR* ne reprenne pas expressément la norme des « raisons sérieuses »²⁰¹, telle qu'on la retrouve au paragraphe 33(2) de la *Convention relative au statut des réfugiés*, la Cour estime la norme de preuve des « motifs raisonnables » s'accorde à celle des « raisons sérieuses »²⁰². Cette norme fut définie comme étant « une norme qui, bien qu'elle soit moindre qu'une prépondérance des probabilités, évoque néanmoins une croyance authentique quant à une possibilité sérieuse fondée sur des éléments de preuve dignes de foi »²⁰³.

2. L'ANALYSE DE LA COMPLICITÉ

La Cour procède ensuite à l'analyse de la notion de « complicité par association » et confirme le raisonnement du juge Kelen à l'effet que les « actes commis » au sens de l'article 115(2) de la *LIPR* doivent être ceux commis par la personne protégée ou le réfugié lui-même²⁰⁴. Toutefois, cela n'empêche pas que ces « actes commis » soient ceux perpétrés par une organisation criminelle, pour autant que le réfugié ait été complice de ces actes²⁰⁵.

Cependant, la Cour d'appel fédérale ne partage pas l'opinion du juge Kelen en ce qui a trait à la définition de la complicité dans le cadre de la criminalité organisée. Ce dernier avait conclu que le concept de « complicité par association » s'appliquait à la criminalité organisée. Cette complicité par association a été retenue en droit canadien de l'immigration²⁰⁶ comme mode de perpétration d'un crime relativement à certains crimes internationaux – tels que prévus à l'alinéa 1Fa) de la *Convention relative au statut des réfugiés* –, soit les crimes contre la paix, crimes de

²⁰¹ Le paragraphe 33(2) de la *Convention relative au statut des réfugiés*, supra note 2 prévoit : « Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ».

²⁰² *Nagalingam*, supra note 194 au para. 49.

²⁰³ *Procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] CF 216 (CAF).

²⁰⁴ *Nagalingam*, supra note 194 au para. 51.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ La Cour fournit les exemples notamment de *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 CF 306 (CAF) [*Ramirez*] et *Lennikov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 43.

guerres ou crimes contre l'humanité²⁰⁷. Ce type de complicité a également été appliqué par analogie²⁰⁸ à l'alinéa 1Fc) de la *Convention*, qui vise les agissements contraires à des buts et des principes internationaux. Ainsi, l'approche traditionnelle de la *common law* en matière de complicité – qui porte sur le fait d'aider ou d'encourager quelqu'un à commettre une infraction – a été écartée de l'analyse des actes commis relativement à des crimes internationaux. La Cour d'appel fédérale avait en effet établi, en 1992, que ce concept ne pouvait être appliqué strictement à ces cas puisqu'« une convention internationale ne saurait s'interpréter à la lumière d'un seul des systèmes juridiques du monde »²⁰⁹.

Or, la Cour estime qu'il est possible en l'espèce d'avoir recours à l'article 21 du *Code criminel*²¹⁰ étant donné que la définition de criminalité organisée prévue par la *LIPR* vise expressément les infractions à une loi fédérale punissable par mise en accusation²¹¹. Elle prend cependant soin de préciser que d'autres lois fédérales peuvent être impliquées dans une telle analyse de la complicité et que le fardeau de preuve n'est pas celui qui prévaut en matière criminelle²¹². Cela dit, c'est le droit canadien et non le droit international qui doit guider l'examen de la participation par l'interdit de territoire pour grande criminalité à un acte dont la nature ou la gravité justifieraient son renvoi²¹³.

3. LA NATURE ET LA GRAVITÉ DES ACTES

En ce qui a trait à la nature et la gravité des actes, le banc de trois juges souscrit à la position de l'appelant : la norme minimale se doit d'être exigeante. Seuls les actes d'une « extrême gravité »²¹⁴ feront en sorte que la personne protégée ou le réfugié ne pourront bénéficier de la protection contre le refoulement. Elle réfère à ce titre à Sir Lauterpacht et cite : « en raison de la nature fondamentale de l'interdiction du refoulement et, de façon plus générale, du caractère humanitaire de la *Convention*, il faut considérer que les conditions minimales à remplir avant que les conditions ne jouent sont très exigeantes »²¹⁵. En ce sens, l'alinéa 115(2)a) *LIPR* vise la « grande criminalité » au sens de l'article 36(1), alors que la « criminalité » au sens de l'article

²⁰⁷ Pour un exemple d'application du concept de complicité pour crime contre l'humanité, voir *Salgado c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1, 289 F.T.R. 1. Cette affaire fut l'objet d'une recension par Véronique Ardouin et Lindy Rouillard, « Chronique de jurisprudence québécoise relative au droit international public », (2005) 18:2 R.Q.D.I. 241 à la p. 264.

²⁰⁸ *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 178 [Zrig].

²⁰⁹ *Ramirez*, *supra* note 206 au para. 13.

²¹⁰ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Le paragraphe 21(1) stipule : « Participant à une infraction : a) quiconque la commet réellement; b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre; c) quiconque encourage quelqu'un à la commettre ».

²¹¹ *LIPR*, *supra* note 150, art. 37. Voir *Nagalingam*, *supra* note 194 au para. 57.

²¹² *Nagalingam*, *ibid.* au para. 67.

²¹³ *Ibid.* au para. 66.

²¹⁴ *Ibid.* au para. 76.

²¹⁵ Sir Elihu Lauterpacht et Daniel Bethlehem, « The scope and content of the principle of non-refoulement : Opinion » dans Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson, *Refugee in International Law : UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 87 au para. 169.

36(2) n'entre pas dans le champ d'application de l'alinéa 115(2)²¹⁶. La Cour souscrit donc à la position du juge de première instance, selon lequel le fait d'appartenir à une organisation criminelle ne justifie pas en soi un renvoi.

En somme, à la lumière des principes dégagés du droit international et du droit canadien, la Cour d'appel fédérale conclut que le délégué ne s'est pas conformé « aux exigences de l'enquête personnalisée axée sur les faits qu'impose l'alinéa 115(2)b [de la *LIPR*] »²¹⁷. D'une part, le délégué n'a pas conclu que la preuve dont il disposait permettait d'établir que l'appelant était complice des actes perpétrés par le gang dont il était membre. D'autre part, il n'a pas établi que la nature et la gravité de ces actes faisaient en sorte que l'appelant devait être renvoyé.

Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)²¹⁸

Dans cette affaire de la Cour d'appel fédérale, la question qui se pose est de déterminer dans quelle mesure un agent de l'immigration doit tenir compte du droit international et du droit constitutionnel dans l'analyse des motifs d'ordre humanitaires à l'appui d'une demande ERAR (examen des risques avant renvoi).

L'intimé Okoloubu, d'origine nigérienne, est arrivé au Canada et a demandé l'asile en 1998. L'année suivante, sa demande fut rejetée par la Section du statut de réfugié de la CISR. Il présenta dans les années suivantes diverses demandes afin de rester au Canada. Elles furent toutes rejetées. En 2003, l'intimé a épousé sa conjointe, qui avait la qualité de personne à protéger puis est devenue résidente permanente. Le couple a eu un enfant en 2005.

Cette même année, l'intimé a fait l'objet d'un rapport d'interdiction de territoire pour grande criminalité, conformément à l'alinéa 36(1)a) de la *LIPR*, suite à deux déclarations de culpabilité pour vol et possession d'outils de cambriolage. Il présenta alors, en 2005, une demande de visa de résident permanent sur la base de considérations d'ordre humanitaire. Au soutien de sa demande, il argua que son renvoi du Canada constituerait une violation de sa vie familiale privée contraire au *PIDCP*²¹⁹ et à la *Charte canadienne*.

En 2007, jugeant qu'elle n'avait pas compétence pour se pencher sur les questions de droit international et de droit constitutionnel, l'agente de l'immigration chargée de l'analyse des motifs humanitaires invoqués par l'intimé rejeta la demande de ce dernier. En contrôle judiciaire de cette décision, la Cour fédérale donna raison à l'intimé et conclut que l'équité de l'audience a été compromise par le refus de l'agente

²¹⁶ *Nagalingam*, *supra* note 194 au para. 70.

²¹⁷ *Ibid.* au para. 79.

²¹⁸ *Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* 2008 CAF 326, [2009] 3 R.C.F. 294 [*Okoloubu*]. L'intitulé de la cause portant à confusion, nous précisons que dans cette affaire, Okoloubu est intimé, alors que le ministère est appelant.

²¹⁹ Il s'agit plus précisément des articles 17 (droit à la protection contre les immixtions dans la vie familiale), 23 (droit de la famille à la protection de la société et de l'État) et 24 (droit de tout enfant à une protection de sa famille, de la société et de l'État).

de se pencher sur les droits de l'intimé, ceux de sa conjointe et de son enfant, tels que garantis par le *PIDCP* et la *Charte canadienne*²²⁰.

Estimant que la question certifiée en première instance n'était pas exacte²²¹, la Cour propose d'analyser l'affaire sous trois aspects : (1) l'importance et le rôle du droit international en droit canadien de l'immigration, (2) la prise en compte du droit international par l'agent d'immigration et (3) la décision rendue par l'agente.

A. Le rôle et l'importance du droit international en droit de l'immigration

La question a trait plus précisément à la portée de l'alinéa 3(3)f) de la *LIPR*, selon lequel « (3) L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet [...] f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire ».

Dans l'affaire *De Guzman*²²², la Cour d'appel fédérale s'était penchée sur le respect d'une disposition législative relativement aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Bien que la question dans *Okoloubu* soit de savoir quel est l'impact de l'alinéa 3(3)f) sur la compétence d'un agent d'immigration, la Cour est d'avis qu'il convient d'appliquer par analogie les principes dégagés de cet arrêt²²³.

Selon la Cour, il suffit de rappeler le rôle interprétatif du droit international en droit canadien pour répondre à la question. À cet effet, elle cite un passage de l'arrêt *De Guzman* où la Cour précise clairement que l'alinéa 3(3)f) de la *LIPR* n'a pas pour effet d'intégrer en droit canadien les instruments internationaux des droits de l'homme dont le Canada est signataire, mais plutôt d'énoncer « que la loi doit être interprétée et mise en œuvre d'une manière qui est compatible avec ceux-ci »²²⁴.

Par ailleurs, la Cour refuse de se pencher sur l'incidence de l'arrêt *R. c. Hape*²²⁵ sur la portée de l'alinéa 3(3)f) de la *LIPR*, tel que l'y invite le juge de première instance. Dans *Hape*, la Cour suprême y reconnaissait que « les règles prohibitives du droit international coutumier peuvent être incorporées directement au droit interne en application de la *common law*, sans que le législateur n'ait à intervenir »²²⁶. Il s'agit donc en l'occurrence de se questionner, au regard de ce qui

²²⁰ *Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1069, [2008] 3 F.C.R. 216. Pour un résumé de la décision de première instance, voir Émilie Grenier et Véronique Talbot, « Chronique DIP 2007 », *supra* note 12.

²²¹ La question certifiée par le juge de première instance était : « Est-ce qu'un agent d'immigration chargé de l'évaluation d'une demande présentée en vertu de l'article 25 de la *LIPR* (pour une exemption de l'obligation de présenter une demande de visa d'immigrant de l'extérieur du Canada) a compétence pour décider si le renvoi d'un demandeur contrevient au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, plus particulièrement à ses articles 17, 23 et 24 ? ». *Ibid.* aux para. 4 et 62-65.

²²² *De Guzman*, *supra* note 190.

²²³ *Okoloubu*, *supra* note 218 au para. 34.

²²⁴ *Ibid.* au para. 37, citant *De Guzman*, *supra* note 190 au para. 73.

²²⁵ *Hape*, *supra* note 11.

²²⁶ *Ibid.* au para. 36.

précède, sur les effets du droit international coutumier dans le cadre de l'alinéa 3(3)f de la *LIPR*. Bien qu'elle reconnaisse que l'arrêt *Hape* soit important, la Cour estime qu'une telle analyse n'est pas nécessaire pour les fins de ce jugement et ajoute, pour clore la question, qu'il existe un principe d'interprétation bien connu selon lequel une loi est présumée conforme au droit international²²⁷.

B. La prise en compte du droit international par l'agent d'immigration

D'emblée, la Cour annonce que cette question fut longuement débattue par les parties. Paradoxalement, elle règle la question plutôt rapidement.

En effet, il semble clair pour la majorité que les principes et valeurs relatifs à l'enfant et à la famille protégés par les instruments internationaux doivent être pris en compte par l'agent d'immigration chargé de l'examen d'une demande basée sur des motifs d'ordre humanitaire. Par exemple, dans *Baker*²²⁸, la Cour suprême a souligné l'importance de considérer les intérêts relatifs à la famille lors de l'analyse de ce type de demande. Par contre, cela ne signifie pas que l'agent soit tenu de référer expressément à ces instruments internationaux et qu'il en fasse l'analyse²²⁹. Il suffit qu'il tienne compte de leur teneur²³⁰ et qu'il « garde à l'esprit les valeurs humanitaires fondamentales »²³¹ consacrées notamment par le *PIDCP*. La Cour énumère à cet effet les articles 17, 23 et 24, portant respectivement sur la non-immixtion dans la vie familiale, l'importance de la famille et sa protection par l'État et la société et la protection des mineurs par leur famille, l'État et la société. Une telle analyse répondra alors aux objectifs de la *LIPR*²³².

C. Décision rendue par l'agente d'immigration

La Cour conclut donc que l'agente d'immigration a adéquatement procédé à l'analyse des motifs d'ordre humanitaires qui lui avaient été présentés par l'appelant. Elle estime que même si l'agente avait conclu ne pas avoir compétence pour se pencher sur des questions de droit international et de droit constitutionnel, son analyse inclut tout de même des principes et valeurs que l'on retrouve dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme puisqu'elle a tenu compte de la situation familiale de l'appelant de manière « attentive et sensible »²³³.

²²⁷ La Cour cite à cet effet le juge Binnie dans *Hape*, *ibid.* au para. 53.

²²⁸ *Baker*, *supra* note 171.

²²⁹ *Okoloubu*, *supra* note 218 au para. 50.

²³⁰ À ce sujet, voir également *Thiara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 151.

²³¹ *Okoloubu*, *supra* note 218 au para. 49.

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.* au para. 56.

*Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*²³⁴

Cette affaire est une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié par laquelle elle ordonnait l'expulsion du requérant Varela, ayant conclu qu'il était visé par l'alinéa 35(1)a) de la *LIPR*²³⁵.

La Commission avait jugé qu'elle avait des motifs raisonnables de croire que Jaime Carrasco Varela avait participé à des atrocités à l'endroit de prisonniers sous sa garde et de paysans de même qu'à l'exécution de quatre prisonniers qui avaient enlevé un attaché militaire soviétique. Membre du parti sandiniste, le requérant a servi dans l'armée nicaraguayenne de 1983 à 1989, la majeure partie du temps à Managua, comme gardien à la prison d'El Chipote, mais également dans le village de San Jose de los Ramates.

La Cour se penche d'abord sur la question de savoir si la Commission avait raisonnablement conclu à la perpétration d'actes constituant des crimes contre l'humanité. Après une analyse ponctuée de plusieurs références à la jurisprudence, la Cour rejette les allégations de crime à l'endroit des paysans mais maintient celles concernant les prisonniers et les ravisseurs. Le juge s'appuie en grande partie sur l'arrêt *Ramirez*, dans lequel le juge MacGuigan de la Cour d'appel fédérale avait affirmé au sujet de monsieur Ramirez :

Il était un élément actif des forces militaires responsables de ces atrocités; il était pleinement conscient de ce qui se passait, et il ne pouvait réussir à se dissocier de ces actions simplement en prenant garde de n'être jamais celui qui infligeait la douleur ou pressait sur la détente.²³⁶

Selon la Cour, une telle conclusion doit s'appliquer au requérant. Même si, selon ce dernier, il ne faisait qu'escorter les prisonniers aux salles d'interrogatoires, au cours de ses six années d'engagement, Varela avait eu l'occasion de quitter le service, ce qu'il n'a pas fait. Elle estime donc que le requérant a pris part aux mauvais traitements²³⁷.

La Cour applique le même raisonnement quant à la participation du requérant à l'exécution des quatre ravisseurs. Malgré qu'il allègue avoir refusé de tirer sur les ravisseurs et avoir été puni par ses supérieurs en raison de ce refus, la Cour retient

²³⁴ *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* 2008 CF 436, [2009] 1 R.C.F. 605 [*Varela*]. Cette décision a été « confirmée » par la Cour d'appel fédérale (2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129) non pas sur les différentes questions qu'elle soulevait, mais plutôt parce que la Cour d'appel a estimé que le juge de première instance n'avait pas correctement exercé son pouvoir discrétionnaire relativement à la certification des questions à être débattues en appel. Conséquemment, la condition préalable au droit d'appel du requérant Varela n'était pas remplie.

²³⁵ Cet alinéa prévoit que sera interdite de territoire la personne ayant commis un crime de guerre, un crime contre l'humanité ou un génocide, prévus aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24.

²³⁶ *Ramirez*, *supra* note 206 au para. 37.

²³⁷ Le juge a qualifié les conditions de détention d'« inhumaines et empreintes de violence ». Notamment, les prisonniers étaient privés d'eau et de nourriture, dans des cellules vides sans toilette. De même, lors des interrogatoires, les détenus étaient soumis à un froid puis une chaleur extrêmes, provoquant chez certains une insuffisance cardiaque. Voir *Varela*, *supra* note 234 au para. 13.

plutôt le fait que Varela ne s'est pas retiré du service et qu'il n'a quitté le Nicaragua que plus d'un an plus tard²³⁸.

Dans le cadre de l'analyse des crimes commis par Varela, le juge s'attarde à 1) la question de savoir si la Commission ou la Cour doivent impérativement situer les actes dans la « catégorie » des crimes contre l'humanité ou dans celle des crimes de guerre. Il se penche ensuite sur les moyens de défense invoqués par Varela, à savoir 2) qu'il a été contraint à commettre ces actes et 3) qu'une amnistie avait été déclarée à l'égard de tous les Sandinistes et les Contras.

A. L'importance de la distinction entre des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre

Selon Varela, les quatre ravisseurs exécutés étaient des « criminels de petite envergure motivés par un gain personnel »²³⁹. Il soutient donc qu'il n'a pas commis de crime contre l'humanité puisque les ravisseurs, de simples civils, n'ont pas été exécutés dans le cadre d'une attaque visant une population civile ou bien d'une attaque généralisée ou systématique.

À cet égard, la Cour établit très succinctement les différences entre un crime de guerre et un crime contre l'humanité en référant indirectement au *Statut du Tribunal militaire international*²⁴⁰ et au *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* des Nations Unies²⁴¹ : autrefois, le crime contre l'humanité était dirigé contre des civils, alors que le crime de guerre visait des prisonniers de guerre²⁴². Ainsi, qu'en est-il de l'assassinat des ravisseurs ? Est-ce un crime visé par l'alinéa 35(1)a) de la *LIPR* ? Si oui, est-ce un crime contre l'humanité ou un crime de guerre ? Qu'importe, selon le juge Harrington. Le crime pourra tout simplement être qualifié de « crime international », comme l'a fait la Cour d'appel fédérale dans *Ramirez*, et tombera sous le coup de l'alinéa 35(1)a) de la *LIPR*²⁴³.

Il en va donc de même pour les crimes commis à l'encontre des détenus d'El Chipote, prisonniers politiques dont certains étaient membres des Contras, opposés au

²³⁸ *Ibid.* au para. 24.

²³⁹ *Ibid.* au para. 28.

²⁴⁰ *Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe et Statut du tribunal militaire international*, 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 279 (entrée en vigueur : 8 août 1945).

²⁴¹ Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, *Guide de procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 sur le statut des réfugiés*, HCR/1P/Fre/Rev.1, janvier 1992, en ligne : UNHCR <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b32b0.html>> [*Guide du HCR*].

²⁴² La Cour réfère en fait à d'autres décisions qui se sont basées sur ces instruments afin alors qu'elles traitaient des notions de crimes de guerre et crimes contre l'humanité : *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.) et *Gonzalez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté)*, [1994] 3 C.F. 646. Il est plutôt surprenant que la Cour renvoie à ces décisions plutôt que de tout simplement référer au *Statut de Rome*, *infra* note 343, qui définit ces notions à ses articles 7 et 8, ou à la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 2004, qui reprend les définitions du *Statut de Rome*.

²⁴³ *Varela*, *supra* note 234 au para. 29.

gouvernement sandiniste, et d'autres étaient de simples dissidents politiques. La Cour réfère de surcroît à la décision *Harb*²⁴⁴, où la Cour fédérale se fonde sur la décision *Procureur c. Blaskic*²⁴⁵, du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, pour conclure qu'un soldat fait prisonnier peut être considéré comme un civil puisqu'il ne prend pas part aux hostilités alors qu'il est victime de mauvais traitements.

B. La défense du requérant basée sur la contrainte

Varela a également soutenu qu'il avait été contraint à commettre ces actes sous la menace de ses supérieurs. Or, comme le rappelle la Cour, le droit international est clair : une telle défense n'est pas admissible si l'ordre reçu était manifestement illégal. En l'espèce, tel était le cas du meurtre des ravisseurs. Quant aux atrocités commises à l'endroit des prisonniers d'El Chipote, la Cour est d'avis que Varela devait bien se douter que le traitement qui leur était infligé était illégal. L'article 14 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*²⁴⁶ réitère d'ailleurs ce principe.

Il faut par ailleurs ajouter qu'une exception existe à la défense de l'ordre d'un supérieur. En effet, le seul cas où une telle défense peut être invoquée est celui où l'individu a dû commettre les actes criminels par crainte raisonnable d'un péril corporel imminent²⁴⁷. Qui plus est, le mal que l'on ordonnait à Valera d'infliger aux prisonniers devait être moindre ou égal à celui qu'il craignait subir²⁴⁸. La Cour estime que telle n'était pas la situation dans laquelle se trouvait Varela et se penche donc sur la question de l'existence d'une amnistie.

C. La défense du requérant basée sur l'existence d'une amnistie

Finalement, Varela argua qu'une amnistie générale avait été décrétée à l'endroit des Sandinistes et des Contras, ce qui le protégeait de toute ordonnance d'expulsion. Bien que la Commission ait rejeté d'emblée cette défense sans en motiver la raison, la Cour estime qu'il vaille se pencher sur la question.

Pour décider de cet argument, le tribunal s'inspire de deux articles dans lesquels les auteurs considèrent que l'amnistie n'a pas de portée en droit international²⁴⁹. Il se base également sur les *Principes directeurs sur la protection*

²⁴⁴ *Harb v. Canada (Ministères of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 512 confirmé par *Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 39.

²⁴⁵ *Le Procureur c. Blaskic*, IT-95-14-T, Jugement portant condamnation, 3 mars 2000 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance).

²⁴⁶ *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, supra note 242.

²⁴⁷ *Varela*, supra note 234 au para. 35.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Joseph Rikhof, « The Treatment of the Exclusion Clauses in Canadian Refugee Law » (1994) 24 Imm. L.R. (2d) 31 et Yasmin Naqvi, « Amnesty for War Crime: Defining the Limits of International Recognition » (2003) 85 R.I.C.R. 583.

*internationale*²⁵⁰ de l'UNHCR, où l'on peut lire, au paragraphe 23 : « Certains crimes sont cependant tellement graves et odieux que l'application de l'article 1F reste justifiée même en cas de grâce ou d'amnistie ». C'est en se fondant sur cet extrait que la Cour conclut :

l'engagement de M. Carrasco au sein d'un escadron de la mort et sa participation aux traitements infligés à des prisonniers [...] avaient un caractère si grave et si odieux que, du point de vue du droit, il n'y a pas lieu d'atténuer le plein effet de l'article 35 de la *LIPR*.²⁵¹

À ce titre, la Cour soutient que bien que la *LIPR* ne traite pas la question de l'amnistie, il ne peut être fait abstraction des *Principes directeurs*²⁵².

Ainsi, la Cour estime que le requérant ne saurait échapper à l'application de l'alinéa 35(1)a) de la *LIPR* et devrait être interdit de territoire. Elle rejette donc la demande de contrôle judiciaire.

Nsende c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)²⁵³

Dans *Nsende*, la Cour fédérale doit déterminer la signification de l'expression « se réclamer de nouveau et volontairement de la protection du pays », tel qu'on la retrouve à l'alinéa 108(1)a) *LIPR* qui stipule :

108. (1) Est rejetée la demande d'asile et le demandeur n'a pas qualité de réfugié ou de personne à protéger dans tel des cas suivants :

a) il se réclame de nouveau et volontairement de la protection du pays dont il a la nationalité.

Le demandeur Nsende, de nationalité congolaise, s'était fait reconnaître le statut de réfugié par la CISR en juillet 2001. En 2007, le Ministre s'était adressé à la CISR afin qu'elle détermine si le demandeur avait perdu le statut de réfugié après qu'il ait fait une demande de passeport à la République démocratique du Congo (RDC). Le demandeur avait effectué une telle demande parce qu'il voulait faire des affaires en Thaïlande mais que cette dernière refusait de lui émettre un visa puisqu'il n'avait pas encore de passeport canadien. Nsende s'est rendu en Belgique, où des associés l'ont alors convaincu de demander un passeport congolais. À son retour au Canada, l'ambassade du Congo en Belgique lui a fait parvenir une lettre par laquelle on exigeait du demandeur qu'il rende son passeport au motif qu'il lui avait été délivré par erreur, Nsende ayant le statut de réfugié au Canada. Le demandeur n'a pas remis son passeport parce que les autorités congolaises refusaient de lui rembourser les frais qu'il avait encourus pour se le procurer.

²⁵⁰ Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, *Principes directeurs sur la protection internationale no. 5 : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003, en ligne : UNHCR <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4110bc314.html>> [*Principes directeurs*].

²⁵¹ *Varela*, supra note 234 au para. 44.

²⁵² *Ibid.* au para. 41.

²⁵³ *Nsende c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* 2008 CF 531, [2009] 1 R.C.F. 49 [*Nsende*].

La Commission a estimé que le demandeur s'était réclamé de nouveau de la protection de la RDC. Selon elle, malgré les raisons qui sous-tendaient la demande de passeport du demandeur, le fait d'effectuer une demande du pays dont il a la nationalité va à l'encontre de « l'esprit et la lettre »²⁵⁴ de l'alinéa 108(1)a) de la *LIPR*. De plus, le fait que le demandeur ait refusé de remettre son passeport prouvait son intention de bénéficier de la protection de la RDC.

Afin d'établir si la Commission a correctement interprété l'expression « se réclamer de nouveau et volontairement de la protection du pays », le tribunal s'appuie très largement sur le *Guide du HCR*²⁵⁵, plus particulièrement les paragraphes 118 à 125 qui traitent précisément de la question.

Le *Guide du HCR* établit 3 conditions pour qu'un réfugié soit considéré s'être réclamé de nouveau de la protection de son pays : il doit avoir accompli de manière 1) volontaire, 2) intentionnellement et 3) avec succès « l'acte par lequel il s'est réclamé à nouveau » de cette protection²⁵⁶. Ainsi, si une personne effectue une demande de passeport auprès des autorités de son pays, il y aura présomption d'intention de se réclamer de nouveau de la protection de ce pays. Cette présomption pourra toutefois être renversée d'une preuve contraire²⁵⁷.

La Cour réfère également à la décision *Chandrakumar*²⁵⁸ rendue par elle en 1997, où elle citait un extrait d'un ouvrage de James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, dans lequel l'auteur insiste sur l'importance de l'intention du réfugié « de faire défendre ses intérêts par le pays concerné »²⁵⁹. Dans *Chandrakumar*, la Cour fédérale avait conséquemment affirmé que le simple fait de renouveler un passeport du pays dont elle possède la nationalité ne signifie pas automatiquement qu'une personne tombe sous le coup de l'alinéa 108(1)a) *LIPR* : encore faut-il prouver l'intention de bénéficier de la protection du pays²⁶⁰.

La Cour conclut donc que le demandeur a bien tenté de réfuter la présomption selon laquelle il avait l'intention de bénéficier de la protection de la RDC mais, selon elle, la Commission semblait être d'avis que le simple fait d'avoir refusé de remettre le passeport aux autorités congolaises prouvait cette intention²⁶¹. La Cour estime que pour arriver à une telle conclusion, la Commission aurait dû expliquer pourquoi elle a rejeté les explications du demandeur à l'effet contraire²⁶². Elle renvoie donc l'affaire à la CISR pour qu'elle rende une nouvelle décision.

²⁵⁴ *Ibid.* au para. 4.

²⁵⁵ *Guide du HCR*, *supra* note 241. Ce guide a été qualifié d'ouvrage « très pertinent » par la Cour suprême du Canada dans *Chan c. Chan (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593 au para. 46.

²⁵⁶ *Ibid.* au para. 119. Voir *Nsende*, *supra* note 253 au para. 13.

²⁵⁷ *Guide du HCR*, *ibid.* au para. 121.

²⁵⁸ *Chandrakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. no. 615 (QL) [*Chandrakumar*].

²⁵⁹ James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991 à la p. 193.

²⁶⁰ *Chandrakumar*, *supra* note 258 au para. 5.

²⁶¹ *Nsende*, *supra* note 253 au para. 23.

²⁶² *Ibid.*

Key c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)²⁶³

Cette affaire porte également sur l'interprétation de la *Convention relative au statut des réfugiés*²⁶⁴ sur la base du *Guide du HCR*²⁶⁵, et plus précisément de l'article 171 du guide relatif à l'octroi du statut de réfugié suite à sa désertion ou son insoumission.

Le litige a débuté en 2005, alors que le demandeur Key, citoyen américain, est venu au Canada avec sa famille et y a demandé l'asile suite à sa désertion de l'armée américaine. Lors de son affectation en Irak en 2003, il avait été témoin de plusieurs cas de mauvais traitements de la part d'autres soldats américains envers des civils irakiens. À son retour aux États-Unis pour une permission de deux semaines, il s'était anonymement informé auprès du juge-avocat général s'il pouvait ne pas retourner en Irak. Ce dernier lui aurait répondu qu'il avait « deux choix : soit remonté à bord de l'avion et retourner en Irak ou aller en prison »²⁶⁶. Le demandeur ne s'est pas présenté à son unité et a déménagé à Philadelphie avec sa famille, un peu plus d'un an plus tard, où il demanda l'asile.

La CISR rejeta la demande de Key, malgré qu'elle ait reconnu que son témoignage était honnête et sincère²⁶⁷. Ainsi, selon la CISR, le demandeur s'indignait des violations des droits de la personne dont étaient responsables l'armée américaine. Selon la CISR, il aurait fallu que les actes commis par l'armée américaine aient pu être qualifiés de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité pour que le demandeur Key puisse se voir accorder le statut de réfugié. Par ailleurs, elle rejeta d'emblée l'argument du Ministre à savoir que le soldat Key ne pouvait revendiquer le statut de réfugié au motif que le pays d'origine, à savoir les États-Unis, était en mesure de lui offrir sa protection. Selon la CISR, « l'agent de persécution en l'espèce [était] l'État lui-même »²⁶⁸.

La Cour fédérale se penche donc, dans l'ordre, sur la question 1) des circonstances dans lesquelles un déserteur ou un insoumis peuvent bénéficier du droit d'asile, 2) et de la notion de l'État en tant qu'agent de persécution.

²⁶³ *Key c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* 2008 CF 838, [2009] 2 R.C.F. 625 [Key].

²⁶⁴ *Convention relative au statut des réfugiés*, supra note 2.

²⁶⁵ *Guide du HCR*, supra note 241.

²⁶⁶ *Key*, supra note 263 au para. 10. La CISR a d'ailleurs reconnu qu'il était tout à fait probable que le demandeur soit traduit devant une cour martiale et purge une peine d'au moins un an d'emprisonnement s'il retournait aux États-Unis : *ibid.* au para. 8.

²⁶⁷ À cet effet, la CISR a comparé le témoignage de Key aux observations faites par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) dans son rapport de 2003 intitulé *Rapport du Comité international (CICR) sur le traitement par les forces de la coalition, des prisonniers de guerre et des autres personnes protégées par les Conventions de Genève pendant leur arrestation, leur internement et leur interrogatoire en Irak*, février 2004. Le rapport n'est pas disponible sur le site Internet de la Croix-Rouge. Toutefois, une copie est disponible en anglais sur le site de Derechos Human Rights <<http://www.derechos.org/nizkor/us/doc/icrc-prisoner-report-feb-2004.pdf>>. La CISR a relevé que les mauvais traitements dont fut témoin Key, qui servait en Irak à peu à la même période que celle visée par le rapport du CICR, correspondaient aux constatations inscrites au rapport. Il s'agit notamment de saccages de maisons en pleine nuit et de fouilles abusives effectués selon un certain « schéma » décrit par le CICR.

²⁶⁸ *Key*, supra note 263 au para. 10.

A. Les circonstances dans lesquelles un déserteur ou un insoumis peuvent bénéficier du droit d'asile

La Cour fédérale s'inscrit en faux contre la conclusion de la CISR relativement à la protection qu'accorde la *Convention relative au statut des réfugiés* aux déserteurs ou insoumis. Elle cite abondamment les passages de la décision de la CISR où celle-ci relate les méthodes empruntées par l'armée américaine pour effectuer ses descentes dans les foyers irakiens²⁶⁹ et met ainsi en lumière les mauvais traitements infligés par l'armée américaine aux citoyens irakiens. À cet égard, elle rappelle que la Commission a estimé que « certains aspects de cette conduites étaient “d'une brutalité troublante” et bon nombre de ces indignités rapportés représenteraient des violations de l'interdiction de la *Convention de Genève contre les traitements humiliants et dégradants* »²⁷⁰. Partant, il n'est pas nécessaire que ces indignités constituent des crimes de guerre ou crimes contre l'humanité auxquelles le demandeur aurait participé ou pourrait raisonnablement s'attendre à participer. Selon elle, le raisonnement contraire constitue une interprétation erronément restrictive de l'article 171 du *Guide du HCR*²⁷¹.

Cet article vise les circonstances dans lesquelles le statut de réfugié peut être octroyé aux déserteurs militaires ou aux insoumis. Il stipule :

N'importe quelle conviction, aussi sincère soit-elle, ne peut justifier une demande de reconnaissance du statut de réfugié après désertion ou après insoumission. Il ne suffit pas qu'une personne soit en désaccord avec son gouvernement quant à la justification politique d'une action militaire particulière. *Toutefois, lorsque le type d'action militaire auquel l'individu en question ne veut s'associer est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion ou l'insoumission peut, compte tenu de toutes les autres exigences de la définition, être considérée en soi comme une persécution* [nos italiques].²⁷²

Selon la Cour, l'interprétation erronée de cette disposition par la CISR découle d'une mauvaise application de la décision *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*²⁷³ de la Cour fédérale²⁷⁴. Dans cette affaire, le demandeur prétendait qu'un soldat en service dans le cadre d'un conflit illégal pourrait bénéficier de l'application de l'article 171 du *Guide du HCR* et ainsi se voir octroyer le statut de réfugié en raison de la simple illégalité du conflit. La Cour rejeta cet argument et conclut que le demandeur Hinzman, contrairement au demandeur Key, n'avait pas été en mesure de prouver que s'il devait retourner en Irak, il serait susceptible de commettre des actes contraires à ce que la communauté internationale estime être les « règles de conduites les plus élémentaires », tel qu'on le retrouve à l'article 171 du *Guide du HCR*. Conséquemment, la juge McTavish n'avait pas eu à

²⁶⁹ *Ibid.* au para. 6.

²⁷⁰ *Ibid.* au para. 13.

²⁷¹ *Ibid.* au para. 14.

²⁷² *Guide du HCR*, *supra* note 241 art. 171.

²⁷³ *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* 2006 CF 420.

²⁷⁴ *Key*, *supra* note 263 au para. 17.

délimiter de manière précise la portée de cet article²⁷⁵.

La Cour procède donc à l'interprétation de cet article en s'attardant d'abord à son libellé même qui, selon elle, évoque *l'association* involontaire à une action militaire, par opposition à la participation directe ou la complicité²⁷⁶. À ce titre, le fait que le conflit en lui-même soit qualifié d'illégal par la communauté internationale est un facteur qui sera pris en compte mais ne sera pas nécessairement décisif²⁷⁷.

Le tribunal se réfère tout d'abord à l'affaire *Zolfagharkhami c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*²⁷⁸, de la Cour d'appel fédérale. Dans cet arrêt, la Cour jugea qu'un demandeur d'asile devrait se voir accorder le statut de réfugié dans les cas où il pourrait être contraint à offrir une assistance matérielle à un régime qui « mèn[er]ait une campagne militaire repoussante »²⁷⁹. Elle était d'avis que le demandeur, un travailleur paramédical, pourrait avoir des motifs valables de craindre la persécution du fait de son opposition à servir dans l'armée iranienne en raison de l'utilisation d'armes chimiques dans le cadre de la guerre Iran-Irak. Ainsi, implicitement, elle reconnaissait que le statut de réfugié pouvait être octroyé à un déserteur ou un insoumis même si les actes auxquels il refusait de s'associer ne s'élevaient pas au rang de crimes de guerre ou crimes contre l'humanité.

La décision *Zolfagharkhami* fut citée dans un ouvrage de l'auteur von Sternberg portant sur le droit des réfugiés pour étayer l'idée selon laquelle « [*l]e privilège relié au droit fondamental du demandeur d'asile de ne pas violer la dignité d'autrui est absolu. Tout préjudice sérieux découlant de ce choix par le demandeur d'asile constitue de la persécution » [nos italiques]*²⁸⁰.

La Cour réfère aussi à l'affaire *Al-Maisri*²⁸¹, dans laquelle la Cour d'appel fédérale s'était appuyée sur un texte du professeur James C. Hathaway²⁸² pour conclure qu'un individu peut se faire accorder l'asile lorsqu'une activité militaire à laquelle il ne veut pas participer est contraire aux normes internationales élémentaires en matière de droits de la personne ou aux normes relatives à la conduite de la guerre. La Cour cite en ce sens la décision *Sepet et al. v. Secretary of State for the Home Department*²⁸³, de la Chambre des Lords, qui renferme des propositions similaires. Selon Lord Hoffman, une demande d'asile pourrait être fondée sur un risque de sanction suite à une désertion d'un service militaire où des « crimes de guerre ou

²⁷⁵ *Ibid.* au para. 19.

²⁷⁶ *Ibid.* au para. 21.

²⁷⁷ *Ibid.* La Cour se réfère à *Krotov v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ. 69 et à *Al-Maisri c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. no. 642 au para. 6, où la Cour d'appel fédérale avait estimé que ce facteur pouvait tout de même être suffisant [*Al-Maisri*].

²⁷⁸ *Zolfagharkhami c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 [*Zolfagharkhami*].

²⁷⁹ *Key*, *supra* note 263 au para. 23.

²⁸⁰ *Key*, *supra* note 263 au para. 22 citant Mark von Sternberg, *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2002.

²⁸¹ *Key*, *supra* note 263.

²⁸² *The Law of Refugee Status*, *supra* note 259.

²⁸³ *Sepet et al. v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 2 All. E.R. 304. La Chambre des Lords y a d'ailleurs appliqué avec approbation l'arrêt *Zolfagharkhami*, *supra* note 278.

d'autres actes semblables »²⁸⁴ seraient susceptibles d'être commis.

Mentionnons finalement que la jurisprudence américaine²⁸⁵ fut également consultée et citée. Selon la Cour, les décisions américaines n'emploient pas un critère aussi restrictif que celui retenu par la CISR dans la présente affaire²⁸⁶. Une « inculpation militaire officiellement tolérée »²⁸⁷ suffirait à fonder une demande d'asile.

À la lumière des sources consultées, le magistrat conclut que l'asile peut être accordé à un déserteur ou un insoumis, même si le fait de rester dans l'armée n'entraînerait pas nécessairement son exclusion de la protection accordée par la *Convention relative au droit des réfugiés*. En d'autres termes, l'article 171 du *Guide du HCR* ne requiert pas que le demandeur d'asile, pour se voir accorder le statut de réfugié, soit susceptible de commettre des violations du droit international humanitaire qui s'élèveraient au rang de crimes de guerres ou de crimes contre l'humanité²⁸⁸.

En plus de l'interprétation de la CISR relativement à l'article 171 du *Guide*, la Cour critique le traitement qui fut accordé à la question de la protection de l'État.

B. L'État comme agent de persécution

C'est avec une certaine réserve que la Cour aborde cette question puisque peu d'éléments de preuve furent soumis relativement aux conséquences que subirait le demandeur Key s'il devait retourner aux États-Unis²⁸⁹.

Néanmoins, la Cour se penche sur l'application qui doit être faite de l'arrêt *Hinzman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*²⁹⁰ de la Cour d'appel fédérale où il fut établi qu'un soldat qui risque d'être puni pour désertion aux États-Unis doit épuiser tous les recours internes qui s'offrent à lui avant de revendiquer le statut de réfugié au Canada. Puisque *Hinzman* fut rendu après la décision de la Commission, cette dernière n'avait pu en appliquer les enseignements.

Dans le cas du demandeur Hinzman, la Cour avait conclu qu'au regard des éléments de preuve dont elle disposait, elle pouvait difficilement anticiper à quel résultat les efforts du demandeur auraient abouti s'il avait « tenté de trouver des solutions de rechange aux fonctions de combat ou à la persécution »²⁹¹. La Cour avait

²⁸⁴ *Ibid.* au para. 52.

²⁸⁵ *Tgaga c. INS*, 228 F.3d 1030 (9th Cir., 2000); *M.A. A26851062 c. U.S. Immigration & Naturalization Service*, 858 F.2d 210 (4th Cir., 1988).

²⁸⁶ *Key*, *supra* note 263 au para. 2.

²⁸⁷ *Ibid.* au para. 29.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ *Ibid.* aux para. 10 et 34.

²⁹⁰ *Hinzman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 171.

²⁹¹ *Key*, *supra* note 263 au para. 32. Dans *Hinzman*, *ibid.* au para. 47, la Cour explique qu'aux États-Unis, certaines protections d'ordre procédural (notamment le droit à une audience et le droit d'interjeter appel) entourent l'application des sanctions réservées aux déserteurs. De même, les objecteurs de conscience peuvent être affectés à des postes où ils n'auront pas à combattre.

cependant reproché à monsieur Hinzman de ne pas avoir produit assez de preuve concernant les sanctions qu'il aurait subies advenant son retour aux États-Unis. La Cour doit donc distinguer cette décision du cas qu'elle doit trancher puisque la Commission ayant rejeté d'emblée la question de la protection de l'État, monsieur Key n'avait pas eu à faire une preuve similaire à Hinzman²⁹².

Admettant que Key aurait pu avoir d'autres options que retourner en Irak ou être emprisonné²⁹³, la Cour rejette néanmoins l'argument du ministre à l'effet que toute demande d'asile faite par le demandeur est vouée à l'échec suite aux principes établis dans l'arrêt *Hinzman*. Les règles d'équité font en sorte que le demandeur doit pouvoir être en mesure de faire la preuve des risques de persécution et d'incarcération auxquels il serait exposé s'il devait retourner aux États-Unis²⁹⁴. Qui plus est, le défaut d'épuiser les recours internes n'entraînera pas automatiquement le rejet de la demande d'asile. La présomption de protection de l'État aux États-Unis pourra être réfutée par une preuve démontrant que des individus vivant des situations similaires n'ont pu trouver de solution de rechange raisonnable aux fonctions de combat ou à l'emprisonnement²⁹⁵.

La Cour fédérale renvoie donc le dossier du soldat Key devant la CISR afin qu'elle rende une décision à la lumière de ses propres conclusions.

Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)²⁹⁶

Cette affaire, portée devant la Cour fédérale d'appel, a trait à l'interprétation de l'article 98 de la *LIPR*, en vertu duquel toute personne visée par les exclusions prévues à l'article premier de la *Convention relative au statut des réfugiés*²⁹⁷ ne peut être qualifiée de réfugiée ou de personne à protéger. Plus précisément, l'alinéa 1Fb), qui est en cause en l'espèce, prévoit qu'une personne ayant commis un crime grave de droit commun avant d'être admise comme réfugiée dans le pays d'accueil est exclue de l'application de la *Convention relative au statut des réfugiés*²⁹⁸.

Dans cette affaire, l'appelant est un Sri Lankais cingalais qui aurait été la cible des Tigres tamouls. Il avait quitté le Sri Lanka en 1998 pour se rendre aux États-Unis où il fut arrêté au début 2004 pour trafic de stupéfiants. L'appelant plaida coupable à des accusations de vente criminelle au troisième degré d'opium et de possession criminelle de marijuana pour lesquelles il fut condamné à 29 jours d'emprisonnement et une probation de cinq ans. Après avoir purgé sa peine

²⁹² *Key, ibid.* au para. 32.

²⁹³ *Ibid.* au para 34.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Ibid.* au para 35.

²⁹⁶ *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* 2008 CAF 404, [2009] 4 R.C.F. 164 [*Jayasekara*].

²⁹⁷ *Convention relative au statut des réfugiés, supra* note 2.

²⁹⁸ L'exclusion se lit comme suit : « Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser : [...] b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés ».

d'emprisonnement, il reçut l'ordre de quitter les États-Unis de son plein gré avant octobre 2004. Il arriva au Canada en juillet 2004, où il présenta une demande d'asile. Comme l'appelant avait quitté les États-Unis sans en informer le bureau de probation, un mandat d'arrestation fut émis contre lui le même mois.

La CISR conclut que l'appelant ne pouvait se voir accorder le statut de réfugié par application de l'article 98 de la *LIPR* puisqu'elle était d'avis qu'il existait des raisons sérieuses de croire qu'il avait commis un crime grave de droit commun avant son arrivée au Canada et qu'il n'avait pas complètement purgé sa peine. La Cour fédérale confirma la décision de la CISR²⁹⁹. Selon le juge de première instance, puisque le crime commis par l'appelant était passible d'une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité au Canada, c'est à bon droit que la CISR qualifia le délit de crime grave de droit commun. Qui plus est, selon le juge de la Cour fédérale, l'appelant n'avait pas terminé de purger sa peine puisqu'il avait quitté les États-Unis sans y avoir accompli la majeure partie de sa probation. Et même si tel eut été le cas, le juge estima que l'alinéa 1Fb) de la *Convention relative au statut des réfugiés* s'appliquait également aux individus ayant purgé leur peine antérieurement à la formulation de leur demande d'asile, c'est-à-dire qu'ils ne pourraient bénéficier du statut de réfugié.

La Cour fédérale d'appel s'attarde donc à la question de savoir si la gravité d'un crime ordinaire³⁰⁰ doit être analysée au regard des normes internationales et/ou locales et s'il faut, pour ce faire, tenir compte des faits entourant la nature et la gravité des actes. La réponse à cette question permet de répondre à celle, plus large, de savoir si le fait d'avoir purgé une peine pour un crime grave avant l'arrivée au Canada permet au demandeur d'échapper à l'exclusion prévue à l'alinéa 1Fb) de la *Convention relative au statut de réfugié* et d'ainsi pouvoir bénéficier de la protection accordée par celle-ci.

D'emblée, la Cour d'appel relève le caractère international de la question. Elle précise d'ailleurs qu'elle a invité les parties à lui soumettre leurs observations quant à la jurisprudence internationale existant à ce sujet et cite à cet effet une décision britannique où le magistrat affirmait : « Dans une affaire portant sur une convention internationale, il est de toute évidence souhaitable que les décisions émanant de divers États soient, dans la mesure du possible, compatibles »³⁰¹. Par cette citation, la formation de trois juges met la table pour une décision largement imprégnée de droit international, où sera abordée la question des 1) objectifs de l'alinéa 1Fb) de la *Convention relative au statut des réfugiés*, 2) les facteurs de détermination de la gravité d'un crime au sens de l'alinéa 1Fb), et 3) la gravité du crime de trafic de drogue.

²⁹⁹ 2008 FC 238, [2008] A.C.F. no. 299.

³⁰⁰ Les termes « crime grave de droit commun », « crime ordinaire » et « crime non politique » sont, dans le contexte de l'alinéa 1Fb) de la *Convention*, synonymiques : *Zrig, supra* note 208.

³⁰¹ *T. v. Secretary of State for the Home Department*, [1996] 2 All. E.R. 865 à la p. 891, juge Lloyd of Berwick.

C. Les objectifs de l'alinéa 1Fb) de la *Convention relative au statut des réfugiés*

Avant de s'attaquer aux questions certifiées par le juge de première instance, la Cour fédérale d'appel étudie l'argument de l'appelant selon lequel les demandeurs d'asile ayant purgé leur peine à l'extérieur du Canada ne sont pas visés par l'exclusion de l'alinéa 1Fb) de la *Convention relative au statut des réfugiés*.

L'appelant se fonde sur la décision *Chan* de la Cour fédérale d'appel, dans laquelle le juge Robertson écrivait : « il est clair selon moi que la section Fb) de l'article premier ne saurait être invoqué dans les cas où le revendicateur a été déclaré coupable d'un crime et a purgé sa peine ailleurs qu'au Canada, avant d'arriver au pays »³⁰².

La Cour rejette cet argument. Selon elle, cette affirmation ne signifie pas qu'un demandeur ayant commis un crime grave de droit commun pour lequel il aurait purgé sa peine est automatiquement immunisé contre cette exclusion de la *Convention relative au statut des réfugiés*, sans égard à la gravité au crime pour lequel il aurait été condamné³⁰³. Elle cite à cet effet le juge Décary qui avait procédé à une analyse approfondie des objectifs qui sous-tendent la section F de l'article premier et plus particulièrement de l'alinéa b).

Dans *Zrig*³⁰⁴, le juge Décary énumérait ces quatre objectifs comme suit : s'assurer que 1) les auteurs de crimes internationaux ne pourront revendiquer le droit d'asile; 2) les auteurs de crimes de droit commun ayant pour motifs des raisons politiques ne trouveront pas refuge dans d'autres pays; 3) les personnes ayant commis des crimes graves de droit commun ne pourront utiliser le droit d'asile pour échapper à la justice de leur pays; 4) faire en sorte que les pays d'accueil pourront refuser la demande d'asile d'une personne ayant commis un crime grave de droit commun à l'étranger afin de protéger leur population³⁰⁵.

La Cour d'appel fédérale dans *Jayasekara* se rallie à cette analyse et insiste sur le fait que ces objectifs sont complémentaires et qu'aucun d'entre eux ne l'emporte sur les autres³⁰⁶. Conséquemment, le droit du pays d'accueil de protéger sa population contre des revendicateurs d'asile ayant commis un crime grave ne saurait céder le pas devant le seul fait que ces derniers auraient purgé leur peine. À ce titre, la Cour s'emploie à déterminer dans quelles circonstances un crime peut-être qualifié de « grave ».

³⁰² *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390.

³⁰³ La Cour nuance l'affirmation du juge Robertson en expliquant que celle-ci a été faite sous l'ancienne loi sur l'immigration et avait pour but de réconcilier deux dispositions qui pouvaient sembler contradictoires. Selon la Cour, *Chan* visait à faire en sorte que, sous l'ancienne loi, le demandeur d'asile qui avait purgé sa peine ne se voyait pas automatiquement refuser le droit de faire examiner sa demande de statut de réfugié. *Jayasekara*, *supra* note 296 aux para. 18 à 27.

³⁰⁴ *Zrig*, *supra* note 208.

³⁰⁵ *Jayasekara*, *supra* note 296 au para. 28, citant *Zrig*, *ibid.*, au para. 118. La Cour réfère également à des décisions australiennes abordant la question de ce quatrième objectif. Il s'agit de *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Singh*, [2002] HCA 7 (Haute Cour d'Australie), *Tenzin Dhayakpa c. Minister of Immigration and Ethnic Affairs*, [1995] FCA 1653 (Cour fédérale d'Australie) [*Tenzin Dhayakpa*] et *Igor Ovcharuk c. Minister of Immigration and Multicultural Affairs*, [1998] FCA 1314 (Cour fédérale d'Australie) [*Igor Ovcharuk*].

³⁰⁶ *Jayasekara*, *ibid.* au para. 29.

D. Les facteurs de détermination de la gravité d'un crime au sens de l'alinéa 1Fb) de la *Convention relative au statut de réfugié*

Afin d'établir quels sont les éléments que doivent retenir les tribunaux lorsqu'ils doivent déterminer si le crime commis par le demandeur d'asile est « grave » au sens de l'alinéa 1Fb), la Cour se fonde sur les *Principes directeurs*³⁰⁷, publiés par l'UNHCR, et la jurisprudence d'autres pays.

D'entrée de jeu, la Cour cite un passage des *Principes directeurs* dans lequel l'UNHCR soutient que la gravité du crime ne doit pas être analysée uniquement en fonction des normes de l'État d'accueil et de celui d'origine, mais également à la lumière des normes internationales³⁰⁸. Pour la Cour, cela va de soi puisque « [c]ette façon de voir vise évidemment à éviter les profondes disparités qui peuvent exister entre les États relativement aux mêmes agissements »³⁰⁹.

Une série de facteurs à considérer dans l'analyse de la gravité d'un crime sont énumérés dans les *Principes directeurs* : la nature du crime, le préjudice qui en a découlé, la procédure adoptée pour engager des poursuites, la nature de la peine qui fut encourue, si la plupart des juridictions traiteraient ce crime comme un crime grave³¹⁰ de même que les circonstances entourant la perpétration du crime³¹¹. À ces facteurs, la Cour ajoute les circonstances atténuantes et aggravantes entourant la déclaration de culpabilité³¹². Les autorités procédant à l'analyse de la gravité d'un crime ne doivent cependant pas tenir compte de facteurs qui sont étrangers aux faits et circonstances entourant la déclaration de culpabilité³¹³. La Cour donne à titre d'exemple le risque de persécution dans le pays d'origine³¹⁴.

Malgré l'importance des normes internationales dans l'évaluation de la gravité d'un crime, la Cour tempère son analyse en précisant que le point de vue de l'État d'accueil ne doit pas pour autant être mis de côté, bien au contraire. Elle rappelle qu'un des objectifs de l'exclusion prévue à l'alinéa 1Fb) vise la protection de la population de l'État d'accueil³¹⁵. Le tribunal d'appel précise d'ailleurs que ni les

³⁰⁷ *Principes directeurs*, *supra* note 250.

³⁰⁸ *Jayasekara*, *supra* note 296 au para. 37.

³⁰⁹ *Ibid.* Le juge Létourneau cite au même effet la décision australienne *Igor Ovcharuk*, *supra* note 305.

³¹⁰ *Principes directeurs*, *supra* note 250 au para. 38. En ce qui a trait à la procédure employée pour engager les poursuites, la Cour précise, que dans des pays où l'infraction hybride existe (i.e. que les infractions peuvent être punissables sur déclaration sommaire de culpabilité ou sur acte d'accusation), le choix du mode de poursuite est utile pour qualifier la gravité du crime s'il existe une différence marquée entre les peines prévues pour chaque procédure. Voir le para. 46 du jugement, *ibid.*

³¹¹ *Ibid.* au para. 40. La Cour donne l'exemple du fait que l'auteur ait utilisé une arme ou encore que le crime soit commis par un groupe criminel organisé. Voir para. 45.

³¹² Voir *ibid.*, para. 44. La Cour se fonde sur les décisions *S. c. Refugee Appeals Authority*, [1998] 2 NZLR 291 (Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande); *S. and Others c. Secretary of State for the Home Department*, [2006] EWCA Civ 1157 (Cours royales de Justice, Angleterre) et *Miguel-Miguel c. Gonzales*, no. 05-15900, 29 août 2007 (Cour d'appel des États-Unis, 9^e circuit).

³¹³ *Jayasekara*, *ibid.* au para. 44.

³¹⁴ *Ibid.* La Cour se fonde notamment sur *Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 250, [2005] 1 R.C.F. 304; *INS c. Aguirre-Aguirre*, U.S. 1999, 1 (Cour suprême des États-Unis), *T. c. Home Secretary* (1995), 1 WLR 545 (Cour d'appel d'Angleterre), *Tenzin Dhayakpa*, *supra* note 305.

³¹⁵ Ce principe est d'ailleurs reconnu dans les *Principes directeurs*, *supra* note 250 au para. 36.

Principes directeurs ni le *Guide du HCR* n'ont de force contraignante et qu'ils « ne saurai[ent] avoir préséance sur la mission de la Cour de statuer sur les termes de la *Convention* »³¹⁶.

En l'espèce, l'alinéa 101(2)b) de la *LIPR* prévoit que le demandeur d'asile déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, pour une infraction qui aurait été passible d'une peine d'emprisonnement maximal d'au moins dix ans ne peut se voir octroyer le statut de réfugié. La Cour estime que cela constitue une « forte indication » que ces crimes sont considérés par le Canada comme étant graves et souligne que l'application de cet alinéa doit se faire indépendamment de la durée de la peine effectivement infligée³¹⁷.

E. La gravité du crime de trafic de drogue

À la lumière des éléments d'analyse qu'elle a dégagés, la Cour procède à l'examen de la gravité du crime commis par l'appelant, soit le trafic d'opium. Pour ce faire, elle s'appuie essentiellement sur les conventions internationales ayant pour objet l'enraiment du trafic de stupéfiants et la législation d'autres États³¹⁸.

La Cour relève l'existence de trois conventions des Nations unies portant sur les stupéfiants : la *Convention unique sur les stupéfiants de 1961*³¹⁹, la *Convention sur les substances psychotropes*³²⁰ et la *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*³²¹.

En vertu de ces conventions, les États parties s'engagent à adopter des dispositions pénales afin d'en atteindre les objectifs. Bien que leur choix et leur nombre demeurent à la discrétion des États, la plupart ont fait du trafic de stupéfiants un crime punissable d'emprisonnement³²².

La Cour réfère à cet effet aux législations du Canada³²³, des États-Unis³²⁴, de

³¹⁶ *Jayasekara*, *supra* note 296 au para. 39. À ce titre, la Cour réfère à *S. c. Refugee Appeals Authority*, *supra* note 312.

³¹⁷ *Jayasekara*, *ibid.* au para. 40.

³¹⁸ La Cour a également cité l'ouvrage *The Refugee in International Law* dans lequel les auteurs Guy S. Goodwin-Gill et Jane McAdam affirment que l'UNHCR a proposé une liste de crimes pouvant être qualifiés de « graves » en l'absence de tout facteur politique. Parmi ceux-ci se retrouve le trafic de drogue. *Jayasekara*, *supra* note 296 au para. 48, citant Guy S. Goodwin-Gill et Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007 à la p. 179.

³¹⁹ *Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, 8 août 1975, 976 R.T.N.U. 105 (entrée en vigueur : 8 août 1975).

³²⁰ *Convention sur les substances psychotropes*, 21 février 1971, 1019 R.T.N.U. 175 (entrée en vigueur : 16 août 1976).

³²¹ *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, 20 décembre 1988, 1582 R.T.N.U. 95 (entrée en vigueur : 11 novembre 1990).

³²² *Jayasekara*, *supra* note 296 au para. 50.

³²³ *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, art. 5. Tout dépendant de la substance qui fut l'objet du trafic, la peine maximale d'emprisonnement prévue est de dix-huit mois s'il s'agit d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité ou de l'emprisonnement à perpétuité, s'il s'agit d'une infraction punissable sur acte d'accusation.

la France³²⁵, du Royaume-Uni³²⁶, de l'Australie³²⁷ et de la Nouvelle-Zélande³²⁸. Plus précisément, la Canada a fait de l'infraction de trafic d'opium un crime punissable d'emprisonnement à perpétuité³²⁹. Pour la Cour, il s'agit là d'un indice clair que le trafic de cette substance est considéré comme un crime grave³³⁰.

La Cour d'appel fédérale tranche donc le litige en faveur de l'intimé : d'une part, le juge de première instance pas plus que la CISR n'ont commis d'erreur dans l'analyse de la gravité du crime commis par l'appelant. D'autre part, le fait que l'appelant ait purgé sa peine ne lui permet pas automatiquement de pouvoir bénéficier de la protection accordée par la *Convention relative au statut des réfugiés*.

*Charkaoui (Re)*³³¹

Ce jugement fait suite à l'arrêt *Charkaoui II*³³² de la Cour suprême et concerne essentiellement le système de divulgation de la preuve qui est mis en place dans les cas de certificats de sécurité et de personnes interdites de territoire. En l'espèce, la Cour fédérale s'est prononcée sur la procédure à suivre lors de la divulgation supplémentaire de renseignements pertinents et plus particulièrement, sur le rôle des avocats spéciaux et du juge. Elle se prononce également sur la divulgation de renseignements additionnels en application de l'arrêt *Charkaoui II*. Ces questions sont assez complexes et ne méritent pas à notre avis d'être discuté dans le cadre de la présente chronique. Cependant, la Cour s'intéresse aussi à un argument des procureures de M. Charkaoui qui repose sur le droit international public : la définition de la sécurité nationale.

Ainsi, au sein du processus de divulgation de la preuve, un des éléments importants à considérer est la notion de sécurité nationale. En effet, le juge désigné pour déterminer si une preuve peut être divulguée à la personne désignée par un certificat de sécurité doit se demander si cette divulgation porte atteinte à la sécurité nationale. Les procureures de Charkaoui ont soumis à la Cour fédérale que la notion

³²⁴ 21 U.S.C. [s]841. La législation américaine prévoit des peines d'emprisonnement se situant entre un an et la perpétuité. La Cour réfère également à l'affaire *Miguel-Miguel c. Gonzalez*, *supra* note 312, où la Cour d'appel des États-Unis pour le 9^e circuit avait confirmé la présomption que l'individu, accusé d'avoir vendu 0,26 gramme de cocaïne pour 20 \$, était présumé avoir commis un crime grave.

³²⁵ *Code pénal*, art. 222 à 237. La peine maximale d'emprisonnement est de dix ans.

³²⁶ *Misuse of Drugs Act*, 1971 (U.K.), 1971, c. 38, art. 4 et annexe 4. Dans le cas d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, la peine maximale d'emprisonnement est de trois à douze mois, alors qu'elle varie entre cinq ans et la perpétuité dans le cas d'une infraction punissable sur acte d'accusation.

³²⁷ *Criminal Code Act*, 1995 (Cth.), art. 302.4(1). Pour les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité et celles sur acte d'accusation, la peine de prison maximale est de 10 ans.

³²⁸ *Misuse of Drugs Act*, 1975 (N.-Z.), 1975/116, art. 6. Tout dépendant de la substance qui fut l'objet du trafic, la peine maximale prévue est d'un an d'emprisonnement s'il s'agit d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité ou de huit ans à l'emprisonnement à perpétuité, s'il s'agit d'une infraction punissable sur acte d'accusation.

³²⁹ *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, *supra* note 323, al. 5(3)a) et annexe 1.

³³⁰ *Jayasekara*, *supra* note 296 au para. 53.

³³¹ 2009 CF 342, [2010] R.C.F. 67 [*Charkaoui CF 2009*].

³³² *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 [*Charkaoui II*]

de sécurité nationale devait être interprétée au regard du droit international, puisque l'article 3(3)f) de la *LIPR* prévoit expressément la conformité de la loi avec le droit international³³³. Ainsi, elles soumettent à la Cour fédérale divers textes internationaux³³⁴ selon lesquels « la sécurité nationale peut être invoquée seulement pour justifier des mesures pour protéger l'existence de la nation, l'intégrité de son territoire ou son indépendance politique contre la force ou la menace »³³⁵. Cette définition de la norme de sécurité est plus restrictive que celle retenue par la jurisprudence canadienne jusqu'à maintenant, mais les procureures soumettent que cette jurisprudence ne respecte pas les prescriptions de la *LIPR* concernant la conformité avec le droit international.

Les avocats des ministres soumettent que la définition de la sécurité nationale doit être conforme à la jurisprudence canadienne³³⁶, selon laquelle l'intérêt public milite pour la protection des renseignements confidentiels et concerne au minimum la préservation du mode de vie canadien, incluant la sécurité des personnes, des institutions et des libertés³³⁷. Il s'agit d'une définition beaucoup moins restrictive que celle proposée par les procureures de Charkaoui.

La Cour considère qu'elle doit interpréter la notion de sécurité nationale au regard de la jurisprudence canadienne et que la modification de la *LIPR*, qui introduit le paragraphe concernant l'exigence de conformité au droit international, ne doit pas être interprété comme étant une volonté du législateur de renverser cette dernière. La Cour est d'avis que l'interprétation de la sécurité nationale soumise par les procureures de Charkaoui est trop restrictive dans le contexte de la jurisprudence canadienne, qui accepte la non-divulgaration de la preuve même lorsque l'intégrité de la nation n'est pas nécessairement compromise.

Finalement, la Cour précise qu'il appartient aux ministres de prouver que la divulgation des renseignements porte atteinte à la sécurité nationale, selon la norme de preuve de la prépondérance des probabilités. Ensuite, c'est au juge de tenir compte de la nécessité de préserver la confidentialité et de l'importance d'une divulgation complète à la personne visée par un certificat de sécurité.

Cette affaire démontre bien à quel point les cours canadiennes sont frileuses quant il est question de donner préséance à une notion de droit international contraire

³³³ *LIPR*, *supra* note 150 : « (3) L'interprétation et la mise en oeuvre de la présente loi doivent avoir pour effet : [...] f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire ».

³³⁴ *PIDCP*, *supra* note 24; *Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions ou des dérogations*, Doc. off. CES NU, 41^e sess., Doc. NU E/CN.4/1984/4 (1984); *Principes de Johannesburg : Sécurité nationale, liberté d'expression et accès à l'information*, Doc. NU E/CN.4/1996/39 (1996).

³³⁵ *Charkaoui CF 2009*, *supra* note 331 au para. 57.

³³⁶ Voir *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711 à la p. 744; *Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463 à la p. 479; *Suresh*, *supra* note 55 aux para. 83, 85, 88; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 420, [2004] 4 R.C.F. 327; *Harkat (Re)*, 2005 CF 393.

³³⁷ Voir *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 CF 766, [2008] 3 R.C.F. 248 au para. 68.

à un courant jurisprudentiel canadien. La Cour a en effet préféré suivre la jurisprudence canadienne quand il est question de sécurité nationale, même si la loi modifiée prévoit explicitement une référence aux textes internationaux comme ayant une force interprétative convaincante.

Bonilla c. Canada (Citoyenneté et Immigration)³³⁸

Dans cette affaire, M. Bonilla demande à la Cour de réviser la décision de la Section des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) de lui refuser le statut de réfugié puisqu'on le soupçonne d'avoir participé au conflit armé en Colombie³³⁹. M. Bonilla est arrivé au Canada avec sa femme et ses trois enfants. Ils ont tous demandé asile et M. Bonilla est le seul à se voir refuser l'asile, pour la raison qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il aurait été complice de crimes contre l'humanité alors qu'il a servi dans l'armée colombienne³⁴⁰.

M. Bonilla s'est joint à l'armée colombienne en 1984 alors qu'il était âgé de seize ans, afin de poursuivre des études en génie civil, et y est resté neuf ans. Lors de sa carrière militaire, il a occupé plusieurs postes dans des régions « chaudes » de la Colombie. L'un des événements marquants de sa carrière s'est déroulé en mars 1989 dans la région d'Uraba, où des groupes de guérilleros étaient actifs y compris les Forces révolutionnaires de Colombie (FARC). À cette époque, il a participé à une opération au cours de laquelle il aurait été impliqué dans la torture d'un membre du syndicat et d'un paysan dans une maison de ferme. M. Bonilla soumet qu'il était en train d'ériger un périmètre de sécurité alentour de la maison et qu'il n'avait pas connaissance de ce qui s'y déroulait. En 1993, le demandeur a appris qu'il avait été désigné comme responsable de l'opération de la ferme, dans un ouvrage publié en Allemagne. La demande d'asile de M. Bonilla était fondée sur des menaces qu'il disait avoir reçu des FARC alors qu'il a appris que son nom figurait sur une liste d'assassinats.

Afin de déterminer si M. Bonilla pouvait être exclu en tant que réfugié, la CISR s'est demandé s'il pouvait être considéré comme complice des crimes commis par l'armée colombienne, ce qui comprend les crimes contre l'humanité. Elle considère que pour prouver la complicité, elle doit tenir compte de plusieurs facteurs contextuels³⁴¹. Elle a conclu que M. Bonilla devait être au courant que les personnes à l'intérieur de la maison de ferme étaient en train de subir de la torture et qu'indépendamment de cet incident, il était complice des crimes contre l'humanité commis par l'armée.

Dans sa demande de contrôle judiciaire, M. Bonilla conteste les conclusions de la CISR, en soutenant qu'il n'a jamais été au courant de violations des droits de la

³³⁸ *Bonilla c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* 2009 CF 881 [Bonilla].

³³⁹ *Convention relative au statut des réfugiés*, supra note 2, art. 1(F).

³⁴⁰ Voir *LIPR*, supra note 150, art. 98.

³⁴¹ (1) la nature de l'organisme; (2) la méthode de recrutement; (3) la position ou le grade dans l'organisation; (4) la connaissance des atrocités commises par l'organisation; (5) la période passée dans l'organisation; et (6) la possibilité de quitter l'organisation. *Bonilla*, supra note 338 au para. 24.

personne lorsqu'il faisait partie de l'armée colombienne et qu'il ne savait pas ce qui se tramait en particulier dans la maison de ferme en mars 1989. Il soutient que la CISR n'a pas convenablement étudié la preuve devant elle. Le demandeur aborde aussi deux questions de droit : la rétroactivité de la définition de crime contre l'humanité, et la question de savoir si des pertes de vie chez les civils dans un conflit interne peuvent être qualifiées de crime contre l'humanité.

Dans ses motifs, concernant les faits qui ont fondé la décision de la CISR, la Cour fédérale considère que le demandeur n'a pas prouvé qu'ils étaient déraisonnables, selon la norme de contrôle applicable. Le demandeur a aussi soulevé la question de sa complicité par la simple appartenance à l'armée colombienne. Sur ce point, le juge de la Cour fédérale est d'accord qu'on ne peut juger le défendeur complice de crimes contre l'humanité uniquement par son appartenance à un groupe armé. Cependant, elle considère que la CISR a pris en compte tous les éléments de preuve devant elle pour prendre sa décision et que cette dernière ne peut être considérée comme déraisonnable. Ainsi, la Cour est d'avis que la CISR a « conclu à l'existence d'un lien entre le ciblage systématique des populations et le service effectué par le demandeur dans la région d'Uraba »³⁴².

La Cour aborde ensuite la question de la rétroactivité des définitions des crimes contre l'humanité contenues dans le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*³⁴³. La Cour souligne que la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* ne limite pas l'application du droit international existant ou en formation. La Cour souligne également que la Cour suprême a approuvé la définition de la torture comme étant celle contenue dans la *Convention contre la torture*. Pour clore cet argument, la Cour relève que dans la jurisprudence canadienne et celle de « partout dans le monde », « l'élimination des crimes contre l'humanité comme la torture est une préoccupation dans des instruments internationaux signés depuis la Seconde Guerre mondiale »³⁴⁴ et qu'on ne peut pas conclure que le crime existe depuis une date en particulier.

Finalement, la Cour étudie la question de savoir si la CISR a commis une erreur de droit en concluant à la commission de crimes contre l'humanité dans le contexte d'un conflit interne. La Cour vient à la conclusion, en citant l'article 3 commun aux *Conventions de Genève*, que « les individus jugés complices de crimes qui ne sauraient se justifier par les nécessités de la guerre ne sont pas pour autant dispensés de leur obligation de rendre des comptes »³⁴⁵ et que pour être un crime contre l'humanité, un crime doit être dirigé contre une population civile, qui est la cible principale. La Cour rejette donc l'argument du demandeur.

Dans cette affaire, la Cour fédérale fait référence à plusieurs sources du droit international public, en particulier dans les domaines du droit pénal international et du droit international humanitaire. Cependant, à la lecture de la décision, on peut se

³⁴² *Bonilla, ibid.* au para. 104.

³⁴³ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, R.T. Can. 2002 n°13 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002) [*Statut de Rome*].

³⁴⁴ *Bonilla, supra* note 338 au para. 114.

³⁴⁵ *Ibid.* au para. 45.

questionner sur la maîtrise de ces domaines du droit par les parties à l'instance et le juge de la Cour fédérale. En effet, en écartant les questions de fait et d'appréciation de la preuve, les deux questions de droit sont des sujets qui ne font habituellement aucune controverse sur le plan international. Bien que le juge d'instance cite diverses sources de droit international, il ne présente pas un argument structuré convaincant fondé sur l'état actuel du droit international en la matière. Pour ne donner qu'un exemple, il est clair que l'existence d'un conflit armé n'est pas un critère des crimes contre l'humanité, dont le critère est plutôt la commission d'un crime dans le contexte d'une attaque systématique ou généralisée de la population civile³⁴⁶. La question de droit soulevé par les avocats de M. Bonilla à cet effet ne paraît donc pas un sujet contesté en droit international.

IV. Droit commercial et économique

*Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé)*³⁴⁷

Dans cette affaire, il est question d'une demande de contrôle judiciaire de l'édiction par le gouvernement d'une disposition dans le *Règlement sur les aliments et drogues*³⁴⁸ (RAD) concernant la protection des données dans le cadre de l'approbation d'une nouvelle drogue. Elle a été édictée par le gouvernement en application de la *Loi sur les aliments et drogues*³⁴⁹ (LAD) qui prévoit la mise en œuvre des obligations du Canada en matière de protection de données prévues par l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*³⁵⁰ et l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*³⁵¹. La disposition contestée prévoit une période d'exclusivité de huit ans sur l'autorisation de la commercialisation de drogues génériques³⁵². Les demandeurs contestent la légalité de

³⁴⁶ Voir *Statut de Rome*, supra note 343, art. 7.

³⁴⁷ *Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé)* 2009 CF 725, appel rejeté 2010 CAF 334.

³⁴⁸ C.R.C., c. 870, art. C.08.004.1 [RAD].

³⁴⁹ *Loi sur les aliments et drogues* L.R.C. 1985, c. F-27, art. 30(3) [LAD].

³⁵⁰ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n° 2, (entrée en vigueur : 1 janvier 1994) [ALÉNA].

³⁵¹ L'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1C de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf>.

³⁵² « C.08.004.1 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article. « drogue innovante » : S'entend de toute drogue qui contient un ingrédient médicinal non déjà approuvé dans une drogue par le ministre et qui ne constitue pas une variante d'un ingrédient médicinal déjà approuvé tel un changement de sel, d'ester, d'énantiomère, de solvate ou de polymorphe. [...] (2) Le présent article s'applique à la mise en œuvre de l'article 1711 de l'Accord de libre-échange nord-américain, au sens du terme « Accord » au paragraphe 2(1) de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, et du paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce figurant à l'annexe 1C de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce, au sens du terme « Accord » au paragraphe 2(1) de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*. (3) Lorsque le fabricant demande la délivrance d'un avis de conformité pour une drogue nouvelle sur la base d'une comparaison directe ou indirecte

cette disposition en alléguant des arguments constitutionnels et de droit administratif, du point de vue de l'attribution des compétences fédérales et du lien rationnel entre la loi habilitante et la disposition réglementaire.

Le *RAD* interdit la commercialisation d'une drogue pour laquelle l'innocuité à la consommation et l'efficacité thérapeutique n'ont pas été prouvées. Pour ce faire, une société pharmaceutique doit fournir à Santé Canada une présentation de drogue nouvelle (PDN), ce qui inclut des données de recherche, des procédés de fabrication et des résultats d'essais cliniques. Ceux qui veulent faire approuver un médicament générique doivent déposer une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN), qui inclut par exemple des informations quant à la quantité de l'ingrédient médicinal comparable au produit original. Si le ministre est convaincu de l'innocuité de la drogue nouvelle ou de la drogue générique, alors il doit délivrer un avis de conformité de la drogue, sous réserve des considérations de brevet, dont il n'est pas question en l'espèce.

Dans une décision antérieure de la Cour fédérale³⁵³, dans laquelle on a contesté une disposition similaire où on prévoyait un délai de cinq ans de protection contre la concurrence, on a décidé que la formulation et l'interprétation du règlement alors en vigueur³⁵⁴ ne donnait pas droit à une période d'exclusivité de marché. Le raisonnement derrière cette décision tenait au fait que dans la démarche de la PADN, le ministre ne doit pas faire l'examen de données confidentielles de la PDN originale, mais s'appuyer seulement sur le fait qu'un avis de conformité pour la drogue nouvelle a été émis. Selon la position du gouvernement, cette interprétation de l'ancienne loi ne concordait pas avec les obligations internationales du Canada en vertu de l'*ALÉNA* et de l'*Accord sur les ADPIC* en matière de protection de données.

Afin de répondre à la question des demandeurs quant à la compétence du gouvernement fédéral d'édicter la *LAD* et le *RAD*, la Cour conclut que la *LAD* est un exercice valide de la compétence fédérale concernant le droit criminel. La Cour fédérale recherche ensuite le caractère véritable de celle-ci, entre autres en faisant référence à l'*ALÉNA* et à l'*Accord sur les ADPIC*, vu le renvoi législatif. Ainsi, la Cour conclut que le caractère véritable de la disposition contestée est la recherche

entre celle-ci et la drogue innovante : a) le fabricant ne peut déposer pour cette drogue nouvelle de présentation de drogue nouvelle, de présentation abrégée de drogue nouvelle ou de supplément à l'une de ces présentations avant l'expiration d'un délai de six ans suivant la date à laquelle le premier avis de conformité a été délivré à l'innovateur pour la drogue innovante; b) le ministre ne peut approuver une telle présentation ou un tel supplément et ne peut délivrer d'avis de conformité pour cette nouvelle drogue avant l'expiration d'un délai de huit ans suivant la date à laquelle le premier avis de conformité a été délivré à l'innovateur pour la drogue innovante ».

³⁵³ *Bayer c. Canada (Procureur général)*, [1999] C.F. 553.

³⁵⁴ *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (protection des données)*, DORS/95-411 « C.08.004.1 (1) Lorsque le fabricant dépose [...] une présentation abrégée de drogue nouvelle [...] en vue de faire déterminer l'innocuité et l'efficacité de la drogue nouvelle qui en est l'objet, et que le ministre examine les renseignements et le matériel présentés, dans une présentation de drogue nouvelle, par l'innovateur d'une drogue contenant une substance chimique ou biologique dont la vente comme drogue n'a pas été préalablement approuvée au Canada et s'appuie sur les données y figurant pour étayer la présentation [...] du fabricant, il ne peut délivrer un avis de conformité à l'égard de cette présentation [...] avant l'expiration d'un délais de cinq ans suivant la date à laquelle est délivré à l'innovateur l'avis de conformité ».

d'un équilibre de considérations commerciales entre la protection des investissements du fabricant innovateur et l'approbation éventuelle d'une version générique moins dispendieuse de cette nouvelle drogue. Au niveau constitutionnel, l'exercice de cette compétence est conforme au pouvoir législatif fédéral en matière d'échanges et de commerce³⁵⁵. La seconde question des demandeurs était de savoir si la disposition contestée est valide et a un lien rationnel avec l'habilitation contenue dans la *LAD*. À cet égard, la Cour conclut que la disposition contestée est une sous-délégation valide du Parlement au gouvernement puisque le pouvoir réglementaire est limité par les dispositions de l'*ALÉNA* et de l'*Accord sur les ADPIC*.

Dans cette affaire, on va donc interpréter une disposition législative de manière à être conforme aux traités internationaux qui ont fondé son adoption. Par une référence directement incluse dans le texte de la loi, le législateur a voulu s'assurer d'un « revirement » jurisprudentiel concernant l'interprétation de la disposition contestée afin qu'elle soit conforme aux obligations internationales du Canada.

Les voies de l'intégration du droit international au raisonnement judiciaire, on le voit, sont multiples. En raison de la tradition dualiste canadienne, le droit international public conventionnel ne sert pas, à lui seul, de base à une décision de justice; toutefois, comme le démontrent les décisions recensées ici, il est fréquent – à tout le moins, dans certains secteurs du droit – que les tribunaux se réfèrent au droit international au soutien d'une décision. Lorsque ce recours au droit international repose sur un fondement législatif, comme l'illustre la toute dernière décision recensée, on se trouve devant un cas explicite d'ouverture cognitive du droit interne au droit international: celui-ci éclaire nécessairement la portée de celui-là. Un phénomène similaire, quoique moins explicite, se produit lorsqu'un concept a priori ouvert – celui de « principe juridique », par exemple³⁵⁶ – ouvre la porte au recours au droit international (mais également au droit comparé, précisons-le) s'il s'agit de se prononcer sur l'existence ou non d'un tel principe. Plus fréquentes encore sont les situations où le droit international, pour reprendre des termes pérelmaniens³⁵⁷, sert essentiellement à répondre aux attentes des auditoires de la cour: c'est particulièrement le cas de certaines décisions relatives aux droits de la personne, dans lesquelles le droit international nous paraît servir d'abord et avant tout à asseoir la légitimité du raisonnement judiciaire, en le situant dans un contexte dépassant les frontières québécoises ou canadiennes.

Mises à part les questions de non-discrimination et d'immigration, de même que l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne des droits et libertés*, laquelle a fait l'objet de développements jurisprudentiels significatifs durant les deux années couvertes par cette chronique, celles-ci ont malheureusement laissé de côté des champs importants du droit. Le droit du transport (aérien et maritime), le droit de

³⁵⁵ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict. c. 3, art. 91(2).

³⁵⁶ Voir *D.B.*, *supra* note 137.

³⁵⁷ Voir Chaïm Perelman, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978.

l'environnement ou encore, le droit des échanges commerciaux, par exemple, n'ont pas donné lieu à des décisions faisant appel, de manière notable, au droit international au cours de ces deux années. L'application du droit coutumier en droit interne canadien n'a guère, non plus, retenu de manière significative l'attention des tribunaux durant cette période. Cette asymétrie dans la composition du corpus jurisprudentiel doit devenir matière à réflexion chez les plaideurs, dont la créativité mérite peut-être d'être stimulée.

Au final, on ne peut s'empêcher de noter que la maîtrise des principes qui sont censés gouverner l'usage du droit international public, en droit interne canadien, semble quelque peu fluctuante. Dans ce corpus jurisprudentiel, nombre de décisions invoquent, en effet, des engagements conventionnels contraignants aux côtés de textes non ratifiés, voire d'instruments de *soft law*, dans un véritable festival normatif qui tend à accréditer l'idée suivant laquelle le droit contemporain deviendrait, peu à peu, une sorte de banque de données où le sens circulerait sans égard aux notions traditionnelles de système ou de hiérarchie³⁵⁸. La théorie du droit y trouve certainement son compte, mais les internationalistes continueront peut-être d'y chercher davantage de rigueur.

³⁵⁸ Voir François Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », dans *La force du droit* (P. Bourets, dir.), Paris, Éditions Esprit, 1991 aux pp. 241 et 245.