

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

**La puissance des faits qui sont tus :
la Cour suprême du Canada et l'expulsion vers la torture**

par
Andréane Joannette-Laflamme

Faculté de droit

Mémoire présentée à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du grade LL.M.
en droit option recherche



Août 2009

© Andréane Joannette-Laflamme, 2009

Université de Montréal
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé :
La puissance des faits qui sont tus :
la Cour suprême du Canada et l'expulsion vers la torture

présenté par :
Andréane Joannette-Laflamme

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Professeur Ghislain Masse
président-rapporteur

Professeur Jean Leclair
membre du jury

Professeure Danielle Pinard
membre du jury

Résumé en français

Dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), la Cour suprême du Canada en vient à la conclusion que les principes de justice fondamentale prévus à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* autorisent, dans des circonstances exceptionnelles, l'expulsion d'une personne vers la torture. La Cour nous indique que l'identification des principes de justice fondamentale doit se fonder sur une démarche contextuelle et sur un consensus dans la société canadienne. Le fondement factuel dans le raisonnement de la Cour est pourtant inexistant. Elle ne traite ni du contexte en matière d'immigration, ni du contexte en matière de sécurité nationale entourant cette décision. La Cour prescrit un haut degré de retenue pour le contrôle judiciaire de la décision du Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration d'expulser une personne vers la torture. Cette retenue explique en partie le traitement déficient des faits. La Cour conclut qu'il y aurait un consensus dans la société canadienne sur le principe de justice fondamentale qui autorise l'expulsion d'une personne vers la torture sans fournir la preuve de ce fait social. L'absence de traitement des faits et de la preuve affecte la légitimité – la force persuasive – de la décision de la Cour suprême dans *Suresh*.

Mots clés en français

Immigration

Preuve

Droit administratif

Droit constitutionnel

Principes de justice fondamentale

Contexte factuel

Sécurité nationale

Charte canadienne des droits et libertés

Résumé en anglais

In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), the Supreme Court of Canada concludes that the principles of fundamental justice in section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedom* allow, in exceptional circumstances, to deport a person facing a risk of torture. The Court writes that principles of fundamental justice must be determined by a contextual approach and based on a significant societal consensus. There is however no factual basis in the Court's reasoning. There is no discussion of the immigration context or the national security context surrounding this decision. The Court chooses a highly deferential standard of review for the judicial review in administrative law of the Citizenship and Immigration Minister's decision to deport a person facing a risk of torture. This choice partly explains the deficient treatment of facts in the Court's decision. The Court concludes that there is a societal consensus on the principles of fundamental justice allowing deportation of a person facing a risk of torture without providing any evidence of this societal fact. The absence of a proper examination of the facts and the evidence at the basis of conclusions in *Suresh*, reduces the legitimacy - the persuasiveness – of the Court's decision.

Mots clés en anglais

Immigration

Evidence

Administrative Law

Constitutional Law

Principles of Fundamental Justice

Factual Context

National Security

Canadian Charter of Rights and Freedom

LA PUISSANCE DES FAITS QUI SONT TUS : LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET L'EXPULSION VERS LA TORTURE	1
SURESH : LA POSSIBILITÉ D'EXPULSION VERS LA TORTURE.....	1
La décision	17
PARTIE I – UN CONTEXTE FACTUEL DÉTERMINANT	25
La sécurité nationale.....	25
Le droit de l'immigration	32
Considérations historiques	32
Une protection constitutionnelle distincte.....	38
PARTIE II – L'EXAMEN DE LA DÉCISION DU MINISTRE : DES MOTIFS JURIDIQUES DE NE PAS EN CONSIDÉRER LES FONDEMENTS FACTUELS.....	47
Un pouvoir discrétionnaire	47
Un contrôle administratif ou constitutionnel.....	56
Le choix de la norme de contrôle en droit administratif.....	65
PARTIE III – L'EXAMEN DE LA DISPOSITION LÉGISLATIVE : UNE ANALYSE JURIDIQUE QUI ASPIRE À LA LÉGITIMITÉ DES FAITS.....	79
Principe de justice fondamentale et consensus dans la société canadienne	80
Normes et décisions étrangères.....	93
Une démarche contextuelle.....	102
Un fardeau de preuve à réviser.....	105
CONCLUSION.....	115
ANNEXE – DISPOSITIONS LÉGISLATIVES.....	122
TABLES BIBLIOGRAPHIQUES	124

Liste des sigles et des abréviations :

ASFC : Agence des services frontaliers du Canada

C.A.F. : Cour d'appel fédérale

C.F. : Cour fédérale

CIC : Citoyenneté et Immigration Canada

LIPR : *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*

LTTE : Tigres libérateurs de l'Eelam Tamoul

SIAC : *Special Immigration Appeals Commission*

Remerciements

Je souhaite remercier la professeure Danielle Pinard pour le temps et l'énergie qu'elle a consacrés à me guider dans la rédaction de ce mémoire. Nos rencontres de travail ont été de merveilleuses opportunités d'échanger nos idées. Ses questions, ses commentaires et ses encouragements ont grandement enrichi mes réflexions et m'ont fourni l'énergie nécessaire pour compléter ce mémoire.

La puissance des faits qui sont tus : la Cour suprême du Canada et l'expulsion vers la torture

Dans une étude financée par la Commission européenne visant à définir la relation entre la liberté et la sécurité, les auteurs concluent, à propos des rapports entre la sécurité et les droits fondamentaux :

« *The challenge before us does not lie in the mysterious task of identifying some acceptable balance between claims about security and claims about liberty. It lies in the need for much more rigorous scrutiny of the conditions under which claims about security warrant the suspension of liberties and freedoms*». ¹

Suresh : la possibilité d'expulsion vers la torture

L'aliéna 3(1) de la *Convention contre la torture* interdit de manière absolue aux États parties d'expulser ou de refouler une personne vers un autre État où de sérieux motifs laissent croire qu'elle risque d'être soumise à la torture². En fait, l'interdiction du recours à la torture est devenue une norme impérative du droit international public, autrement dit une règle *jus cogens* à laquelle les États ne peuvent déroger³. L'interdiction s'étend aux agissements directs et indirects par lesquels l'État pourrait assujettir une personne à la torture. En d'autres mots, la *Convention contre la torture* prohibe aussi le renvoi d'une personne dans un pays où elle risque la torture. Dans

¹ EUROPEAN LIBERTY AND SECURITY (ELISE), *Security Issues, Social Cohesion and Institutional Development of the European Union. Elise Final Synthesis Report*, [Ressource électronique], en ligne : <http://www.libertysecurity.org/article793.html> (site consulté le 3 mai 2009).

² *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85, al. 3(1).

³ Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a déclaré, dans *Prosecutor v. Furundžija. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 2002, 121 International Law Reports 213, que l'interdiction du recours à la torture était une règle *jus cogens*. J.-Maurice ARBOUR, dans *Droit international public*, 3^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1997, p. 33-34, explique que les normes *jus cogens* sont des normes impératives du droit international qui constituent un ordre public international fondé sur une morale objective universelle que les États ne peuvent transgresser. Voir aussi la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 18 décembre 1980, 1155 R.T.N.U. 13, art. 53 et 64.

*Chahal c. Royaume-Uni*⁴, la Cour Européenne des Droits de l'Homme prohibe de manière absolue l'expulsion de personnes vers des États où elles risquent la torture. La Cour écrit que les agissements de la victime ou les motifs de l'État pour renvoyer une personne, même les motifs relevant de la sécurité nationale, ne sauraient autoriser le renvoi d'une personne vers un pays où elle risque d'être torturée⁵. Depuis cette décision, l'ensemble des pays signataires de la *Convention européenne des droits de l'homme*⁶ ne peut sous aucun prétexte renvoyer des personnes dans un pays où elles risquent la torture.

Le Canada, membre de la communauté internationale et partie à la *Convention contre la torture*, ne respecte pas cette règle. L'aliéna 3(1) de la *Convention contre la torture* n'a pas été intégré en droit canadien. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration peut expulser une personne vers un pays où elle risque la torture. En 1999, le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies s'est dit « préoccupé par la position adoptée par le Canada selon laquelle il est en droit d'invoquer les exigences supérieures de sa sécurité pour justifier le transfert de certaines personnes vers des pays où elles sont exposées à des risques graves de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants »⁷. Le Comité a recommandé au Canada de se conformer à l'article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁸ en s'acquittant de son obligation de ne jamais expulser,

⁴ *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, Recueil 1996-V, p. 1869-1870.

⁵ *Id.*, par. 79-80.

⁶ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. no 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953), art. 3 (ci-après « *Convention européenne des droits de l'homme* »).

⁷ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Observations finales du Comité des droits de l'homme. Canada. 07/04/99, CCPR/79/Add.105*, par. 13.

⁸ 23 mars 1976, 999 R.T.N.U. 171, art. 7 : « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique ».

extrader ni transférer de quelque façon que ce soit une personne vers un endroit où elle risque sérieusement d'être soumise à la torture⁹.

La Cour suprême du Canada a examiné la compatibilité du renvoi d'une personne dans un pays où elle risque la torture avec l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰ dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹¹. La Cour suprême conclut que, généralement, l'expulsion d'une personne dans un pays où elle risque la torture violera les principes de justice fondamentale. Elle affirme cependant qu'il pourrait exister des circonstances exceptionnelles qui justifieraient une telle démarche¹². Cette exception va directement à l'encontre des règles internationales et de la position adoptée par l'ensemble des pays européens. Une dérogation aussi importante à la tendance internationale est éminemment discutable et doit nécessairement être adéquatement motivée pour persuader de son bien-fondé. Une des questions centrales dans *Suresh* est de déterminer si l'expulsion vers la torture est conforme aux principes de justice fondamentale prévus à l'article 7 de la *Charte canadienne*¹³. Pour rendre une décision à cet égard, la Cour suprême écrit que les principes de justice fondamentale doivent être dégagés d'une démarche contextuelle et qu'elle doit déterminer si l'expulsion vers la torture « choquerait la conscience des Canadiens »¹⁴. Il s'agit de questions de fait que la Cour suprême aborde sans pourtant discuter de l'assise factuelle de son raisonnement et en omettant des faits incontournables qui ont clairement joué un rôle majeur dans ses conclusions. Je pense aux contextes en matière de sécurité nationale et d'immigration.

⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Observations finales du Comité des droits de l'Homme. Canada. 07/04/99*, préc., note 7, par. 13.

¹⁰ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 7 (ci-après « *Charte* » ou « *Charte canadienne* »).

¹¹ [2002] 1 R.C.S. 3 (ci-après « *Suresh* »).

¹² *Id.*, par. 76.

¹³ *Id.*, par. 44.

¹⁴ *Id.*, par. 45 et 49.

Perelman écrit que motiver un jugement, c'est le justifier et chercher à obtenir l'adhésion raisonnée de l'auditoire qu'il vise¹⁵. Il écrit aussi que la « logique judiciaire est centrée entièrement non sur l'idée de vérité, mais sur celle d'adhésion »¹⁶. Il explique que, pour parvenir à l'adhésion, il faut tout d'abord établir les accords préalables sur lesquels le raisonnement s'appuiera. Les accords préalables portent *d'abord sur les faits*¹⁷. Perelman conclut que le débat judiciaire et la logique juridique ne concernent que le choix des prémisses qui seront le mieux motivées et qui soulèveront le moins d'objections. Il écrit que « [c]'est le rôle de la logique formelle de rendre la conclusion solidaire des prémisses, mais que c'est celui de la logique juridique de montrer l'acceptabilité des prémisses »¹⁸. Dans *Suresh*, il semble que la Cour suprême ait négligé d'identifier explicitement les prémisses factuelles sur lesquelles elle s'est basée pour en arriver à ses conclusions.

Pardini met en évidence la relation entre le « fait » et les normes constitutionnelles. Le schéma traditionnel du contrôle constitutionnel consiste à comparer une norme législative aux normes constitutionnelles. Pardini note l'influence de l'ordre social sur l'application des règles constitutionnelles¹⁹. Il écrit que « [l]'objet du jugement de constitutionnalité ne serait pas seulement un énoncé abstrait [...] mais une "relation" entre cette norme et le contexte social »²⁰. Pardini parle de « qualification constitutionnelle des faits » lorsqu'il renvoie au traitement par le juge constitutionnel des faits qui sont le fondement d'une norme²¹. Lorsque la Cour suprême entreprend sa démarche contextuelle et tente d'identifier le consensus dans la société canadienne

¹⁵ Chaïm PERELMAN, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », dans Chaïm PERELMAN et P. FORTIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, Société anonyme d'éditions juridiques et scientifiques, 1978, 415, à la page 425.

¹⁶ Chaïm PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 174.

¹⁷ *Id.*, p. 174.

¹⁸ *Id.*, p. 176.

¹⁹ Jean-Jacques PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris, Economica; Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 51.

²⁰ *Id.*, p. 53.

²¹ *Id.*, p. 103.

sur l'existence d'un principe de justice fondamentale, elle s'adonne à cet exercice de qualification constitutionnelle des faits. Pour reprendre une expression à laquelle se réfère Pardini, « le fait dicte le droit »²². Dans la mesure où la Cour suprême s'appuie sur l'existence de certains faits sociaux pour définir une norme constitutionnelle, il semble qu'elle a un devoir de traiter adéquatement ces faits dans son jugement.

Le juge Robert Legros de la Cour de cassation de Bruxelles explique que « [l]e juge doit donner les raisons de sa décision, de la thèse qu'il adopte, justifier son dispositif. Les fondements de cette obligation sont évidents : garantie contre l'arbitraire, contre l'influence des vues personnelles, [...] contrôle obligé du raisonnement, méditation de la décision, indications précises en vue [d'un contrôle ou d'un appel] »²³. Dans le cas de la Cour suprême, les motifs deviennent des directives pour les instances inférieures. Le juge Legros explique que, pour motiver son appréciation des faits, le juge doit normalement énoncer les éléments qui ont formé sa conviction, qu'il s'agisse de documents écrits, de témoignages, d'aveux, d'expertises ou de présomptions²⁴. Pourtant, le traitement des faits et de la preuve par la Cour suprême dans *Suresh* est quasi inexistant. Lorsque la Cour mentionne des faits, ils sont de sources inconnues ou douteuses du point de vue de la preuve.

Dans ce mémoire, j'explore les motifs qui pourraient expliquer le traitement anémique des faits et de la preuve par la Cour suprême dans une décision qui ouvre la porte au renvoi d'une personne vers la torture, une violation des droits humains des plus graves. Je me penche sur les faits en matière de sécurité nationale et d'immigration qui, quoiqu'ils soient dans la décision, étaient incontournables dans le traitement de cette question. Je me penche aussi sur une conclusion de fait de la Cour qui ne s'appuie sur aucune preuve, c'est-à-dire l'existence d'un consensus dans la société canadienne sur le principe de justice fondamentale qui admet

²² *Id.*, p. 28.

²³ Robert LEGROS, « Considérations sur les motifs », dans Chaïm PERELMAN et P. FORTIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, Société anonyme d'éditions juridiques et scientifiques, 1978, 7, à la page 7.

²⁴ *Id.*, p. 13-14.

exceptionnellement l'expulsion d'une personne dans un pays où elle risque la torture. Finalement, j'étudie les difficultés de la démonstration d'une atteinte aux droits garantis par l'article 7, dans l'éventualité où la Cour souhaiterait sérieusement se pencher sur les questions de fait dans un cas comme celui de *Suresh*. Mon analyse vise à mettre en relief comment l'absence de traitement des faits et de la preuve affecte la légitimité – la force persuasive – de la décision de la Cour suprême.

Dans un premier temps, je décris les dispositions en cause de la *Loi sur l'immigration*²⁵ dans *Suresh*, en faisant référence aux dispositions de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), qui a remplacé cette première loi en juin 2002²⁶. J'aborde les notions clés en droit de l'immigration qui sous-tendent l'émission d'un avis de danger par le ministre de Citoyenneté et Immigration Canada²⁷. Puis, je résume les procédures et les conclusions de la Cour, et j'extrais les faits mentionnés qui soutiennent ces dernières.

Dans un deuxième temps, je me penche sur les faits incontournables que la Cour suprême ne mentionne pas. J'examine d'une part le contexte de la sécurité nationale, qui a sûrement influencé les juges considérant que le 22 mai 2001 se tenait l'audience devant la Cour suprême, que le 11 janvier 2002, la Cour suprême rendait sa décision, et qu'entre temps avaient eu lieu les attentats du 11 septembre 2001 à New York. Je considère d'autre part le contexte de l'immigration, marqué par le recours à de larges pouvoirs discrétionnaires concentrés dans les mains du pouvoir exécutif et par des politiques législatives qui historiquement accordent un traitement différent aux étrangers par rapport aux citoyens canadiens, et ce, même à l'ère de la *Charte canadienne*.

Cette mise en contexte permet de comprendre l'attitude de très grande retenue de la Cour suprême à l'égard de la décision du ministre dans *Suresh* et la faiblesse du

²⁵ L.R.C. 1985, c. I-2.

²⁶ L.R.C. 1985, c. 27.

²⁷ Ci-après « ministre ».

traitement par la Cour des faits pertinents à l'affaire. La Cour prétend que son traitement minimaliste des faits s'explique par la déférence qu'elle doit avoir à l'égard des décisions discrétionnaires d'un ministre. La Cour justifie sa retenue à l'égard de la décision du ministre par le biais des normes de contrôle en droit administratif. L'explication de la Cour suprême qui soutient l'application d'une norme de contrôle avec le plus haut niveau de retenue à l'égard de la décision du ministre semble non fondée, sans compter qu'elle entre en contradiction avec la décision *Multani* rendue ultérieurement²⁸. Je constate que cette attitude de retenue est un des freins, ou une des excuses, qui limitent l'examen par la Cour des faits et de la preuve dans *Suresh*. Je prétends que la Cour ne peut donner carte blanche au ministre lorsque les droits fondamentaux d'une personne sont en jeu.

Dans un troisième temps, je me penche sur les motifs de la Cour suprême menant à la conclusion que la justice fondamentale permet l'expulsion d'une personne vers la torture dans des circonstances extraordinaires. J'aborde l'approche contextuelle qui joue un rôle déterminant dans la décision de la Cour suprême, mais qui porte sur du droit plutôt que sur des faits. J'examine comment la Cour arrive à la conclusion qu'il existe un consensus dans la société canadienne sur le principe qu'elle énonce. Bien que ce consensus soit, selon moi, un fait social, la Cour puise uniquement dans le droit et la jurisprudence pour le cerner. La Cour suprême semble avoir recours à la notion de « ce qui choque la conscience des Canadiens » comme à une figure de style plutôt que comme à un indicateur au sens propre de ce que sont les principes de justice fondamentale.

Finalement, dans l'éventualité où la Cour contrôlerait de nouveau les dispositions autorisant le renvoi d'une personne dans un pays où elle risque d'être torturée et ferait un examen sérieux de la preuve, j'analyse le fardeau et l'objet de la preuve qui devrait être présentée.

²⁸ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256 (ci-après « *Multani* »).

Les dispositions législatives

Essentiellement, l'ancienne *Loi sur l'immigration* et la LIPR régissent le droit des personnes d'entrer au Canada et d'y demeurer. Dans cette section, je me réfère aux dispositions de l'ancienne et de la nouvelle loi sur l'immigration. Malgré la reformulation de l'aliéna 53(1) de la *Loi sur l'immigration* dans la nouvelle loi à l'alinéa 115(2) LIPR, la substance de ces dispositions demeure la même²⁹. La *Loi sur l'immigration* et la LIPR créent différents régimes juridiques associés aux citoyens, aux résidents permanents, aux réfugiés, aux personnes à protéger³⁰ et aux étrangers. Si les citoyens ont en tout temps un droit non qualifié d'entrer au Canada et d'y demeurer³¹, les personnes qui possèdent un autre statut doivent remplir certaines conditions pour entrer et demeurer au Canada. Un résident permanent³² est une personne qui a acquis le droit de demeurer au Canada de façon permanente³³, mais qui doit tout de même remplir certaines conditions afin de conserver ce statut³⁴. Les personnes qui demandent le statut de réfugié ou de personne à protéger sont considérées comme des personnes qui demandent le statut de résident permanent³⁵. Finalement, un étranger est une personne qui n'est ni un citoyen, ni un résident

²⁹ Les deux articles énoncent des exceptions au principe de non-refoulement qui interdit l'expulsion d'une personne dans un pays où elle risque d'être persécutée ou torturée. Essentiellement, cette exception vise les personnes qui selon l'avis du ministre constituent un danger pour la sécurité du Canada. Le texte de ces dispositions est en annexe à la page 122.

³⁰ Le statut de personne à protéger n'existait pas dans la *Loi sur l'immigration*, il s'agit d'un nouveau statut prévu à l'article 97 LIPR.

³¹ *Loi sur l'immigration*, art. 4; LIPR, art. 19. Les citoyens canadiens ne peuvent pas être expulsés du Canada. Par contre, les citoyens canadiens peuvent être extradés dans un pays étranger. L'expulsion vise le renvoi de personnes qui ne sont pas des Canadiens parce qu'ils ne sont plus autorisés à demeurer sur le territoire. L'extradition est une procédure par laquelle un État livre un suspect ou une personne condamnée d'une infraction à un État étranger qui le réclame, pour qu'il puisse y être jugé ou exécuter sa peine.

³² *Loi sur l'immigration*, art. 2; LIPR, art. 2.

³³ *Loi sur l'immigration*, art. 5; LIPR, art. 27.

³⁴ Par exemple, l'obligation d'être présent au Canada au moins 730 jours sur une période de cinq ans, LIPR, art. 28. Des conditions différentes étaient prévues sous la *Loi sur l'immigration*, art. 24(2).

³⁵ LIPR, al. 99(4).

permanent³⁶. En d'autres mots, il s'agit de toute autre personne qui n'a pas le droit de demeurer au Canada de façon permanente.

Seuls les non-citoyens canadiens peuvent être renvoyés du Canada ou être visés par un avis de danger³⁷. Autrement dit, les résidents permanents, les réfugiés, les personnes à protéger et les étrangers peuvent être expulsés du Canada après l'émission d'un avis de danger à leur égard, tandis que les citoyens canadiens ne peuvent être expulsés dans aucun cas.

Les avis de danger sont une exception au principe de non-refoulement³⁸ qui interdit de renvoyer une personne dans un pays où elle risque la persécution ou la torture. Ce principe bénéficie à toutes les personnes qui sont au Canada qui ne sont pas des citoyens canadiens, en l'occurrence, aux demandeurs d'asile qui ont obtenu le statut de réfugié³⁹ ou de personne à protéger⁴⁰, ou à toute autre personne qui a démontré qu'elle risque la persécution ou la torture si elle est renvoyée, même si elle n'a pas formellement obtenu le statut de réfugié ou de personne à protéger. Dans un premier temps, je décris les personnes qui bénéficient du principe de non-refoulement. Dans un deuxième temps, j'aborde les conditions d'émission d'un avis de danger qui permet le renvoi de ces personnes, nonobstant le principe de non-refoulement.

En ce qui a trait aux réfugiés, la formalisation juridique de ce statut s'est faite après l'Holocauste, lorsque les gouvernements ont reconnu la nécessité d'obliger formellement et légalement les pays à accueillir les réfugiés avec l'adoption en 1951

³⁶ LIPR, art. 2. Dans la *Loi sur l'immigration*, art. 2, il est question de « visiteur ».

³⁷ L'expression « avis de danger » est tirée de CITOYENNETÉ IMMIGRATION CANADA, *Guide des politiques et des programmes de Citoyenneté et Immigration Canada. ENF 28 Avis du ministre sur le danger pour le public et la sécurité du Canada*, [Ressource électronique], éd. rév., en ligne :

<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/index.asp> (site consulté le 4 mai 2009).

³⁸ *Loi sur l'immigration*, art. 53(1); LIPR, art. 115(1).

³⁹ *Loi sur l'immigration*, art. 2(1); LIPR, art. 96.

⁴⁰ LIPR, art. 97.

de la *Convention relative au statut des réfugiés*⁴¹. Selon cette convention, un réfugié désigne toute personne qui, « craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays »⁴². Cette définition de la *Convention sur les réfugiés* a été intégrée dans la LIPR⁴³. Bien évidemment, la torture est une forme de persécution.

Un demandeur d'asile peut aussi obtenir la protection du Canada en se voyant attribuer le statut de personne à protéger. Ce statut est destiné aux personnes qui risquent sérieusement d'être menacées, ou soumises à la torture⁴⁴ ou à des traitements ou peines cruels et inusités⁴⁵. Les risques définis à l'article 97 LIPR sont plus restreints que les risques qui tombent sous la définition de persécution⁴⁶. Toutefois, le demandeur d'asile n'a pas à prouver que ces risques sont reliés à un des motifs énumérés à l'article 96 LIPR. L'alinéa 97(1)a) LIPR incorpore l'article 1 de la *Convention contre la torture*, qui décrit la torture comme impliquant une souffrance aiguë mentale ou physique, infligée dans le but d'obtenir de l'information, de punir, d'intimider ou pour tout autre motif discriminatoire, par l'État ou avec la complicité d'un État⁴⁷.

⁴¹ *Convention relative au statut des réfugiés*, adoptée le 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 137 (ci-après « *Convention sur les réfugiés* »).

⁴² *Id.*, article premier A.2. La Convention comportait une date butoir, elle ne s'appliquait qu'aux réfugiés d'avant le 1^{er} janvier 1951. Depuis l'entrée en vigueur du *Protocole relatif au statut des réfugiés*, 31 janvier 1967, 606 R.T.N.U. 267, cette restriction n'existe plus et la Convention de 1951 s'applique également aux réfugiés contemporains.

⁴³ *Loi sur l'immigration*, art. 2; LIPR, art. 96.

⁴⁴ LIPR, al. 97(1)a).

⁴⁵ LIPR, al. 97(1)b).

⁴⁶ La persécution peut inclure, par exemple, le harcèlement systématique, qui n'équivaut ni à une menace à la vie, ni à un traitement ou une peine cruel et inusité, ni à la torture. Voir *Rajudeen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*(C.A.F.), [1984] A.C.F. no 601(QL/LN).

⁴⁷ *Convention contre la torture*, art. 1.

Le demandeur d'asile a le fardeau de la preuve et doit donc démontrer qu'il remplit les conditions pour obtenir le statut de réfugié ou de personne à protéger⁴⁸. Toutefois, l'objet de la preuve pour le demandeur du statut de réfugié et de personne à protéger n'est pas le même. Le demandeur du statut de réfugié doit prouver qu'il existe une « chance raisonnable » qu'il soit persécuté s'il retourne dans son pays d'origine⁴⁹. Selon la Cour fédérale, cette expression signifie d'une part que la probabilité de la persécution ne doit pas nécessairement dépasser 50 %, et d'autre part qu'il doit exister davantage qu'une possibilité minimale. Le demandeur de statut de personne à protéger doit prouver qu'il existe un « motif sérieux de croire » qu'il sera torturé. La Cour fédérale a interprété les termes de l'alinéa 97(1)a) LIPR comme signifiant « la probabilité la plus forte » ou « la probabilité plutôt que le contraire » d'un risque de torture⁵⁰, parce que les termes de cet alinéa et de l'article 3 de la *Convention contre la torture* sont presque identiques et portent sur le même sujet. Il s'agit d'un critère plus rigoureux que celui applicable pour obtenir le statut de réfugié.

En règle générale, les demandeurs d'asile qui ont prouvé qu'il existait un risque de persécution ou de torture bénéficient du principe de non-refoulement. Le ministre peut passer outre à cette interdiction de renvoi en émettant un avis de danger⁵¹. La décision d'émettre un avis de danger se subdivise en plusieurs étapes⁵². Le ministre doit déterminer si la personne est interdite de territoire et constitue un danger pour la sécurité du Canada. Il doit ensuite évaluer s'il y a un risque sérieux que cette personne soit torturée si elle est renvoyée dans son pays. Si le ministre répond par l'affirmative à ces premières questions, il doit déterminer si la personne devrait être expulsée du Canada. Pour ce faire, le ministre doit pondérer le danger que représente

⁴⁸ *Loi sur l'immigration*, art. 45(4); LIPR, al. 100(4).

⁴⁹ *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] C.F. 680.

⁵⁰ *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (C.A.F.), [2005] C.F. 239, par. 27-28; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. no 865 (LN/QL), par. 28, 36, 147-152 (ci-après « *Suresh (C.F.)* »).

⁵¹ *Loi sur l'immigration*, art. 53(1); LIPR, art. 115(2).

⁵² *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*(C.A.), [2000] 2 C.F. 592, par. 143 (ci-après « *Suresh (C.A.F.)* »).

la personne pour la sécurité du Canada et le risque qu'elle soit soumise à la torture si elle est renvoyée dans son pays. J'aborde successivement ces différentes étapes.

Les avis de danger sont émis à l'égard de personnes qui sont interdites de territoire au Canada pour grande criminalité⁵³, pour raison de sécurité⁵⁴, pour atteinte aux droits humains ou internationaux⁵⁵, ou pour criminalité organisée⁵⁶. Il doit exister des motifs raisonnables de croire que les faits à la base d'un de ces motifs d'interdiction sont survenus, surviennent ou peuvent survenir⁵⁷.

Une personne peut être déclarée interdite de territoire après la production d'un rapport d'interdiction de territoire par un agent de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) ou de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC). Ces rapports sont émis lorsque les agents concluent qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un des motifs d'interdiction de territoire est applicable à un résident permanent ou à un étranger⁵⁸. Tous les rapports doivent comprendre un exposé des faits justifiant l'avis d'interdiction de territoire et indiquer les faits précis sur lesquels cet avis se fonde⁵⁹.

⁵³ *Loi sur l'immigration*, art. 19(1)c) à c.1); LIPR, art. 36.

⁵⁴ *Loi sur l'immigration*, art. 19(1)e) à g); LIPR, art. 34.

⁵⁵ *Loi sur l'immigration*, art. 19(1)j); LIPR, art. 35.

⁵⁶ *Loi sur l'immigration*, art. 19(1)c.2); LIPR, art. 37.

⁵⁷ LIPR, art. 33.

⁵⁸ *Loi sur l'immigration*, art. 20; LIPR, al. 44(1). CITOYENNETÉ IMMIGRATION CANADA, *Guide des politiques et des programmes de Citoyenneté et Immigration Canada. ENF 5 Rédaction des rapports en vertu du L44(1)*, [Ressource électronique], éd. rév., en ligne : <http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/index.asp> (site consulté le 4 mai 2009). Ce guide prévoit que le rapport de l'agent doit entre autres être écrit, être adressé au Ministre, contenir les articles de la LIPR en vertu desquels l'agent a forgé l'opinion que la personne est interdite de territoire.

⁵⁹ CITOYENNETÉ IMMIGRATION CANADA, *Guide des politiques et des programmes de Citoyenneté immigration Canada. ENF 5 Rédaction des rapports en vertu du L44(1)*, préc., note 58. Le guide fournit l'exemple suivant : en appliquant l'alinéa 36(2)b) LIPR, il ne suffit pas pour l'agent de déclarer que la personne a été accusée d'une infraction. Le rapport doit donner toutes les raisons de l'interdiction de territoire avec une description de l'infraction, le lieu, la date où elle aurait eu lieu, la loi en vertu de laquelle cette infraction est punissable et la peine maximale d'emprisonnement qui peut être imposée.

Une fois que l'agent a rédigé son rapport, il l'envoie au ministre, qui le révisé et décide s'il doit entamer les procédures de renvoi du Canada⁶⁰.

Une personne peut aussi être déclarée interdite de territoire après la production d'un certificat de sécurité⁶¹. Ce certificat de sécurité est déposé en Cour fédérale⁶² pour qu'un juge désigné décide de son caractère raisonnable⁶³. La procédure de contrôle de ce certificat se déroule selon des règles qui privent la personne désignée de l'accès à la totalité ou à une partie des renseignements⁶⁴ sur la foi desquels le certificat a été délivré. Les renseignements sont gardés confidentiels et ne sont révélés ni à la personne visée par le certificat ni à son avocat⁶⁵. En d'autres mots, quand une personne est déclarée interdite de territoire par le biais d'un certificat de sécurité plutôt que par le biais d'un rapport d'interdiction de territoire, une partie ou la totalité des renseignements qui soutiennent l'interdiction de territoire peuvent être gardés secrets⁶⁶.

⁶⁰ LIPR, al. 44(2).

⁶¹ LIPR, art. 77(1). Dans la *Loi sur l'immigration*, art. 38.1 à 40.1, il s'agissait d'une attestation. L'émission du certificat entraîne la détention de la personne visée (*Loi sur l'immigration*, art. 40.1(7) à (8); LIPR, art. 82 à 84). Dans la décision *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 882, le juge Noël décrit l'objet de l'examen du juge appelé à contrôler les motifs du mandat d'arrestation et du maintien de la détention en vertu des alinéas 82(1) et 82(3) LIPR.

⁶² *Loi sur l'immigration*, art. 40.1(3); LIPR, art. 77(1).

⁶³ *Loi sur l'immigration*, art. 40.1(4); LIPR, art. 80.

⁶⁴ L'article 76 LIPR définit « renseignements » comme étant les renseignements en matière de sécurité ou de criminalité, ainsi que ceux qui sont obtenus sous le sceau du secret de source canadienne, du gouvernement d'un État étranger ou d'une organisation internationale mise sur pied par des États ou l'un de leurs organismes. Voir *Loi sur l'immigration*, art. 40.1(5.1).

⁶⁵ *Loi sur l'immigration*, art. 40.1(5.1)b); LIPR, al. 78h).

⁶⁶ L'équivalent de la procédure des certificats de sécurité existait déjà à la fin des années 60. Voir Ninette KELLEY et Michael TREBILCOCK, *The Making of the Mosaic. A History of Canadian Immigration Policy*, Toronto Buffalo London, University of Toronto Press, 2000, p. 369.

La constitutionnalité des dispositions sur les certificats de sécurité a été contrôlée dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*⁶⁷. La Cour note que la plupart, sinon la totalité des documents examinés par le juge de la Cour fédérale sont produits par le gouvernement et que seul le juge peut les passer au crible pour déterminer s'ils sont fiables et suffisants. La personne visée est privée d'une très grande partie, sinon de la totalité des renseignements sur lesquels s'appuie le ministre, elle ne peut donc se prévaloir des garanties que procure le système contradictoire telles que la possibilité de corriger des erreurs, de relever des omissions, d'attaquer la crédibilité des informateurs ou de réfuter des informations⁶⁸. Il en résulte, selon la Cour suprême, que le juge désigné pourrait rendre une décision sur une partie seulement de la preuve pertinente⁶⁹. La Cour suprême conclut qu'il y a une atteinte aux droits garantis à l'article 7 de la *Charte canadienne*⁷⁰ et que cette atteinte n'est pas justifiée dans une société libre et démocratique⁷¹.

Le ministre qui émet un certificat de sécurité n'est pas tenu de respecter les règles de preuve en matière civile ou pénale pour démontrer le caractère raisonnable du certificat de sécurité. Le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il

⁶⁷ [2007] 1 R.C.S. 350 (ci-après « *Charkaoui I* »). La constitutionnalité des dispositions sous l'ancienne *Loi sur l'immigration* concernant les attestations a été contrôlée dans *Ahani c. Canada*, [1996] A.C.F. no 937 (C.A.F.)(QL/LN), les juges de la Cour d'appel adhérant complètement aux motifs de la juge McGillis en première instance, *Ahani c. Canada* (1^{re} inst.), [1995] 3 F.C. 669; autorisation d'appel à la Cour suprême refusée, [1997] 2 R.C.S. V.

⁶⁸ *Charkaoui I*, préc., note 67, par. 53-54.

⁶⁹ *Id.*, par. 48-52.

⁷⁰ *Id.*, par. 65.

⁷¹ *Id.*, par. 70-87. La Cour conclut qu'il existe des solutions moins attentatoires que la procédure en place, dont la procédure sous l'ancienne *Loi sur l'immigration* (par. 70-76) et les ordonnances de non-divulgaration de renseignements en vertu de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5 (par. 77). Suivant cette conclusion que l'aliéna 78g) LIPR autorise l'utilisation de renseignements qui ne sont jamais communiqués à la personne désignée, sans établir de mesures adéquates pour pallier cette absence de communication, la Cour a suspendu la prise d'effet de sa déclaration d'invalidité pour une période d'un an pour donner au législateur le temps de modifier la loi (par. 140). Voir les nouvelles dispositions concernant l'avocat spécial, LIPR, art. 85 à 85.6, modifiées par la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, projet de loi C-3, sanction royale du 14 février 2008.

estime utile, même ceux qui sont normalement inadmissibles en justice, et peut fonder sa décision sur ceux-ci⁷². En d'autres mots, le juge peut appuyer sa décision sur toute preuve qu'il juge crédible. Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur et sans appel⁷³.

Les avis de danger visent des personnes qui non seulement sont interdites de territoire, mais constituent aussi un danger pour le public canadien ou la sécurité du Canada. Il s'agit d'une question distincte que le ministre doit spécifiquement trancher. Dans *Suresh (C.A.F.)*, le juge Robertson précise qu'une personne ne constitue pas un danger pour la sécurité du Canada du seul fait qu'elle appartient à une catégorie de personnes interdites de territoire⁷⁴. La juge Dawson de la Cour fédérale écrit que la démonstration d'un danger pour la sécurité du Canada doit être étayée par « la preuve d'une grave menace pour la sécurité nationale » qui aura été portée à la connaissance du décideur⁷⁵. Il doit y avoir une évaluation indépendante faite par le décideur de la gravité du risque pour le Canada. Il s'agit d'une question différente de celle qu'examine le juge de la Cour fédérale lorsqu'il doit analyser le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité⁷⁶. Dans le cadre d'un examen du caractère raisonnable d'un certificat de sécurité, le juge de la Cour fédérale examine s'il existe des motifs raisonnables pour l'émission du certificat, tandis que, dans le cas d'un avis de danger, le ministre doit se prononcer sur la nature ou l'importance du risque que représente une personne pour la sécurité du Canada⁷⁷. L'objet de la preuve à cette étape est donc plus exigeant qu'une preuve des motifs raisonnables de croire qu'une personne est interdite de territoire.

⁷² *Loi sur l'immigration*, art. 40.1(5); LIPR, art. 78j).

⁷³ *Loi sur l'immigration*, art. 40.1(7); LIPR, art. 81.

⁷⁴ *Suresh (C.A.F.)*, préc., note 52, par. 62.

⁷⁵ *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 156 (ci-après « *Mahjoub* »), par. 48. *Suresh*, préc., note 11, par. 89.

⁷⁶ *Mahjoub*, préc., note 75, par. 57.

⁷⁷ *Id.*, par. 5, 52 et 57.

L'analyse du ministre pour l'émission de l'avis de danger ne peut se limiter à l'interdiction de territoire et au danger que représente la personne pour la sécurité du Canada. Dans *Suresh*, la Cour suprême précise que l'article 7 de la *Charte canadienne* exige que le ministre détermine s'il existe un risque sérieux qu'une personne soit soumise à la torture et qu'il pondère le danger pour le Canada par rapport au risque pour cette personne si elle est refoulée⁷⁸.

La Cour suprême qualifie la question de l'existence de risques sérieux que la personne soit soumise à la torture de « question préliminaire de fait »⁷⁹. L'objet de la preuve à cette étape est le même que celui qui s'applique aux personnes qui demandent le statut de personne à protéger en vertu de l'article 97 LIPR⁸⁰. Dans la décision *Suresh (C.A.F.)*, le juge Robertson écrit que le degré de risque de torture requis pour satisfaire au critère des « motifs sérieux » est la « probabilité la plus forte »⁸¹. La personne doit présenter une preuve qu'elle sera personnellement exposée au risque⁸². Le juge Robertson précise que la personne ne peut se décharger du fardeau de prouver que le renvoi l'expose à un risque sérieux de torture en s'appuyant sur le fait qu'on lui a reconnu le statut de réfugié ou de personne à protéger. D'une part, parce que l'évaluation de risque doit être effectuée à la date à laquelle le ministre informe la personne qu'il envisage de délivrer un avis de danger : autrement dit, le risque de torture doit être actuel⁸³. D'autre part, parce qu'il se peut que le risque de torture ne soit pas relié aux motifs indiqués dans la revendication de statut de réfugié ou de personne à protéger⁸⁴. Dans l'éventualité où le décideur conclut qu'il

⁷⁸ *Suresh*, préc., note 11, par. 27.

⁷⁹ *Id.*, par. 27.

⁸⁰ *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)(C.A.F.)*, [2005] 3 R.C.F. 239, 2005 FCA 1, par. 27-28.

⁸¹ *Suresh (C.A.F.)*, préc., note 52, par. 150-152. Le juge Robertson écrit qu'il s'agit du même critère de base que celui énoncé à l'article 3 de la *Convention contre la torture* que le Canada a signée (par. 147). La Cour suprême n'a pas remis en question ces conclusions du juge Robertson.

⁸² *Id.*, par. 153.

⁸³ *Id.*, par. 149-150.

⁸⁴ *Id.*, par. 149.

n'existe pas de risque sérieux de torture, il n'a pas à procéder à la pondération du risque par rapport au danger que cette personne représente pour le Canada⁸⁵.

Dans les cas où la personne constitue un danger pour le Canada, mais risque d'être torturée si elle est refoulée dans son pays, le ministre doit pondérer le risque pour cette personne par rapport au danger pour le Canada si cette dernière demeure au pays. La dernière partie de l'analyse vise à déterminer si le renvoi de la personne protégée choquerait la conscience des Canadiens au point de violer les droits garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne*⁸⁶.

La décision

L'affaire *Suresh* concerne Manickavasagam Suresh, qui a obtenu en 1991 le statut de réfugié au Canada, statut lui permettant de bénéficier notamment du principe de non-refoulement⁸⁷. Suresh a ensuite demandé le statut de résident permanent, mais ses démarches ont été interrompues par des procédures entamées contre lui afin de l'expulser du Canada pour des raisons de sécurité.

Dans un premier temps, le ministre de l'Immigration et le solliciteur général⁸⁸ ont émis une attestation en vertu de l'article 40.1 de l'ancienne *Loi sur l'immigration*⁸⁹,

⁸⁵ *Krishnan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 846, par. 29.

⁸⁶ *Suresh*, préc., note 11, par. 27; *Suresh (C.A.F.)*, préc., note 52, par. 76-79; et *Ragupathy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)(C.A.F.)*, [2007] 1 R.C.F. 490, 2006 CAF 151, par. 19, où le juge Evans écrit : « L'analyse du risque et la comparaison subséquente du danger et du risque ne sont pas expressément exigées par le paragraphe 115(2) qui parle uniquement de grande criminalité et de danger pour le public. Ces éléments ont en fait été ajoutés à l'avis relatif au danger pour le public, de façon à pouvoir décider si le renvoi de la personne protégée choquerait la conscience des Canadiens au point de violer le droit, garanti par l'article 7 à cette personne, de n'être privé de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

⁸⁷ *Loi sur l'immigration*, art. 53(1); maintenant LIPR, a. 115(1).

⁸⁸ Maintenant le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique.

⁸⁹ Maintenant un certificat de sécurité, LIPR, art. 77(1).

attestation qui a été déposée en Cour fédérale pour que celle-ci décide si elle était raisonnable compte tenu des éléments de preuve et de l'information à sa disposition. Au même moment, Suresh était mis en détention⁹⁰. L'attestation s'appuyait sur l'opinion du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) selon laquelle Suresh était membre des Tigres libérateurs de l'Eelam Tamoul (LTTE). En août 1997, la Cour fédérale confirmait l'attestation⁹¹.

Une audience relative à l'expulsion de Suresh a été tenue, au cours de laquelle il a été conclu que Suresh devait être renvoyé du Canada pour cause d'appartenance à une organisation terroriste⁹². Le même jour, le ministre informait Suresh de son intention d'émettre un avis de danger en vertu de l'alinéa 53(1)b) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, qui permet d'expulser un réfugié pour des raisons de sécurité, même s'il existe un risque qu'il soit torturé à son retour dans son pays d'origine. La Cour suprême rapporte que Suresh a présenté en réponse des observations écrites et des éléments de preuve documentaires, notamment des rapports faisant état de la torture, de la disparition et de l'exécution de personnes soupçonnées d'être membre du LTTE⁹³, qui ont été examinés par un agent de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) qui a ensuite recommandé au ministre d'émettre un avis de danger à l'égard de Suresh⁹⁴.

La Cour suprême rapporte qu'en janvier 1998, le ministre a déclaré dans un avis de danger « que Suresh constituait un danger pour la sécurité du Canada et devait être expulsé⁹⁵ ». Suresh n'a jamais eu l'opportunité de voir ou de commenter la recommandation qui avait été faite par l'agent de CIC au ministre. La Cour suprême précise que l'alinéa 53(1)b) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* n'exigeait pas que les

⁹⁰ *Suresh*, préc., note 11, par. 9.

⁹¹ *Suresh (Re)*, [1997] A.C.F. no 1537 (LN/QL) (juge Teitelbaum); *Suresh*, préc., note 11, par. 13.

⁹² *Suresh*, préc., note 11, par. 14.

⁹³ *Id.*, par. 15.

⁹⁴ *Id.*, par. 16.

⁹⁵ *Id.*, par. 16.

décisions prises sous son régime soient motivées, ce pourquoi celle rendue par le ministre en l'espèce ne l'avait pas été⁹⁶.

La Cour suprême poursuit en écrivant que « Suresh a saisi la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire, plaidant que la décision du ministre était déraisonnable [...] et que la Loi violait les art. 7 et 2 de la *Charte* »⁹⁷. Cette demande a été rejetée par le juge McKeown⁹⁸. Suresh a interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, qui l'a également débouté⁹⁹. Il a ensuite fait appel à la Cour suprême du Canada. Le contrôle de la décision du ministre d'émettre un avis de danger à l'égard de Suresh soulève plusieurs questions constitutionnelles d'ordres substantif et procédural. Dans cette section, je résume les questions en litige et les conclusions de la Cour suprême. Je m'attarde plus particulièrement sur les faits présentés à l'appui des motifs de la décision.

La Cour suprême se penche préalablement sur la norme de contrôle applicable pour le contrôle de la décision du ministre. Cette décision porte sur l'existence d'un risque sérieux de torture si Suresh est renvoyé du Canada et sur la détermination du danger qu'il représente pour la sécurité du Canada. Selon la Cour suprême, il s'agit de questions de fait.

Pour déterminer la norme de contrôle applicable à la décision du ministre sur l'existence d'un danger pour le Canada, la Cour a recours au cadre d'analyse du droit administratif. Elle conclut que l'on doit appliquer la norme du « manifestement déraisonnable ». Le raisonnement de la Cour s'appuie sur des arguments juridiques, à l'exception d'un fait important qui influence sa conclusion¹⁰⁰. La Cour s'appuie sur le fait que « le ministre a accès à des sources d'information et d'expertise particulières

⁹⁶ *Id.*, par. 16.

⁹⁷ *Id.*, par. 17.

⁹⁸ *Suresh (C.F.)*, préc., note 50.

⁹⁹ *Suresh (C.A.F.)*, préc., note 52.

¹⁰⁰ *Suresh*, préc., note 11, par. 29-38.

en [...] matière [de sécurité nationale] »¹⁰¹. La Cour tire ce fait de la décision de la Chambre des Lords dans *Rehman*¹⁰².

En ce qui a trait à la décision du ministre sur l'existence d'un risque sérieux de torture si Suresh est renvoyé du Canada, la Cour n'énonce pas de norme de contrôle particulière. Elle s'en tient à la conclusion que les tribunaux doivent faire preuve de retenue à l'égard de cette question¹⁰³. La Cour suprême n'applique pas clairement le cadre d'analyse du droit administratif ou le cadre d'analyse constitutionnel à cette question. Elle s'en tient à un raisonnement dénué de références à des faits, et se contente d'affirmer qu'il s'agit d'une question hautement factuelle, que « [c]es questions échappent en grande partie au champ d'expertise des tribunaux de révision et [que] leur aspect juridique est négligeable»¹⁰⁴. Il est difficile de comprendre en quoi le fait de constater que l'existence d'un risque de torture est une question tributaire des faits impose la retenue des tribunaux, alors que cette décision met en jeu les droits fondamentaux de Suresh.

Bien qu'elle commente la norme de contrôle applicable au contrôle de la légalité substantive de la décision du ministre, c'est en vertu d'un manquement à l'équité procédurale que la Cour suprême décide de renvoyer l'affaire au ministre afin qu'il réexamine le cas de Suresh. Ce dernier alléguait que la procédure appliquée pour l'émission d'un avis de danger n'était pas équitable parce que la note de service du fonctionnaire qui recommandait au ministre d'expulser Suresh ne lui avait pas été communiquée. La Cour affirme qu'une « personne susceptible [...] d'être expulsée vers un pays où elle risque la torture doit être informée des éléments invoqués contre elle»¹⁰⁵ et que « sous réserve du caractère privilégié de certains documents et d'autres motifs valables d'en restreindre la communication [...] tous les éléments sur lesquels

¹⁰¹ *Id.*, par. 31.

¹⁰² *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), par. 62.

¹⁰³ *Suresh*, préc., note 11, par. 39.

¹⁰⁴ *Id.*, par. 39.

¹⁰⁵ *Id.*, par. 122.

se fonde la décision doivent être communiqués à l'intéressé, y compris les notes de service¹⁰⁶». En outre, dit la Cour, « la justice fondamentale exige que l'intéressé ait l'occasion de réfuter la preuve présentée au ministre »¹⁰⁷. La Cour conclut que « [l]e ministre doit examiner tant ces observations que celles présentées par ses fonctionnaires »¹⁰⁸. Elle termine en disant que la procédure d'expulsion requise par l'ancienne *Loi sur l'immigration* serait constitutionnelle dans la mesure où elle correspondait aux garanties énoncées dans les motifs de la Cour.

La Cour pose trois questions constitutionnelles substantives sur l'émission d'un avis de danger. Elles sont formulées de la manière suivante :

(1) La *Loi sur l'immigration* permet-elle de procéder, en contravention de la *Charte*, à une expulsion impliquant un risque de torture? (2) Les termes « danger pour la sécurité du Canada » et « terrorisme » sont-ils imprécis au point d'être inconstitutionnels? (3) L'expulsion d'une personne pour cause d'appartenance à une organisation terroriste viole-t-elle de manière injustifiable les droits et libertés d'expression et la liberté d'association garantis par la *Charte*?¹⁰⁹

En ce qui a trait à cette dernière question, qui n'est pas l'objet de mon mémoire, la Cour conclut que les dispositions en cause de la *Loi sur l'immigration* ne portent pas atteinte à la liberté d'expression et à la liberté d'association¹¹⁰. À la question sur l'imprécision des termes « danger pour la sécurité du Canada » et « terroriste », que je n'aborde pas non plus dans ce mémoire, la Cour répond que ces expressions ne sont pas imprécises au point d'être inconstitutionnelles¹¹¹.

En ce qui concerne la constitutionnalité de l'alinéa 53(1) de la *Loi sur l'immigration*, qui autorise le renvoi d'une personne vers un pays où elle risque la torture, la Cour conclut que, « sauf circonstances extraordinaires, une expulsion impliquant un risque de torture violera généralement les principes de justice fondamentale protégés par

¹⁰⁶ *Id.*, par. 122.

¹⁰⁷ *Id.*, par. 122.

¹⁰⁸ *Id.*, par. 122.

¹⁰⁹ *Id.*, par. 25.

¹¹⁰ *Id.*, par. 100-112.

¹¹¹ *Id.*, par. 80-92 (« danger pour la sécurité du Canada »), par. 93-111 (« terrorisme »).

l'art. 7 de la *Charte*»¹¹². La Cour note que les parties s'entendent sur le fait que l'expulsion vers un pays où il existe un risque de torture porte atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne¹¹³. L'examen constitutionnel porte par conséquent sur la conformité de cette atteinte aux principes de justice fondamentale. Le recours aux faits dans cet examen se situe à deux niveaux : premièrement, dans la démarche contextuelle de la Cour, deuxièmement, dans la détermination de ce qui choque la conscience des Canadiens.

La Cour déclare que « les principes de justice fondamentale pertinents sont dégagés au moyen d'une démarche contextuelle »¹¹⁴ et explique « qu'il s'agit essentiellement d'un processus de pondération »¹¹⁵. Une telle démarche contextuelle m'apparaît à tout le moins en partie factuelle. L'analyse du contexte par la Cour suprême ne traite cependant pas de faits et ignore complètement le contexte en matière de sécurité nationale et le contexte en matière d'immigration. La Cour suprême se limite à discuter de questions juridiques, notamment la jurisprudence¹¹⁶.

Une précision importante s'impose quant aux commentaires de la Cour suprême sur l'exercice de pondération. L'exercice de pondération auquel procède la Cour suprême pour définir le principe de justice fondamentale applicable afin de contrôler la conformité de l'alinéa 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration* à l'article 7 de la *Charte canadienne* est distinct de la pondération par le ministre à la troisième étape de son raisonnement lors de l'émission d'un avis de danger. En effet, tel que je l'expliquais dans ma description des dispositions en cause, l'émission d'un avis de danger par le ministre se fait en trois étapes. Premièrement, il doit déterminer si la personne visée est interdite de territoire et constitue un danger pour la sécurité du Canada. Deuxièmement, il doit déterminer si cette personne risque la torture si elle est

¹¹² *Id.*, par. 76.

¹¹³ *Id.*, par. 44.

¹¹⁴ *Id.*, par. 45.

¹¹⁵ *Id.*, par. 45.

¹¹⁶ *Id.*, par. 49-58 (contexte canadien), par. 59-75 (contexte international).

renvoyée du Canada. Troisièmement, le ministre doit pondérer le danger pour le Canada par rapport au risque de torture si la personne est renvoyée, avant de décider si le cas de cette personne doit être considéré comme un cas autorisant une exception au principe de non-refoulement. Le but de cette pondération à la troisième étape n'est pas de définir un principe de justice fondamentale. Si c'était le cas, il y aurait autant de principes de justice fondamentale que de décisions du ministre. La pondération du ministre vise à se conformer à la *Loi sur l'immigration* et au principe de justice fondamentale défini dans *Suresh*. Malheureusement, cette distinction n'est pas toujours des plus claires dans les propos de la Cour suprême¹¹⁷. Bien que la Cour suprême ne contrôle pas la décision du ministre à ce sujet, elle mentionne certains facteurs que le ministre doit prendre en considération lors de cet exercice de pondération. On constate une certaine confusion dans la décision de la Cour suprême entre ces deux exercices de pondération distincts. Dans un même paragraphe, elle écrit que « les principes de justice fondamentale pertinents sont dégagés au moyen d'une démarche contextuelle qui tient compte de la nature de la décision qui doit être rendue »¹¹⁸, ce qui semble indiquer qu'il s'agit d'identifier le principe de justice fondamentale applicable. Cependant, elle poursuit en disant qu'il s'agit essentiellement « d'un processus de pondération [dont] le résultat peut très bien varier d'une affaire à l'autre, selon les facteurs contextuels mis en balance »¹¹⁹. Or, les principes de justice fondamentale ne peuvent clairement pas varier d'une décision du ministre à l'autre. La Cour poursuit en énumérant des facteurs à considérer qui sont personnels et propres aux personnes visées par un avis de danger, tels que « la situation de la personne susceptible d'être expulsée, le danger que cette personne constitue pour la sécurité du Canada ou des Canadiens et la menace terroriste qu'elle représente pour le Canada »¹²⁰. La situation de la personne visée par l'avis de danger ne peut clairement pas être un facteur pour définir les principes de justice fondamentale. Alors que l'identification des principes de justice fondamentale est la

¹¹⁷ *Id.*, par. 45 et 58. Voir aussi la décision *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, où les deux exercices de pondération se confondent.

¹¹⁸ *Id.*, par. 45.

¹¹⁹ *Id.*, par. 45.

¹²⁰ *Id.*, par. 45.

responsabilité des tribunaux¹²¹, la prise en compte dans la pondération des faits propres à la personne devant être expulsée incombe au ministre¹²².

La Cour renvoie à un fait important dans son analyse de la conformité de l'expulsion vers un pays où il existe un risque de torture aux principes de justice fondamentale. La Cour se demande si un tel renvoi « choquerait la conscience des Canadiens »¹²³. Il s'agit, selon moi, d'un fait social. Cela dit, la Cour ne traite pas de la preuve d'un tel fait, et se limite à examiner ses propres décisions, l'historique législatif et les lois¹²⁴.

En résumé, bien que la Cour suprême admette que la définition des principes de justice fondamentale exige l'examen de certains faits, elle ne parle pas de ceux-ci dans sa décision. Le choix d'une norme de contrôle qui exige la retenue de la Cour à l'égard de la décision du ministre n'est pas étranger à la faiblesse du traitement des faits dans *Suresh*. Je poursuis en expliquant pourquoi je crois que l'adoption d'un haut niveau de retenue n'est pas justifiée et comment l'absence de discussion des faits affecte la légitimité et la force persuasive de la décision de la Cour suprême. Mais avant, je pense qu'il faut mettre en contexte la décision dans *Suresh* pour mieux comprendre les motifs de la Cour suprême.

¹²¹ Dans *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer écrit : « les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique et relèvent du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire » (par. 30). Cette définition est reprise intégralement dans *Suresh*, préc., note 11, par. 45.

¹²² La confusion persiste un peu plus loin dans la décision, *Suresh*, préc., note 11, par. 58.

¹²³ *Suresh*, préc., note 11, par. 49.

¹²⁴ *Id.*, par. 49-57.

Partie I – Un contexte factuel déterminant

Dans une affaire concernant l'expulsion d'un étranger pour des motifs reliés à la sécurité nationale vers un pays où il risque la torture, il est pour le moins surprenant que la Cour suprême ne discute ni du contexte de la sécurité nationale ni du contexte de l'immigration. Alors que la décision est rendue peu après les attentats du 11 septembre 2001, la sécurité nationale est la question de l'heure à travers le monde. Depuis plusieurs années déjà s'est créé un lien entre les questions d'immigration et les questions de sécurité nationale. Pourtant, il n'existe pas de preuve sérieuse qu'un meilleur contrôle de l'immigration améliore la sécurité nationale. Je me penche dans la section qui suit sur ces deux contextes qui ont indubitablement influé sur la Cour suprême dans *Suresh*, mais dont on ne retrouve pas de traces dans les motifs de la décision.

La sécurité nationale

Le contexte de la sécurité nationale définit un des intérêts sociétaux qu'il faut pondérer, selon la Cour suprême, pour identifier le principe de justice fondamentale dans *Suresh*, soit « l'intérêt légitime du Canada à combattre le terrorisme, à empêcher que notre pays devienne un refuge pour les terroristes et à protéger la sécurité publique »¹²⁵. Bien que la Cour suprême n'en dise pas plus, le contexte de la sécurité nationale joue un rôle important pour identifier le principe de justice fondamentale qui entre en jeu dans *Suresh*.

À la suite des attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, le président George W. Bush déclarait la « guerre au terrorisme ». Dans un rapport publié après une enquête sur les attentats, le gouvernement des États-Unis concluait que le groupe Al-Qaida était responsable des attentats et que les attaques avaient été lancées dans le

¹²⁵ *Id.*, par. 58.

cadre d'une *jihad*, ou guerre sainte, contre les États-Unis. À la lumière de la preuve présentée dans l'enquête, on a pu établir que le groupe Al-Qaida était lié aux talibans en Afghanistan. Une coalition s'est alors formée pour participer à l'opération militaire « *Enduring Freedom* » qui a commencé le 7 octobre 2001 avec pour but de faire tomber le gouvernement des talibans. Lors de cette opération, plus de 500 personnes, qui seraient liées à Al-Qaida, ont été déplacées et mises en détention sur la base américaine de Guantánamo à Cuba. En 2002, l'attention des Américains s'est tournée vers l'Irak. Il y avait des allégations selon lesquelles Saddam Hussein cachait des armes de destruction massive et était lié à Al-Qaida. Bien que ces allégations se soient révélées sans fondement, le 20 mars 2003, les États-Unis lançaient une attaque contre l'Irak et sommaient Saddam Hussein de se rendre. Cette guerre s'est officiellement terminée le 13 avril 2003, lorsque Bagdad est tombé aux mains des Américains. Bien que la guerre en Irak soit officiellement terminée, la « guerre contre le terrorisme » continue¹²⁶.

La « guerre contre le terrorisme » ne vise pas principalement des États, mais plutôt des individus. La politique sur la sécurité nationale du Canada sous le gouvernement de Paul Martin affirme que des individus ont le pouvoir de miner la sécurité du Canada, alors que ce pouvoir était autrefois l'apanage d'États hostiles¹²⁷. Cette politique place au premier rang des menaces actuelles contre le Canada la menace terroriste. Il y est expliqué que

[I]es attentats à la bombe de Madrid de mars 2004, dirigés contre des trains de banlieue, sont un rappel brutal des risques liés au terrorisme et de la vulnérabilité des sociétés démocratiques ouvertes. L'attentat à la bombe de Bali d'octobre 2002 et les attentats du 11 septembre aussi. Dans un message enregistré présenté le 12 novembre

¹²⁶ Contexte historique tiré de Nils COLEMAN, « From Gulf War to Gulf War. Years of Security Concern in Immigration and Asylum Policies at European Level », dans A. BALDACCINI et E. GUILD (dir.), *Terrorism and the Foreigner. A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe*, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 3-84.

¹²⁷ GOUVERNEMENT DU CANADA, BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, *Protéger une société ouverte : la politique canadienne de sécurité nationale*, Canada, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2004, p. 1.

2002, Oussama ben Laden a publiquement désigné le Canada comme une cible à attaquer.¹²⁸

Après les attaques du 11 septembre 2001, l'idée qu'un meilleur contrôle de l'immigration pouvait réduire les risques d'attaques terroristes a rapidement fait son chemin. Or, il n'existe pas à présent d'exemple clair ou d'étude pour confirmer qu'un meilleur contrôle de l'immigration et des demandes d'asile réduit les menaces contre la sécurité nationale. À la suite d'une étude de l'évolution des politiques et des législations de l'Union européenne dans ce domaine, Nils Coleman conclut :

*The expansion of migration control at all levels after 9/11 was arguably more a reaction based on an assumption inspired by perceived common sense or emotion, then a well-informed policy. Whether more persons with terrorist intent are actually apprehended and terrorist acts thwarted as a result is uncertain, and in any case unknown to the general public. The value of the contribution of contemporary immigration and asylum policies to the fight against terror is information within the domain of national security interests. What is certain is that the face of EC migration policy and control has changed since 11 September 2001*¹²⁹.

Le Canada n'a pas échappé à cette tendance. Sous le gouvernement de Paul Martin, des fonds ont été dégagés pour améliorer le filtrage des immigrants, des demandeurs du statut de réfugié et des visiteurs, et pour renforcer notre capacité à placer en garde à vue et à refouler les personnes présentant un risque pour le Canada¹³⁰.

Le juge McKeown, qui rend la décision de première instance dans *Suresh (C.F.)*, affirme ouvertement que le contexte de la sécurité nationale explique le traitement différent de l'extradition et de l'expulsion. Il écrit qu'il y avait lieu de faire une distinction entre l'affaire qui lui était soumise et la situation qu'envisageait le juge La Forest dans *Kindler* lorsqu'il a écrit que l'extradition vers la torture serait inacceptable¹³¹. Il explique que « dans *Kindler* [...] la sécurité du Canada n'était nullement compromise et [qu']il n'y avait pas lieu de mettre ce danger en balance

¹²⁸ *Id.*, p. 6-7.

¹²⁹ Nils COLEMAN, préc., note 126, p. 49-52.

¹³⁰ GOUVERNEMENT DU CANADA, BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, préc., note 127, p. 45.

¹³¹ *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779. Sur la distinction entre l'expulsion et l'extradition, voir la note 31.

avec les droits de l'intéressé»¹³². Le silence de la Cour suprême sur le traitement distinct de l'extradition et de l'expulsion laisse croire que, bien qu'elle n'ait rien dit à ce sujet, c'est effectivement la question de la sécurité nationale qui l'a incitée à laisser la porte ouverte à l'expulsion dans les cas où une personne risquait la torture. L'examen de la Cour des intérêts sociétaux, dont fait partie la sécurité nationale, mène à cette conclusion.

La Cour suprême déclare qu'il faut pondérer l'intérêt légitime qu'a le Canada à combattre le terrorisme, à empêcher que notre pays devienne un refuge pour les terroristes et à protéger la sécurité publique et l'engagement constitutionnel du Canada envers la liberté et l'équité procédurale¹³³. Aucune preuve n'est présentée à l'appui de ces intérêts de sécurité nationale du Canada qui sont simplement tenus pour acquis. Pourtant, plusieurs questions d'ordre factuel se posent, en commençant par le lien entre le renvoi de terroristes du Canada et la protection de la sécurité publique. Ce moyen ne semble pas concorder avec l'affirmation, quelques paragraphes plus loin, que « les tribunaux peuvent maintenant conclure que l'appui au terrorisme à l'étranger crée la possibilité de répercussions préjudiciables à la sécurité du Canada »¹³⁴. Si le terrorisme étranger peut avoir des répercussions préjudiciables sur la sécurité du Canada, il est difficile de concevoir comment le renvoi de terroristes présumés du Canada protège la sécurité nationale¹³⁵.

¹³² *Suresh (C.F.)*, préc., note 50, par. 54.

¹³³ *Suresh*, préc., note 11, par. 58.

¹³⁴ *Id.*, par. 87.

¹³⁵ Catherine DAUVERGNE commente dans *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge, New-York, Cambridge University Press, 2008, p. 116 : « *Since the event of September 11, 2001, many countries have enacted new legislation to try suspect, even with secret provisions. However, these have rarely been used; instead, discretionary use of migration law provisions aimed at getting terror suspects to go elsewhere has increased. This does not solve the problem, nor ultimately can it protect us as it is increasingly clear that terrorists at large elsewhere pose similar risks to those who are at large within our borders. Deporting terror suspects is a lose-lose proposition. [...] Deporting people who pose security risks seems likely to win domestic political points, but unlikely to make Western societies safer.* »

Cette contradiction se retrouve aussi dans la politique canadienne de sécurité nationale élaborée en 2004 et intitulée *Protéger une société ouverte : la politique canadienne de sécurité nationale*¹³⁶. Cette politique sur la sécurité nationale, mise en œuvre sous le gouvernement de Paul Martin, est axée sur trois intérêts fondamentaux : protéger le Canada et les Canadiens, s'assurer que le Canada n'est pas une source de menaces visant nos alliés et contribuer à la sécurité internationale. Le renvoi de terroristes présumés parce qu'ils sont un danger pour la sécurité nationale semble pourtant faire du Canada une menace pour ses alliés et être une renonciation à la lutte contre ces terroristes présumés.

La politique de sécurité nationale explique qu'« [e]n raison du caractère international de la plupart des menaces qui pèsent sur les Canadiens, la sécurité nationale est liée à la sécurité internationale. Parallèlement, un nombre croissant de menaces internationales ont une incidence directe sur la sécurité des Canadiens»¹³⁷. Il est raisonnable de penser que la guerre contre le terrorisme sera mieux servie par une plus grande coopération internationale lorsqu'il s'agit de l'arrestation, de la poursuite devant des tribunaux et de l'incarcération des terroristes. Or, il semble contradictoire de mettre l'accent sur l'importance de la coopération internationale pour contrer le terrorisme¹³⁸ et d'expulser du même coup des terroristes ou des personnes suspectées de terrorisme pour assurer la sécurité du Canada sans égard aux autres États.

Si un individu est visé par une mesure de renvoi parce qu'il est jugé dangereux pour la sécurité nationale, il est raisonnable de croire que le Canada devrait prendre des mesures pour entamer des poursuites contre cet individu et le faire incarcérer, plutôt que de renvoyer le problème à un État tiers. Vu la nature préventive des questions de

¹³⁶ GOUVERNEMENT DU CANADA, BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, préc., note 127.

¹³⁷ *Id.*, p. ix-xi.

¹³⁸ *Id.*, p. 54 : « [N]ous avons donné la priorité absolue aux tâches consistant à neutraliser le terrorisme international ».

sécurité nationale, comparée à la nature répressive du droit criminel, le dépôt d'accusations qui satisfont aux exigences minimales en matière criminelle paraît souvent impossible¹³⁹.

Dans la mesure où les menaces contre la sécurité nationale, comme les allégations de terrorisme, ne sont plus perçues comme des crimes, mais plutôt comme des actes de guerre, on peut se demander s'il s'agit d'un contexte dans lequel la protection des droits garantis par la *Charte canadienne* serait moins bien assurée¹⁴⁰. Je crois que cette perception du terrorisme pourrait avoir influé sur la Cour suprême au moment où elle devait rendre une décision dans *Suresh*, alors que George W. Bush venait de déclarer la « guerre au terrorisme ».

Actuellement, la criminalité et la sécurité nationale occupent une place dominante dans la politique législative quand il s'agit de justifier l'interdiction de territoire au

¹³⁹ Dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, par. 23 (ci-après « *Charkaoui II* »), la Cour suprême souligne qu'alors qu'un organisme chargé de faire respecter la loi agit généralement en réaction à la perpétration d'un acte criminel, celui auquel est confiée la fonction de prévention et de protection de la sécurité doit chercher à prévoir les événements menaçants. Voir aussi Jean F. KEABLE, « La sécurité et le droit criminel : théorie et pratique », dans Peter HANK et John D. MCCAMUS (dir.), *National Security : Surveillance and Accountability in a Democratic Society*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1989, à la p. 75. L'auteur note la différence entre les objectifs du droit criminel et ceux de la sécurité nationale. Alors que le droit criminel, de façon générale, vise à réprimander certains comportements prohibés par la loi en imposant une sentence suite à une procédure clairement établie, la sécurité nationale vise des objectifs qui tendent vers la prévention.

¹⁴⁰ Jean-Paul BRODEUR, « Criminal Justice and National Security », dans Peter HANK et John D. MCCAMUS (dir.), *National Security : Surveillance and Accountability in a Democratic Society*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1989, à la p. 58, écrit : « *The real difference in the response to terrorism lies in the contrast between the war model and the criminal justice model. As long as terrorism is still viewed as crime, in the narrow sense of the word, the struggle against it must be waged within the limits and safeguards provided by criminal law procedure. However, when terrorism is perceived as an act of war, the guarantees afforded to the exercise of civil rights and freedoms are notably weakened, if not altogether suspended.* »

Canada¹⁴¹. Dans *Medovarski*, la Cour suprême du Canada a reconnu que « [l]es objectifs explicites dans la LIPR révèlent l'intention du législateur de donner priorité à la sécurité. [...] Considérés collectivement, les objectifs de la LIPR et de ses dispositions relatives aux résidents permanents traduisent la ferme volonté de traiter les criminels avec moins de clémence que le faisait l'ancienne *Loi [sur l'immigration]* »¹⁴². Au-delà des objectifs déclarés de renforcer la sécurité du Canada, il existe un discours qui tend à associer immigration, crime et terrorisme¹⁴³.

Dans *Charkaoui I*, la Cour suprême admet ouvertement qu'il peut exister, lors de l'émission d'un certificat de sécurité, « certaines contraintes administratives qui peuvent [...] être prises en compte à l'étape de l'analyse sous l'article 7 »¹⁴⁴. La Cour ajoute que « ce contexte risque d'avoir des conséquences importantes – en fait, terrifiantes – pour les personnes visées par un certificat de sécurité »¹⁴⁵. Elle affirme que « les mesures requises pour assurer la justice fondamentale doivent tenir compte des exigences propres au contexte de sécurité » et, par conséquent, qu'« il se peut que la protection [de l'article 7] ne soit pas aussi complète qu'en l'absence de contraintes liées à la sécurité nationale »¹⁴⁶. La Cour suprême précise toutefois que « les questions

¹⁴¹ Voir Anna PRATT, *Securing Borders : Detention and Deportation in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2005, le livre en général et, pour un commentaire spécifiquement à ce sujet, la p. 5.

¹⁴² *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, par. 10.

¹⁴³ Pour le Canada, voir Anna PRATT, préc., note 141, le livre en général et, pour un commentaire spécifiquement à ce sujet, la p. 103. Pour l'Europe, voir A. BALDACCINI et E. GUILD (dir.), préc., note 126, p. 49-51. Les auteurs notent qu'il n'existe pas d'étude ou de preuve pour confirmer l'association entre le contrôle de l'immigration et la protection contre des menaces terroristes. Cela dit, aux pages 57-67, ils notent qu'il existe un sentiment général que plus de mesures devraient être prises pour s'assurer que le système de protection des réfugiés ne serve pas de porte d'entrée aux terroristes.

¹⁴⁴ *Charkaoui I*, préc., note 67, par. 24.

¹⁴⁵ *Id.*, par. 25

¹⁴⁶ *Id.*, par. 27.

de sécurité ne peuvent servir à légitimer, à l'étape de l'analyse fondée sur l'article 7, une procédure non conforme à la justice fondamentale»¹⁴⁷.

Alors que l'extradition vers la torture est jugée non conforme à la justice fondamentale, la Cour suprême reconnaît l'existence de situations exceptionnelles qui permettraient le renvoi vers la torture. Dans *Suresh*, je crois qu'on peut conclure que le contexte de la sécurité nationale a fondé les conclusions de la Cour suprême. Malheureusement, bien qu'il s'agisse là de faits qui semblent cruciaux dans la décision, la Cour suprême se limite à formuler des énoncés généraux sur les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale et ne discute tout simplement pas des faits et de la preuve qui sous-tendent ces intérêts. Dans la décision *Suresh (C.A.F.)*, le juge Robertson rapporte le commentaire d'un auteur qui avance que « la Cour suprême dans son ensemble [est peut-être] beaucoup plus soucieuse de ne pas s'immiscer dans l'application de la loi et les intérêts touchant la sécurité nationale et que les juges [sont] prêts à sacrifier la cohérence de leur raisonnement conceptuel relatif aux intérêts sociétaux pour trancher les litiges "dans le bon sens" »¹⁴⁸. Selon moi, ce commentaire est validé par le silence de la Cour suprême sur les faits et la preuve sur lesquels elle semble pourtant s'appuyer pour distinguer les cas d'expulsion des cas d'extradition vers des pays où il existe un risque de torture.

Le droit de l'immigration

Considérations historiques

Historiquement, les étrangers étaient *hors la loi*. Le droit coutumier ne comportait pas de restrictions formelles à la liberté de mouvement des individus, par contre, les

¹⁴⁷ *Id.*, par. 23.

¹⁴⁸ *Suresh (C.A.F.)*, préc., note 52, par. 90; Thomas J. SINGLETON, « The Principle of Fundamental Justice, Societal Interest and Section 1 of the Charter », (1995) 74 *R. du B. Can.* 449.

étrangers n'avaient en règle générale pas de droits parce qu'ils ne faisaient pas partie de la communauté en place¹⁴⁹. Graduellement, les droits et les obligations ont été rattachés à des territoires, plutôt qu'à des communautés de personnes. Le droit national s'applique au territoire national et à ses citoyens. Dans ce contexte, les étrangers sur le territoire national ne bénéficiaient pas de droits, mais avaient plutôt des privilèges. En d'autres mots, ils étaient des invités qui n'avaient pas de droit d'entrer sur le territoire national¹⁵⁰. Dans *Chiarelli*, la Cour suprême affirme que le principe le plus fondamental en droit de l'immigration est que les non-citoyens n'ont pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer¹⁵¹. Ce principe met en relief pourquoi le traitement distinct des résidents permanents et des étrangers et les mesures adoptées à l'égard de ces personnes pour protéger la sécurité nationale peuvent aller plus loin que ce qui serait constitutionnellement permis concernant les Canadiens. Bien que les étrangers bénéficient en principe des droits garantis par la *Charte canadienne*¹⁵², on constate le traitement distinct de l'article 7 de la *Charte canadienne* par les tribunaux selon qu'ils l'appliquent en droit de l'immigration ou dans un autre domaine de droit. Afin de mieux comprendre le double standard qui régit l'application des droits garantis par la *Charte canadienne* à tous ceux se trouvant sur le territoire canadien, il convient de se pencher sur l'histoire des politiques du Canada en matière d'immigration.

Le droit de l'immigration et le droit des réfugiés ont toujours été soumis à un haut niveau de discrétion de l'exécutif et ont toujours été vulnérables à des mesures d'exception¹⁵³. Les pouvoirs discrétionnaires de l'exécutif en matière d'immigration

¹⁴⁹ H. Patrick GLENN, *Strangers at the Gate: Refugees, Illegal Entrants and Procedural Justice*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1992, p. 5-6.

¹⁵⁰ *Id.*, p. 5-6.

¹⁵¹ *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711, par. 25.

¹⁵² *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

¹⁵³ Ninette KELLEY et Michael TREBILCOCK, préc., note 66; Catherine DAUVERGNE, préc., note 135, p. 47-48; Anna PRATT, préc., note 141, p. 58; Sharryn AIKEN, « Of Gods and Monsters: National Security and Canadian Refugee Policy », (2001) 14 *R.Q.D.I.*, no 1, 7-36.

sont la norme dans les pays occidentaux¹⁵⁴. Cela dit, les pouvoirs discrétionnaires de l'exécutif ont graduellement commencé à être encadrés par des règles et par le contrôle des tribunaux¹⁵⁵.

Au début du XX^e siècle, le Canada possédait des politiques en faveur d'une immigration vigoureuse, les dirigeants estimant que le pays pouvait profiter d'une arrivée massive d'immigrants. Toutefois, les lois comprenaient déjà des interdictions à l'égard de certains immigrants. Les lois sur l'immigration qui se sont succédées conféraient au Cabinet des pouvoirs discrétionnaires presque illimités pour exclure des immigrants appartenant à « des races réputées impropres au climat ou aux exigences du Canada », ainsi que des individus comme les anarchistes, invoquant des motifs d'instabilité politique et morale¹⁵⁶. La Première Guerre mondiale a fait place à une escalade de la xénophobie et à un déclin précipité de l'immigration. La *Loi sur l'immigration*, révisée en 1919, et les décrets adoptés en vertu de cette loi marquèrent un tournant dans la politique de l'immigration du Canada. Avant la Première Guerre mondiale, les fonctionnaires de l'immigration sélectionnaient les immigrants principalement en fonction de la contribution qu'ils pouvaient apporter à l'économie canadienne. Pendant, la Grande Guerre, ils ont attaché plus d'importance à la culture et à l'idéologie des candidats¹⁵⁷. Pendant la période de la grande dépression au début des années 30, le ministre responsable de l'immigration et ses fonctionnaires, presque complètement libres de tout contrôle du Parlement et des tribunaux, ont continué d'exercer leurs vastes pouvoirs discrétionnaires quant à l'admission et à l'expulsion des nouveaux arrivants¹⁵⁸. Les auteurs Ninette Kelley et Michael Trebilcock, dans leur livre sur l'histoire des politiques canadiennes en matière d'immigration, écrivent :

¹⁵⁴ H. P. GLENN, *Strangers at the Gate*, préc., note 149, p. 12, 16-17.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 12.

¹⁵⁶ CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Les artisans de notre patrimoine*, Chapitre 3 : Un nouveau chemin à tracer, [Ressource électronique], éd. rév., en ligne : <http://www.collectionscanada.gc.ca/archivesweb/20061026055218/http://www.ci.gc.ca/francais//ministere/patrimoine/index.html> (site consulté le 8 mai 2009).

¹⁵⁷ *Id.*, Chapitre 4 : La chute de l'immigration.

¹⁵⁸ N. KELLEY et M. TREBILCOCK, préc., note 66, p. 222, 225-229.

[...] the government could engage in extensive deportation practices stemmed from the wide latitude provided by the Immigration Act to the minister responsible for the administration of the act, and the reluctance of the courts to limit the exercise of discretionary power in any significant way. [...] Although the jurisdiction of the courts was greatly circumscribed by statute, challenges to the detention of persons subject to deportation orders were brought before the courts by way of habeas corpus application. Through these challenges, a body of case law was established confirming that immigrants facing deportation, regardless of the consequences that such forced removal could bring upon their lives and security, had far fewer rights than litigants or alleged criminals in the civil and criminal courts of the country.¹⁵⁹

Ainsi, au début des années 30, il était beaucoup plus facile de procéder à la déportation d'agitateurs communistes que de porter des accusations criminelles contre eux, sans compter que leur emprisonnement risquait d'en faire des martyres¹⁶⁰.

Dans un discours prononcé en 1947, le Premier ministre Mackenzie King déclare : « *I wish to make it quite clear that Canada is perfectly within her right in selecting the persons whom we regard as desirable future citizens. It is not a "fundamental human right" of any alien to enter Canada* »¹⁶¹. Ce discours démontre que l'immigration était considérée comme un privilège et relevait par conséquent des pouvoirs discrétionnaires du gouvernement.

Ce n'est qu'après la Deuxième Guerre mondiale que le gouvernement a décidé de refaire de l'immigration l'instrument capable d'accroître la population canadienne et de stimuler l'économie. Entre 1947 et 1962, le Canada a donc ouvert ses portes à des milliers de personnes déplacées par la guerre. La *Loi sur l'immigration* adoptée en 1952 était, à maints égards, semblable à la loi antérieure, tout en venant simplifier l'administration de l'immigration et définir les larges pouvoirs qui étaient conférés au ministre et à ses fonctionnaires. Les pouvoirs de sélection, d'admission et d'exclusion des immigrants demeuraient entre les mains du Cabinet, ce qui voulait dire que ce dernier pouvait interdire ou restreindre l'admission de personnes en invoquant des

¹⁵⁹ *Id.*, p. 227-228.

¹⁶⁰ *Id.*, p. 236-237.

¹⁶¹ *Id.*, p. 312.

motifs comme la nationalité, l'appartenance ethnique, l'occupation, le mode de vie, l'inaptitude à s'adapter au climat canadien et l'incapacité apparente de s'assimiler rapidement à la société canadienne. Ces vastes pouvoirs discrétionnaires n'étaient soumis à aucune forme de contrôle¹⁶².

Les années 60 ont apporté plusieurs changements majeurs concernant l'immigration et le statut de réfugié. En 1962, le Canada a aboli sa politique d'immigration raciste : la nouvelle réglementation adoptée prévoyait que tout candidat avec un emploi précis lui étant réservé au Canada ou avec les moyens de subvenir à ses besoins, qui n'était ni criminel ni terroriste et qui ne souffrait pas d'une maladie menaçant la sécurité du public, devait être considéré comme admissible¹⁶³. Cette réglementation a été adoptée deux ans après l'entrée en vigueur de la *Déclaration canadienne des droits*, qui interdisait la discrimination pour motifs de race, de couleur, d'origine nationale, de religion ou de sexe¹⁶⁴. En 1967, la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* créait une instance indépendante qui avait le pouvoir d'entendre des appels concernant des ordonnances d'expulsion¹⁶⁵. Cette réforme judiciairisait le processus et mettait l'accent sur le respect de certaines garanties procédurales en matière d'immigration pour la première fois de manière significative, ce qui ouvrait la porte à une plus grande intervention des tribunaux lors du contrôle des décisions en matière d'immigration¹⁶⁶. Finalement, en 1969, le Canada ratifiait la *Convention sur le statut de réfugié*. L'intervalle de presque vingt ans entre l'adoption de la *Convention* et sa

¹⁶² CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Les artisans de notre patrimoine*, préc., note 156, Chapitre 5 : À l'aube de l'adoption de la Loi sur la citoyenneté canadienne. Le Canada abolit sa politique d'immigration raciste.

¹⁶³ *Id.*, Chapitre 6 : De nouvelles balises.

¹⁶⁴ *Déclaration canadienne des droits*, 1960, c. 44, art. 1.

¹⁶⁵ N. KELLEY et M. TREBILCOCK, préc., note 66, p. 368.

¹⁶⁶ *Id.*, p. 350-351 et 369. Dès 1970, le délai d'appel à la Commission d'appel de l'immigration pouvait prendre jusqu'à sept ans (p. 370). Afin de remédier à cette situation, le droit universel d'appel a été éliminé en 1973. La loi accordait dorénavant ce droit seulement aux résidents permanents, aux titulaires de visas en cours de validité et aux individus qui réclamaient le statut de réfugié. Voir aussi CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Les artisans de notre patrimoine*, préc., note 156, Chapitre 6 : De nouvelles balises.

ratification par le Canada s'explique par la croyance de la Gendarmerie royale du Canada que l'adhésion du pays empêcherait celui-ci de renvoyer des individus du Canada pour des motifs de sécurité¹⁶⁷.

L'examen des politiques canadiennes en matière d'immigration amène les auteurs Ninette Kelley et Michael Trebilcock à tirer plusieurs conclusions, dont les suivantes. Depuis la Confédération, les lois en matière d'immigration ont été squelettiques et ont conféré de vastes pouvoirs discrétionnaires au Cabinet et au ministre responsable de l'Immigration¹⁶⁸. Les politiques en matière d'immigration n'étaient pas énoncées par la voie législative et n'ont jamais été soumises à de réels débats au Parlement. Les politiques d'immigration étaient conçues par l'exécutif du gouvernement¹⁶⁹. Avant l'adoption de la *Charte canadienne*, et vu les clauses privatives dans la législation en matière d'immigration, le contrôle des décisions était extraordinaire, et la déférence des tribunaux à l'égard de l'exécutif significative. Les garanties procédurales conférées aux étrangers étaient minimales, et ce, même lorsqu'il s'agissait de décisions pouvant avoir un impact important sur leur bien-être¹⁷⁰.

De nos jours, la LIPR prend encore la forme d'un cadre à l'intérieur duquel l'administration exerce de larges pouvoirs discrétionnaires dans la majeure partie des domaines, et bien sûr en matière d'expulsion des étrangers¹⁷¹. En fait, le domaine de l'immigration est, selon Catherine Dauvergne, un des derniers bastions de la souveraineté nationale à l'ère de la mondialisation¹⁷². Elle conclut que « *[t]he close*

¹⁶⁷ N. KELLEY et M. TREBILCOCK, préc., note 66, p. 363.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 442-443.

¹⁶⁹ *Id.*, p. 449.

¹⁷⁰ *Id.*, p. 450.

¹⁷¹ H. P. GLENN, *Strangers at the Gate*, préc., note 149, p. 12.

¹⁷² C. DAUVERGNE, préc., note 135, p. 2. L'auteure affirme que « *[m]igration laws have long been a key site of national assertions of power, of identity, of "nationness". The central argument I am passing here is that this site is even more important now that "nationness" is threatened across a range of policy areas* », à la p. 17. Voir aussi *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 160, le juge Binnie écrit: « Le contrôle

*association of migration law with executive discretion means the ideological commitments of the rule of law are strongly tested in this setting»¹⁷³. La réticence de la Cour suprême à intervenir au niveau substantif dans la décision du ministre dans *Suresh* semble clairement être reliée à la retenue historique des tribunaux à l'égard des pouvoirs discrétionnaires de l'exécutif en matière d'immigration.*

Selon moi, ce contexte historique de l'immigration, dont la Cour suprême ne discute pas, vient éclairer pourquoi la protection de la *Charte canadienne* est moins étendue en droit de l'immigration, par rapport à d'autres domaines de droit, comme le droit criminel. En matière d'immigration, les personnes visées ne sont pas des Canadiens, et, bien que les politiques d'immigration canadiennes aient connu des avancées au cours du dernier siècle, il n'en demeure pas moins que les étrangers bénéficient encore de privilèges plutôt que de droits. Il est indéniable que le contexte de l'immigration a eu un rôle à jouer dans la conclusion de la Cour suprême selon laquelle l'expulsion vers la torture d'une personne pourrait être possible dans des circonstances exceptionnelles, alors qu'une telle conclusion serait sans conteste inacceptable dans le cas d'un Canadien. L'étendue différente de la protection prévue à l'article 7 de la *Charte canadienne* selon le domaine de droit dans lequel il est appliqué vient confirmer selon moi cette conclusion.

Une protection constitutionnelle distincte

La démarche contextuelle pour la définition des droits protégés par l'article 7 de la *Charte canadienne* implique que l'étendue de ces droits peut varier selon le domaine de droit dans lequel ils sont invoqués. À cet égard, la Cour suprême distingue l'étendue des droits garantis dans le contexte du droit de l'immigration et celle des

de l'entrée de personnes et de marchandises dans un pays est et a toujours été un attribut fondamental de la souveraineté. [...] Autrement dit, non seulement ce pouvoir frontalier existe en tant que pouvoir accessoire de la souveraineté, mais on s'attend à ce que l'État l'exerce dans l'intérêt public ».

¹⁷³ *Id.*, p. 48.

droits garantis dans le contexte d'autres domaines de droit, et plus particulièrement dans le contexte du droit criminel. Cette distinction, bien réelle, s'est révélée, dans certains cas, fondée sur des motifs superficiels.

Dans *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*¹⁷⁴, la Cour suprême établit que le droit à la sécurité garanti par l'article 7 varie selon qu'il est invoqué dans le contexte de procédures administratives ou dans un contexte de justice criminelle. Il s'agit en l'espèce d'un ministre en Colombie-Britannique accusé de harcèlement sexuel envers des adjointes. Des plaintes ont été déposées à son égard à la *Human Rights Commission* de la province. Le ministre a demandé éventuellement un arrêt des procédures contre lui parce que les plaintes n'avaient pas été traitées dans un délai raisonnable, cela lui causant ainsi préjudice et portant atteinte à ses droits garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne*. Dans cette affaire, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas d'atteinte à la liberté ou à la sécurité du ministre et, par conséquent, qu'il n'était pas nécessaire de discuter de la conformité du délai dans le traitement des plaintes aux principes de justice fondamentale. Bien que l'analyse de la Cour ait eu lieu à l'étape qui considère l'atteinte à la vie et à la liberté, la démarche contextuelle est cruciale. Le juge Bastarache a examiné les particularités de la procédure en matière de droits de la personne et les a opposées à celles de la procédure criminelle. Tout en reconnaissant que la personne visée par une plainte dans le cadre de procédures en matière de droits de la personne éprouve un certain stress et voit son existence perturbée par l'instance, la Cour considère que les impacts émotifs et la stigmatisation qui en résultent sont d'une nature radicalement différente du préjudice occasionné par une accusation criminelle. Dans ce cas, l'atteinte à la sécurité psychologique d'un accusé découlera quasi inévitablement de l'introduction de procédures criminelles, puisque celles-ci entraînent de graves conséquences sociales et personnelles, incluant la stigmatisation et l'exclusion sociale, ainsi que le risque d'être privé de liberté¹⁷⁵. Si ces arguments peuvent paraître convaincants pour expliquer l'application différente de l'article 7 dans le contexte des procédures en

¹⁷⁴ [2000] 2 R.C.S. 307.

¹⁷⁵ *Id.*, par. 91-95.

matière de droits de la personne et en matière criminelle, ils sont loin de pouvoir justifier la distinction entre le traitement d'une personne visée par un ordre de renvoi vers un pays où elle risque la torture et le traitement d'une personne aux prises avec des accusations criminelles. C'est d'ailleurs ce que reconnaît la Cour suprême dans la dernière décision *Charkaoui II* lorsqu'elle admet que, par sa nature, la procédure des certificats de sécurité peut mettre gravement en péril le droit à la liberté, à la sécurité et même à la vie de la personne visée¹⁷⁶. La stigmatisation des personnes visées par un certificat de sécurité ou un avis de danger qui conduit à leur expulsion vers un pays où elles risquent la torture parce qu'elles sont de présumés terroristes est indéniable¹⁷⁷. La politique du Canada en matière de sécurité nationale laisse entendre que le stigmate pourrait même être plus grave, puisque « [l]a sécurité nationale est étroitement liée à la sécurité personnelle et à la sécurité internationale. Si la plupart des infractions criminelles [...] sont susceptibles de menacer la sécurité personnelle, elles n'ont généralement pas la même capacité que le terrorisme ou d'autres formes de criminalité organisée de miner la sécurité de l'État ou de la société»¹⁷⁸.

Les distinctions formelles entre le droit de l'immigration et le droit criminel ont parfois servi à justifier une protection différente sous l'article 7 de la *Charte*. La décision *Ahani c. Canada*¹⁷⁹ de la Cour d'appel fédérale, concernant la constitutionnalité des règles sur l'émission d'une attestation – maintenant les certificats de sécurité – en est un exemple. Dans cette affaire, des procédures, qui seraient inacceptables pour des citoyens Canadiens, sont minimisées et deviennent justifiées pour des résidents permanents et des étrangers. L'appelant plaidait entre autres que, « lors même que cette affaire est dans le contexte du droit de l'immigration, les droits touchés par l'émission d'une attestation, sont si

¹⁷⁶ *Charkaoui II*, préc., note 139, par. 53.

¹⁷⁷ Kent ROACH discute du stigmate associé aux allégations de terrorisme contre une personne dans « Ten Ways to Improve Canada's Anti-Terrorism Law », (2005) 51 *Crim. L.Q.* 102, p. 110.

¹⁷⁸ GOUVERNEMENT DU CANADA, BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, *Protéger une société ouverte : la politique canadienne de sécurité nationale*, préc., note 127, p. 3.

¹⁷⁹ *Ahani c. Canada*, [1996] A.C.F. no 937 (C.A.F.)(QL/LN).

fondamentaux que les normes de justice fondamentale exigées par l'article 7 de la *Charte* doivent être très élevées en fait, et proches de celles reconnues comme applicables au contexte criminel où des droits fondamentaux sont en jeu»¹⁸⁰. La Cour d'appel répond que « dans un contexte criminel, nous avons un individu accusé d'avoir violé le droit criminel du pays et qui s'expose à des sanctions si l'État réussit à réfuter sa présomption d'innocence. Dans le contexte [de l'émission d'une attestation] nous nous trouvons devant un étranger qui peut perdre le droit restreint de demeurer au Canada qu'il a acquis en obtenant le statut de réfugié, mais dont la liberté ne sera pas par ailleurs entravée»¹⁸¹. Voilà une affirmation qui semble prendre bien à la légère l'obligation du Canada de fournir sa protection aux personnes qui sont ou qui risquent d'être persécutées. Essentiellement, la distinction entre le contexte lors de l'émission d'une attestation et le contexte lors d'un procès criminel semble tenir au fait que les deux domaines sont régis par des normes et des procédures différentes. La Cour d'appel distingue la détention en matière criminelle de la détention dans le cadre de l'émission d'une attestation en affirmant qu'il s'agit « d'une conséquence immédiate et fâcheuse » de l'attestation, sort normalement réservé aux criminels, mais qu'« il ne faut pas oublier que cette détention n'est pas imposée comme sanction [...]. Il s'agit principalement d'un moyen d'assurer une protection préventive au public canadien»¹⁸². Je ne vois pas en quoi l'objectif différent de la détention en fait plus ou moins une atteinte à la liberté de la personne visée, d'autant plus qu'à la différence du criminel condamné, la personne qui reçoit une attestation n'est visée par aucune accusation et n'a eu droit à aucun procès. Il semble qu'au-delà des questions d'objectifs et de procédures distinctes pour justifier la réduction de l'étendue des droits garantis par l'article 7 aux résidents permanents et aux étrangers, le spectre du terrorisme joue un rôle dans la conclusion de la Cour d'appel. Le fait que les personnes visées par une attestation seraient associées au terrorisme d'une façon ou d'une autre rendrait la détention ni arbitraire ni excessive¹⁸³. Ce type de raisonnement pour distinguer entre ces deux contextes

¹⁸⁰ *Id.*, par. 2.

¹⁸¹ *Id.*, par. 4.

¹⁸² *Id.*, par. 4.

¹⁸³ *Id.*, par. 4.

semble superficiel et confirme que les résidents et les étrangers n'ont droit qu'à une protection de second ordre malgré la *Charte*. Quelles que soient la procédure ou les normes appliquées, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de la privation de la liberté de la personne¹⁸⁴. Les propos du juge Iacobucci de la Cour suprême sur la privation de liberté sont éloquentes à cet égard :

La liberté du citoyen est au cœur d'une société libre et démocratique. La liberté perdue est perdue à jamais et le préjudice qui résulte de cette perte ne peut jamais être entièrement réparé. Par conséquent, dès qu'il existe un risque de perte de liberté, ne serait-ce que pour une seule journée, il nous incombe, en tant que membres d'une société libre et démocratique, de tout faire pour que notre système de justice réduise au minimum le risque de privation injustifiée de liberté.¹⁸⁵

Dans la décision *Charkaoui II*, la Cour suprême reconnaît que l'étendue de la protection garantie par la *Charte* ne devrait pas varier en fonction des distinctions formelles entre différents domaines de droit. Elle dépend plutôt de la gravité des conséquences de l'intervention de l'État sur la liberté, la sécurité, et parfois, comme dans le cas de l'émission d'un avis de danger, la vie d'une personne¹⁸⁶.

Les tribunaux ont souvent fait des parallèles entre l'émission d'un avis de danger par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et la décision du ministre de la Justice d'extrader une personne du Canada pour qu'elle subisse un procès, se fasse infliger une peine ou purge une peine dans un État qui en fait la demande¹⁸⁷. Le plus souvent, les parallèles visaient à mettre en relief la déférence que les tribunaux doivent avoir dans les deux cas à l'égard de décisions discrétionnaires de l'exécutif.

¹⁸⁴ Pour un commentaire critique selon lequel les dispositions sur la détention au terme d'un certificat de sécurité seraient inconstitutionnelles, voir Jonathan SHAPIRO, « An Once of Cure for a Pound of Preventive Detention : Security Certificates and the Charter », (2008) 33 *Queen's L.J.* 519.

¹⁸⁵ *R. c. Hall*, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 47. Dans cette décision, la Cour suprême du Canada examine la constitutionnalité de l'article 515(10)c) du *Code criminel*, qui autorise la détention d'un accusé avant son procès si le tribunal juge que cela est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice.

¹⁸⁶ *Charkaoui II*, préc., note 139, par. 53.

¹⁸⁷ Voir à titre d'exemples : *Suresh*, préc., note 11, par. 54; *Suresh (C.A.F.)*, préc., note 52, par. 73; et *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, par. 38-39.

En matière d'extradition, le ministre de la Justice exerce son pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu de décerner un mandat d'extradition¹⁸⁸. Il relève du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif de livrer ou non un fugitif à la demande d'un autre État¹⁸⁹. Avant de consentir à l'extradition, le ministre peut demander des assurances et poser des conditions au pays demandeur¹⁹⁰. L'ordonnance d'extradition par le ministre de la Justice et l'émission d'un avis de danger par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration sont des décisions discrétionnaires d'un membre de l'exécutif. Dans les deux cas, la Cour suprême reconnaît l'expertise particulière des ministres¹⁹¹. Ces décisions ministérielles peuvent porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne visée¹⁹². La similitude qui est probablement la plus significative concerne le haut niveau de retenue des tribunaux à l'égard des décisions de l'exécutif dans des contextes comme ceux de l'extradition et de l'expulsion suivant un avis de danger. Les propos de la juge McLachlin dans *Kindler* mettent bien en relief la déférence que la Cour suprême a pour les décisions de l'exécutif. Elle reconnaît les considérations diverses et complexes qui entrent nécessairement dans le processus d'extradition et souligne la position prudente que la Cour a adoptée à l'égard de l'examen de ces décisions. De plus, elle reconnaît la position privilégiée dans laquelle se trouve l'exécutif pour évaluer et examiner les intérêts divergents visés dans certaines affaires en matière d'extradition et, par conséquent, elle admet

¹⁸⁸ Lors de cette phase, le fugitif soumet ses observations au ministre de la Justice, et ce dernier prend position sur l'opportunité du renvoi de l'individu vers l'État qui a demandé l'extradition, *Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1999, c. 18, art. (1).

¹⁸⁹ *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, par. 26.

¹⁹⁰ *Loi sur l'extradition*, art. 40(3).

¹⁹¹ En matière d'extradition, voir *Schmidt*, préc., note 189, par. 49. En matière d'émission d'un avis de danger, voir *Suresh*, préc., note 11, par. 31 et 39.

¹⁹² *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 124, les juges Iacobucci et Cory affirment qu'« il est évident que la liberté et la sécurité de la personne d'un fugitif sont en jeu dans une procédure d'extradition ». Dans *Charkaoui I*, préc., note 67, par. 17 et *Medovarski*, préc., note 142, par. 46, la Cour suprême déclare qu'à elle seule, l'expulsion d'un non-citoyen ne peut mettre en cause ces droits. Toutefois, certains éléments rattachés à l'expulsion du Canada, comme l'éventualité de renvoi vers un pays où il existe un risque de torture, peuvent entraîner l'application de l'article 7. Dans *Suresh*, préc., note 11, par. 54, la Cour suprême affirme qu'il peut y avoir une atteinte à l'article 7 autant dans les cas de renvoi que d'extradition lorsqu'il existe un lien suffisant entre la participation du Canada et l'atteinte par un acteur autre que le gouvernement du Canada.

que les tribunaux doivent se montrer « extrêmement circonspects » afin d'éviter toute ingérence indue dans le domaine de l'exécutif¹⁹³. Dans la même décision, le juge La Forest écrit que l'exécutif a des connaissances beaucoup plus grandes que la Cour dans le domaine des relations extérieures et est en meilleure position pour évaluer un grand nombre des éléments qui ont été présentés dans des cas comme celui de *Kindler*¹⁹⁴. La Cour suprême renvoie aux propos dans *Kindler* quant au degré de déférence que les tribunaux devraient adopter à l'égard de la décision du ministre dans *Suresh*¹⁹⁵.

Il existe cependant des distinctions entre les ordonnances d'extradition et les avis de danger¹⁹⁶, et je souhaite souligner une distinction importante à laquelle la Cour suprême ne fait aucune référence dans sa démarche contextuelle dans *Suresh* pour identifier le principe de justice fondamentale applicable. Les dispositions sur l'extradition ont pour but de livrer un individu pour qu'il subisse les conséquences d'un processus judiciaire ailleurs. Dans *Kindler*, la juge McLachlin affirme que « [p]our que les différents États aient de bonnes relations entre eux nous devons respecter les différences de nos voisins et nous abstenir d'imposer nos garanties constitutionnelles à d'autres États»¹⁹⁷. Ce respect des engagements internationaux du Canada envers le pays qui demande l'extradition n'est pas une considération qui entre en jeu en matière d'expulsion du Canada. Les avis de danger ne reposent pas sur les principes de réciprocité, de courtoisie et de respect des différences qui sous-tendent les procédures d'extradition¹⁹⁸. En renvoyant un individu qui constitue un danger pour la sécurité nationale, le Canada n'a pas à faire preuve de respect à l'égard du pays où l'individu doit être renvoyé. Bien au contraire, ses obligations en vertu de la

¹⁹³ *Kindler*, préc., note 131, par 179.

¹⁹⁴ *Id.*, p. 140. Cette déférence envers l'exécutif est réaffirmée par la Cour dans *Burns*, préc., note 117, par. 36-38, et plus récemment dans *Lake*, préc., note 187, par. 31.

¹⁹⁵ *Suresh*, préc., note 11, par. 39.

¹⁹⁶ Pour des exemples de distinctions, voir *Suresh (C.A.F.)*, préc., note 52, par. 73.

¹⁹⁷ *Kindler*, préc., note 131, par. 169. Voir aussi *Schmidt*, préc., note 189, par. 30 et 48.

¹⁹⁸ *Kindler*, préc., note 131, par. 173.

Charte canadienne et de ses engagements internationaux sont envers l'individu visé par la mesure de renvoi qui fait face à un risque de torture¹⁹⁹.

L'application de l'article 7 de la *Charte canadienne* ne devrait pas dépendre des domaines de droit, mais plutôt de la gravité des conséquences de l'intervention de l'État sur la liberté, la sécurité, et parfois, comme dans le cas de l'émission d'un avis de danger, la vie d'une personne²⁰⁰. La démarche contextuelle pour l'application de l'article 7 ne devrait pas servir à limiter la protection de la *Charte* à l'égard des étrangers et des résidents permanents, particulièrement si l'application distincte se base sur des comparaisons et des distinctions superficielles ou partielles.

Alors que la Cour suprême souligne l'importance de la démarche contextuelle pour dégager le principe de justice fondamentale dans *Suresh*, elle omet complètement d'examiner le contexte de la sécurité nationale et le contexte en matière d'immigration, ou de comparer sérieusement l'application de l'article 7 en matière d'émission d'avis de danger à son application dans d'autres domaines de droit. Ces éléments dont j'ai traité dans la présente section sont, selon moi, les vraies raisons de la retenue de la Cour à l'égard de la décision du ministre et de la conclusion que l'expulsion vers la torture serait possible dans des circonstances extraordinaires.

Je soutiens que le choix de la Cour suprême d'adopter une attitude de retenue à l'égard de la décision du ministre découle de ce contexte factuel implicitement pertinent dans *Suresh*. La Cour choisit plutôt de fonder explicitement son attitude de retenue sur le choix de la norme de contrôle applicable en droit administratif à la décision du ministre. Dans sa décision, la Cour se penche successivement sur la décision du ministre et sur les dispositions habilitantes relatives à l'émission d'un avis de danger.

¹⁹⁹ Voir les objectifs de la LIPR, art. 3(3)d) et 3(3)f).

²⁰⁰ *Charkaoui II*, préc., note 139, par. 53.

Dans la deuxième partie de ce mémoire, j'examine le contrôle de la décision du ministre par la Cour suprême. Il est pertinent de se pencher sur la nature particulière des décisions discrétionnaires et de leur contrôle. Notons que la Cour ne contrôle pas la décision du ministre au niveau substantif, qu'elle limite plutôt ses commentaires à la norme de contrôle à adopter lors du contrôle d'un avis de danger. Cette analyse en droit administratif obscurcit selon moi les assises factuelles de la décision de la Cour suprême.

Dans la troisième partie, je traite du contrôle de la constitutionnalité de l'alinéa 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration*. La démarche contextuelle de la Cour pour identifier le principe de justice fondamentale applicable fait aussi complètement abstraction du contexte en matière de sécurité nationale et du contexte en matière d'immigration. La Cour suprême appuie sa conclusion selon laquelle l'expulsion vers la torture ne choque pas la conscience des Canadiens sur un historique législatif, les lois canadiennes et sa propre jurisprudence. Essentiellement, il s'agit d'éléments de droit pour identifier un fait social, ce qui, selon moi, est problématique.

Partie II – L'examen de la décision du ministre : des motifs juridiques de ne pas en considérer les fondements factuels

Un pouvoir discrétionnaire

Afin de mieux comprendre la nature de la décision ministérielle discutée dans *Suresh*, il faut définir ce qu'est une décision discrétionnaire et expliquer pourquoi, selon la Cour suprême, la décision du ministre, en vertu de l'alinéa 53(1)b) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, tombe dans cette catégorie²⁰¹. J'examine ensuite les difficultés propres au contrôle de décisions discrétionnaires par les tribunaux.

En droit administratif, un pouvoir discrétionnaire au sens strict laisse un décideur libre de choisir entre différentes options à l'intérieur de son champ de compétence et de sa juridiction²⁰². Or, cette définition ne semble s'appliquer ni à l'alinéa 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration* ni à l'alinéa 115(2) LIPR lorsqu'on examine leur texte. Les deux articles énoncent une exception au principe de non-refoulement qui prévoit que le Canada ne peut renvoyer une personne vers un pays où elle risque d'être persécutée ou d'être torturée. Les personnes que cette exception concerne sont celles que le ministre juge être un danger pour la sécurité du Canada. Il n'est pas question d'une

²⁰¹ *Suresh*, préc., note 11. La Cour suprême parle de pouvoir discrétionnaire aux paragraphes 5, 29, 32, 38 et 77-79.

²⁰² Voir les définitions d'un pouvoir discrétionnaire dans : Kenneth Culp DAVIS, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969, p. 4, « *A public officer has discretion whenever the effective limits in his power leave him free to make choice among possible courses of action or inaction* »; John M. EVANS, H. N. JANISCH, David J. MULLAN et R. C. B. RISK, *Administrative Law. Cases, Text, and Materials*, 5^e éd., Toronto, Edmond Montgomery Publications Limited, 2003, p. 949, « *[b]y discretion we mean an express legal power to choose a course of action from a range of permissible options, including the option of inaction* »; Denis James GALLIGAN, *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Oxford [Oxfordshire], New York, Clarendon Press, Oxford University Press, 1986, p. 8, « *To have discretion is, then, in its broadest sense, to have a sphere of autonomy within which one's decisions are in some degree a matter of personal judgment and assessment* »; Julius GREY, « *Discretion in Administrative Law* », (1979) 17 *Osgoode Hall L.J.* 107, « *Discretion may best be defined as the power to make a decision that cannot be determined to be right or wrong in any objective way* ».

décision à prendre, mais plutôt du critère pour établir si une personne est touchée par l'exception prévue à l'alinéa 53(1) de la *Loi sur l'immigration* et à l'article 115(2) LIPR. Du strict point de vue du texte de la disposition, le ministre donne tout simplement son opinion sur le danger que représente la personne pour la sécurité du Canada. Dans les faits, puisque les personnes pouvant être visées par l'avis de danger du ministre sont des personnes interdites de territoire et qu'elles ne bénéficient donc plus du principe de non-refoulement, elles deviennent sujettes à des mesures d'expulsion du Canada. La Cour suprême parle du pouvoir discrétionnaire du ministre de prendre des mesures d'expulsion²⁰³, de décider si un réfugié constitue un danger pour le Canada²⁰⁴, du grand pouvoir discrétionnaire dans l'application de l'alinéa 53(1)b)²⁰⁵ et du pouvoir exceptionnel discrétionnaire d'expulser²⁰⁶. Bien que le législateur ne semble pas parler de pouvoir discrétionnaire, ni l'alinéa 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration*, ni à l'alinéa 115(2) LIPR, il ne fait aucun doute que la Cour suprême traite cette décision comme telle. On peut se demander si la Cour ne confond pas l'existence d'un large pouvoir d'appréciation des faits et celle d'un pouvoir discrétionnaire.

Pour mieux apprécier la difficulté inhérente au contrôle des décisions discrétionnaires, on doit se pencher sur la tension entre la primauté du droit (« *rule of law* ») et l'existence de pouvoirs discrétionnaires. MacCormick écrit que « *[t]he "Rule of Law" [...] requires that the Courts shall have the ultimate power of regulating the coercive apparatus of the state, and shall regulate it in accordance with the announced and understood norms of the legal order* »²⁰⁷. Pour les fins du contrôle judiciaire, on doit retenir que la primauté du droit implique que l'État ne peut porter atteinte aux droits d'une personne à moins qu'il n'en soit prévu ainsi par la

²⁰³ *Suresh*, préc., note 11, par. 5 (en anglais « *discretion to deport* »).

²⁰⁴ *Id.*, par. 29 (en anglais « *decision that a refugee constitutes a danger to the security of Canada* »).

²⁰⁵ *Id.*, par. 32 (en anglais « *a broad discretion in issuing a s. 53(1)(b) opinion* »).

²⁰⁶ *Id.*, par. 78 (en anglais « *exceptional discretion to deport* »).

²⁰⁷ D. N. MACCORMICK, « The Motivation of Judgments in the Common Law », dans Chaïm PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, Société anonyme d'éditions juridiques et scientifiques, 1978, 167, p. 173.

loi²⁰⁸. Cette définition de la primauté du droit permet de contester l'octroi de larges pouvoirs discrétionnaires puisqu'ils permettent à l'exécutif de porter atteinte aux droits d'une personne sans que ce ne soit prévu directement par la loi, comme c'est le cas avec le pouvoir discrétionnaire du ministre d'émettre un avis de danger qui aura pour effet de renvoyer une personne du Canada vers un pays où elle risque la torture. À propos de la tension qui existe entre la primauté du droit et les pouvoirs discrétionnaires, Galligan explique :

*With the expansion of government regulation in the early years of the century, the courts naturally were looked to in the expectation that they might provide some protection to private rights and interests. Their position, however was complicated: they recognized that traditional ideas of legality, the rule of law, and the primacy of individual rights and liberties were truncated by discretionary powers and since the source of authority was nothing less than sovereign Parliament itself, it was hardly appropriate to meddle with a concept of such political and legal importance.*²⁰⁹

L'intention du législateur souverain de limiter l'intervention des tribunaux dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires par l'administration est un élément puissant qui commande la retenue des tribunaux²¹⁰.

Considérant la tension inhérente qui existe entre primauté du droit et pouvoir discrétionnaire, il a été historiquement plus aisé pour les cours de se concentrer sur les questions de justice naturelle que sur la légalité substantive de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire²¹¹. Pendant plusieurs années après la Deuxième Guerre mondiale, le contrôle judiciaire de décisions discrétionnaires était confiné à une révision pour s'assurer que les garanties procédurales à l'égard de la personne visée

²⁰⁸ J. M. EVANS et al., préc., note 202, p. 28. Les auteurs résument la définition de la primauté du droit d'A. V. Dicey dans les termes suivants : « *no one should be made to suffer except for a distinct breach of the law, and that government and citizens alike are subject to the general law of the land administered by the ordinary courts* ».

²⁰⁹ D. J. GALLIGAN, préc., note 202, p. 222.

²¹⁰ Marie-Hélène BLAIS, Josée BOUDREAU, Jeremy DE BEER, Michael DRAKE, Warren HOOLE, May LEUNG, Neil MCGRAW, Guy RÉGIMBALD et Megan TELFORD, *Standards of Review of Federal Administrative Tribunals*, éd. 2007, p. 2.

²¹¹ D. J. GALLIGAN, préc., note 202, p. 226.

par la décision administrative, telles que le droit d'être entendu, étaient respectées²¹². La cour examinait aussi si la décision avait été rendue de bonne foi avec l'intention de promouvoir l'objet de la loi²¹³. On constate encore aujourd'hui que la Cour suprême semble être plus à l'aise à contrôler le respect des garanties procédurales lorsqu'une personne est visée par une décision discrétionnaire qu'à réviser la décision au niveau substantif. Dans *Suresh*, la Cour suprême annule la décision du ministre et lui renvoie le dossier parce qu'elle conclut que Suresh a établi *prima facie* qu'il courrait un risque sérieux de torture s'il était expulsé et qu'il n'a pas bénéficié des garanties procédurales minimales²¹⁴. Dans *Charkaoui I*, la Cour conclut que la LIPR contrevient de manière injustifiable à l'article 7 de la *Charte* en autorisant la délivrance d'un certificat d'interdiction de territoire sur la foi de documents secrets, sans prévoir la participation d'un représentant indépendant à l'étape du contrôle judiciaire pour garantir le plus grand respect des intérêts de la personne désignée²¹⁵. Dans *Singh*, certains juges de la Cour déclarent que la procédure d'examen des revendications du statut de réfugié énoncée dans la *Loi sur l'immigration* de 1976 constitue un déni de justice fondamentale en ce qui concerne l'arbitrage de ces revendications. De ce fait, la procédure est selon eux incompatible avec l'article 7 de la *Charte*²¹⁶. Lorsqu'il est question d'équité procédurale, la Cour suprême analyse des questions qui relèvent traditionnellement des tribunaux²¹⁷. Par contre, lorsqu'il est question des principes de justice fondamentale substantifs, le danger d'incursion dans le domaine de l'exécutif est plus élevé²¹⁸.

²¹² *Id.*, p. 226.

²¹³ *Id.*, p. 226.

²¹⁴ *Suresh*, préc., note 11, par. 6, 113-128.

²¹⁵ *Charkaoui I*, préc., note 67, par. 3, 12-94.

²¹⁶ *Singh*, préc., note 152, par. 64.

²¹⁷ Dans *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, par. 100, le juge Binnie écrit sur cette question qu'« [i]l appartient aux tribunaux judiciaires et non au Ministre de donner une réponse juridique aux questions d'équité procédurale ».

²¹⁸ Alan YOUNG, « Fundamental Justice and Political Power. A Personal Reflection on Twenty Years in the Tranches », (2002) 16 *S.C.L.R.* (2d) 121, p. 138. L'auteur en arrive à cette conclusion.

Dans une analyse inspirée par l'idée de la séparation des pouvoirs, Galligan reconnaît que la cour ne peut pas tout simplement substituer ses conclusions à celles d'un décideur administratif qui possède un pouvoir discrétionnaire. Ce serait empiéter sur les pouvoirs de l'exécutif²¹⁹. Puisque l'essence d'un pouvoir discrétionnaire est de laisser un décideur libre de choisir entre différentes options, les tribunaux ne devraient pas réviser la décision au niveau substantif sur la base de la norme de la décision correcte²²⁰. Cela dit, si la cour se limite seulement aux questions d'équité procédurale, son rôle est alors extrêmement limité²²¹.

La primauté du droit selon Dicey a été soumise à une « critique fonctionnelle »²²². Ce mouvement critique affirme entre autres qu'une approche aussi rigoureuse que celle de Dicey, qui réduit au minimum les pouvoirs discrétionnaires, porte atteinte à la mise en œuvre efficace de plusieurs types de législations qui sont adoptées dans l'intérêt public. Le contrôle par les cours ordinaires des décisions administratives ne peut pas refléter l'ensemble des considérations complexes des politiques législatives qui sous-tendent ces décisions. L'approche fonctionnelle reconnaît l'impossibilité

²¹⁹ D. J. GALLIGAN, préc., note 202, p. 226. Voir aussi Sara BLAKE, *Administrative Law in Canada*, 4^e éd., Markham, Ontario, LexisNexis Butterworth, 2006, p. 215-216 : « *The restricted authority of the courts to review the exercise of discretion is rooted in the fundamental theory of the separation of powers between parliament, the executive and the courts. Parliament and the executive make policy. The courts apply the law. It is not the role of the courts to question the wisdom or folly of the government's policy choices. If a court were to determine a question of policy, then the ability of the government to change the court-established policy, to accord with a new scientific, social or political understanding, should be severely circumscribed. Government by judges is not democracy. Accordingly, the courts have no power to review the merits of discretionary decisions* ».

²²⁰ S. BLAKE, préc., note 219, p. 216.

²²¹ D. J. GALLIGAN, préc., note 202, p. 231.

²²² J. M. EVANS et al., préc., note 202, p. 30. Traduction libre de « *functionalist critique* ». Martin LOUGHLIN, « The Functionalist Style in Public Law », (2005) 55 *U.T.L.J.* 361, p. 361-362. L'auteur explique que la théorie de Dicey s'appuie sur la philosophie libérale classique orientée vers la prévention des torts pouvant être causés par l'État aux droits individuels et sur l'idée que le bien-être de la personne passe par le libre marché, la liberté contractuelle et la responsabilité individuelle. L'approche « fonctionnelle » repose plutôt sur des idées progressistes qui incluent la croyance que la liberté individuelle passe par l'action collective et, par conséquent, que l'État doit prendre un rôle actif dans la promotion du bien-être des individus.

pour le pouvoir législatif de prévoir toutes les répercussions d'une loi ou les interprétations qui pourraient lui être attribuées, et l'institution administrative peut être en meilleure position pour fournir une interprétation éclairée²²³. Par conséquent, les tribunaux devraient faire preuve d'un haut niveau de retenue à l'égard des choix de l'administration²²⁴. Dans la décision *Dunsmuir*, la Cour suprême commente le rôle central de la primauté du droit dans le contrôle judiciaire, tout en soulignant la retenue que doit avoir la cour à l'égard des décisions administratives afin de respecter l'intention du législateur. Elle écrit :

Sur le plan constitutionnel, le contrôle judiciaire est intimement lié au maintien de la primauté du droit. C'est essentiellement cette assise constitutionnelle qui explique sa raison d'être et oriente sa fonction et son application. Le contrôle judiciaire s'intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu'elles s'acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur.²²⁵

Certains auteurs suggèrent toutefois certains bémols à l'approche « fonctionnelle ». Celle-ci tend à ne pas accorder suffisamment d'importance à l'obligation démocratique des institutions administratives de rendre des comptes et de garantir les

²²³ Ces critiques sont énumérées dans J. M. EVANS et al., préc., note 202, p. 30-31. Voir aussi M. LOUGHLIN, préc., note 222, p. 363.

²²⁴ J. M. EVANS et al., préc., note 202, p. 31. Les auteurs parlent de la contribution de John Willis à la « critique fonctionnelle » qui a amené une plus grande retenue des tribunaux à l'égard de l'administration. G. Blaine BAKER, dans « Willis on "Cultured" Public Authorities », (2005) 55 *U.T.L.J.* 335, écrit sur la pensée de John Willis : « *A great deal of his scholarly energy was invested in rhetorical attacks designed to beat back intervention by courts in administrative action, and thereby create wide discretionary latitude for bureaucrats in the trenches to get things done* » (p. 335). L'auteur continue en expliquant que « *Willis was particularly cynical about the ability of centrally administered state courts to understand the mid-twentieth-century welfare state or its bureaucratic apparatus and about their willingness to defer to superior distributive experience in administrative processes even when those mandates enjoyed sweeping democratic imprimaturs* » (p. 339).

²²⁵ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, par. 27.

droits fondamentaux. À ce chapitre, les cours de justice ont une contribution positive à apporter au régime de droit administratif²²⁶.

Il doit exister un certain contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires au niveau substantif, particulièrement lorsque ces décisions affectent les droits fondamentaux d'une personne. Les propos de K. C. Davis mettent en évidence l'importance de contrôler les décisions discrétionnaires : « *I think the greatest and most frequent injustice occurs at the discretion end of the scale, where rules and principles provide little or no guidance, where emotions of deciding officers may affect what they do, where political or other favoritism may influence decisions, and where the imperfections of human nature are often reflected in the choices made* »²²⁷. On ne peut pas et on ne devrait pas éliminer la discrétion²²⁸. Toutefois, il est légitime de penser que, lorsque les décideurs administratifs prennent des décisions qui affectent les droits fondamentaux d'une personne, la cour doit jouer un rôle dans l'élaboration de directives pour encadrer l'exercice de ces pouvoirs discrétionnaires et protéger les droits fondamentaux. La formulation de directives n'exige pas une généralisation abstraite qui réglerait toutes les difficultés, il peut s'agir de directives plus limitées qui aident à résoudre un certain nombre de situations²²⁹. Perelman prétend que des conditions vagues, comme la pondération du danger pour la sécurité du Canada et du

²²⁶ J. M. EVANS et al., préc., note 202, p. 31.

²²⁷ K. C. DAVIS, préc., note 202, p. V.

²²⁸ *Id.*, p. 18-26. J. M. EVANS et al., préc., note 202, p. 948, affirment aussi que le recours aux pouvoirs discrétionnaires est inévitable en droit administratif. Ils écrivent : « *[n]o commentator on contemporary government who wishes to be taken seriously can now contend that broad statutory grants of discretion to public officials are in themselves inconsistent with either democratic ideals, or an appropriate concern for the rights of individuals. It has become obvious to all that discretion is the very blood of administrative state. It would be inconsistent with achieving the legislative aim of protecting the public interest identified by particular programs if the enabling statute was expected to define with precision all the situations in which, for example, non-citizens who have committed criminal offences should be excluded from Canada or deported [...]* ».

²²⁹ D. J. GALLIGAN, préc., note 202, p. 287-287. L'auteur explique comment les cours de justice peuvent inciter les décideurs administratifs à encadrer leur pouvoir discrétionnaire.

risque de torture pour une personne dans le cas qui nous intéresse, doivent être précisées « graduellement grâce à des cas d'espèce, dont l'ensemble pourrait permettre, après certains tâtonnements, l'élaboration d'une définition jurisprudentielle »²³⁰. Selon Perelman, « il est normal que [les tribunaux d'appel] soient compétents pour apprécier le bien-fondé de ces qualifications, qui mènent à l'élaboration graduelle de notions essentielles du droit public, et plus spécialement du droit administratif »²³¹. Il ajoute que « [c]e sont les organes administratifs et le pouvoir exécutif qui décident de ce qui constitue par exemple un cas d'urgence ou de ce qui est conforme à l'intérêt général, mais uniquement dans les limites du raisonnable. Dès que la qualification est déraisonnable, [les tribunaux pourront] décider que la décision prise est illégale, parce que contraire à la lettre et l'esprit de la loi »²³². Davis reconnaît qu'il y a parfois, lorsque de nouvelles fonctions impliquant des décisions discrétionnaires sont créées, une période de transition pendant laquelle se structure l'application de ces méthodes de contrôle²³³. Toutefois, dès qu'on tente d'assurer une cohésion entre les décisions rendues, du droit se crée peu à peu, plutôt que de pures décisions discrétionnaires²³⁴. Malheureusement, la décision *Little Sisters Books and Art Emporium*²³⁵ laisse penser que la Cour suprême ne souhaite pas s'engager, au moyen du contrôle judiciaire, dans l'encadrement de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires qui peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux²³⁶. Dans cette affaire, une librairie qui importait du matériel érotique homosexuel des États-Unis voyait ce matériel régulièrement intercepté par le service des douanes. À cause d'inspections pour évaluer si le matériel devait être confisqué parce qu'il était obscène, les produits étaient livrés avec beaucoup de retard, détruits, endommagés ou

²³⁰ C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, préc., note 16, p. 164.

²³¹ *Id.*, p. 165.

²³² *Id.*, p. 165.

²³³ K. C. DAVIS, préc., note 202, p. 99.

²³⁴ June M. ROSS, dans « Applying the Charter to Discretionary Authority », (1991) 29 *Alta L.R.* 382, p. 392, suggère qu'un examen sérieux de la règle de droit qui attribue un pouvoir discrétionnaire permet aussi un meilleur encadrement de l'exercice de ce pouvoir.

²³⁵ *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*. [2000] 2 R.C.S. 1120.

²³⁶ C'est le constat que font les auteurs J. M. EVANS et al., préc., note 202, p. 1085.

perdus. La Cour suprême a jugé que les fonctionnaires des douanes avaient appliqué de manière discriminatoire les dispositions en cause de la *Loi sur les douanes* qui leur octroyaient le pouvoir discrétionnaire d'exécuter ces inspections. Bien que la Cour suprême constate des lacunes dans l'encadrement du pouvoir discrétionnaire des douaniers, lacunes qui causent parfois des atteintes aux droits garantis par la *Charte canadienne*, la majorité refuse d'encadrer plus rigoureusement les pouvoirs discrétionnaires des douaniers. La Cour écrit qu'« [i]l est normal, de par la nature des activités de l'État, que celui-ci soit appelé à exercer son pouvoir et que les droits garantis au citoyen par la Charte puissent en conséquence être touchés. Quoiqu'il y ait preuve d'abus réel en l'espèce, il y a risque d'abus dans de nombreux domaines, et une règle qui obligerait le Parlement à édicter dans chaque cas des procédures spéciales pour protéger les droits garantis par la Charte serait inutilement rigide»²³⁷. Il semble que, pour l'instant, la possibilité d'encadrer grâce aux contrôles de décisions l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre d'émettre un avis de danger ne soit pas une voie très prometteuse.

Davis suggère qu'il faut atteindre un degré optimal de contrôle de la discrétion²³⁸. Je prétends que, lors du contrôle de la décision du ministre d'émettre un avis de danger, il peut exister un juste équilibre où la Cour ne substitue pas son point de vue aux conclusions du ministre, mais effectue tout de même un contrôle vigoureux de la décision pour assurer le respect des droits fondamentaux de la personne visée par l'avis de danger, et ce, même si cela implique que les cours de justice se penchent sur des éléments de fait de la décision du ministre. Dans *Suresh*, le haut niveau de retenue

²³⁷ *Little Sisters Book and Art Emporium*, préc., note 235, par. 137. La Cour suprême constate que la *Loi sur les douanes* prévoit la possibilité de produire une réglementation pour guider les fonctionnaires, mais que « le fait qu'un pouvoir réglementaire ne soit pas exercé ne peut être invoqué pour contester la validité de la loi qui l'a conféré » (par. 135). Le juge Binnie écrit : « [s]i la Constitution habilite le Parlement à accorder, dans le Code criminel, de vastes pouvoirs aux policiers et aux fonctionnaires du ministère de la Justice sans établir de cadre institutionnel précis à l'égard d'activités extrajudiciaires délicates du point de vue de la Charte, je ne vois pas pourquoi le Parlement serait par ailleurs tenu d'établir, par voie législative, des procédures spéciales pour régir les fonctionnaires des douanes » (par. 134).

²³⁸ K. C. Davis, préc., note 202, p. 18-26.

prescrit par la Cour suprême à l'égard de la décision du ministre semble ne pas donner suffisamment d'importance à la fonction des cours de justice de faire respecter les droits garantis par la *Charte canadienne*.

Un contrôle administratif ou constitutionnel

Dans *Suresh*, la Cour suprême examine la constitutionnalité de l'alinéa 53(1)b) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et analyse la décision du ministre d'émettre un avis de danger. En ce qui a trait au contrôle de cette décision discrétionnaire, bien que la Cour suprême retourne le dossier de Suresh au ministre pour des motifs d'ordre procédural et qu'elle n'examine pas la légalité substantive de la décision du ministre en vertu de l'article 7 de la *Charte*, elle formule cependant des observations sur la manière de procéder pour contrôler la décision du ministre²³⁹. Le choix de la Cour de trancher sur la base de motifs d'ordre procédural lui évite de se pencher sur la légalité de la décision du ministre du point de vue substantif et, par conséquent, sur les faits qui soutiennent la décision du ministre. Cela dit, les commentaires de la Cour sur la manière de procéder pour contrôler la décision du ministre indiquent que, même si elle avait procédé au contrôle de la légalité substantive de la décision, le traitement des faits et de la preuve aurait été minimal, puisqu'elle recommande aux tribunaux de révision d'adopter un très haut niveau de retenue à l'égard de la décision du ministre.

Un examen plus approfondi du raisonnement de la Cour suprême sur la façon de procéder pour contrôler la décision du ministre ne permet pas de déterminer clairement si le contrôle d'une décision du ministre qui met en jeu l'article 7 de la *Charte canadienne* doit se faire dans le cadre d'un contrôle constitutionnel ou dans le cadre d'un contrôle judiciaire fondé sur le droit administratif. En fait, à ce jour, la Cour suprême n'a pas encore démêlé l'interaction du droit administratif et du droit constitutionnel lorsqu'il s'agit de contrôler une décision administrative qui affecte les

²³⁹ *Suresh*, préc., note 11, par. 27.

droits fondamentaux d'une personne. Je discute de cette confusion et de ses conséquences dans la section qui suit.

La Cour suprême aborde pour la première fois la manière de procéder pour contrôler la constitutionnalité d'une décision administrative, par opposition à une règle de droit, dans l'arrêt *Slaight Communications*²⁴⁰. Dans cet arrêt, un arbitre du travail rend une ordonnance en vertu du *Code canadien du travail* en faveur d'un employé dans un recours pour congédiement injustifié. La contestation touche le pouvoir de l'arbitre d'émettre à l'encontre de l'employeur une ordonnance de délivrance d'une lettre de recommandation et l'interdiction de donner une réponse à des demandes de renseignements autrement que par l'envoi de cette même lettre de recommandation.

Le juge Lamer propose dans cette décision une démarche pour évaluer la validité d'une ordonnance prononcée par un décideur administratif, démarche qui découle de deux principes²⁴¹. Premièrement, un tribunal administratif ne peut excéder la compétence qui lui est dévolue par la loi. Deuxièmement, une présomption existe selon laquelle un texte qui attribue une « discrétion imprécise » ne confère pas le pouvoir de violer la *Charte canadienne*. Deux situations sont possibles. Dans la première, l'ordonnance contestée peut avoir été rendue en vertu d'un texte qui confère expressément le pouvoir de porter atteinte à un droit protégé, et le texte législatif lui-même sera alors soumis à un contrôle constitutionnel. Dans la deuxième, le texte législatif en vertu duquel le décideur administratif a prononcé l'ordonnance peut conférer une discrétion imprécise et ne prévoir, ni expressément ni par implication nécessaire, le pouvoir de limiter les droits garantis par la *Charte*, et il faut alors soumettre l'ordonnance elle-même à un contrôle constitutionnel. La Cour procède alors à une analyse *de novo* de l'ordonnance et des faits y ayant donné lieu, en dehors de tout type de retenue propre au contrôle judiciaire du droit administratif. En fait, si l'on souhaite à la rigueur faire une analogie, on pourrait dire que le contrôle

²⁴⁰ *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038 (ci-après « *Slaight Communications* »).

²⁴¹ *Id.*, p. 1079-1080.

administratif de la décision contestée pour un motif constitutionnel, que l'on opère dans *Slaight Communications*, s'apparente au contrôle de droit administratif fondé sur la norme de contrôle de la décision correcte : on revoit tout, du début. Si l'ordonnance n'est pas justifiée par les faits particuliers de l'affaire en vertu de l'article premier de la *Charte*, le décideur commet un excès de juridiction. L'analyse du juge Lamer sur cette question est appuyée par la majorité²⁴².

La Cour suprême adopte le point de vue que l'ordonnance, si elle porte atteinte à des droits garantis par la *Charte*, est une limite prévue par une règle de droit au sens de l'article premier. Elle écrit :

Cette restriction provient toutefois d'une règle de droit et, de ce fait, peut être justifiée au terme de l'article premier. L'arbitre tire en effet tous ses pouvoirs de la loi et il ne peut faire plus que ce que la loi lui permet. C'est la disposition législative attributive de discrétion qui restreint le droit ou la liberté puisque c'est elle qui autorise le détenteur de ladite discrétion à rendre une ordonnance ayant pour effet d'apporter des limites aux droits et libertés énoncés dans la *Charte*. L'ordonnance prononcée par l'arbitre n'est que l'exercice de la discrétion qui lui est accordée par la loi.²⁴³

Cette approche qui assimile chaque décision administrative à une règle de droit semble pour le moins conceptuellement problématique. L'application de l'analyse en vertu de l'article premier est très mal adaptée à une décision administrative qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte canadienne*.

Une décision administrative doit normalement être révisée en vertu du cadre d'analyse du droit administratif. Or, *Slaight Communications* a appliqué le cadre d'analyse constitutionnel à la décision parce que les droits garantis par la *Charte canadienne* étaient en jeu. Malheureusement, la Cour suprême n'a pas donné d'explications sur l'interaction entre le cadre d'analyse constitutionnel et le cadre d'analyse administratif, et le juge en chef Dickson, toujours dans *Slaight Communications*, a écrit que l'interaction des normes de contrôle en droit

²⁴² *Id.*, p. 1148.

²⁴³ *Id.*, p.1080-1081.

administratif et des normes en droit constitutionnel devrait être examinée éventuellement²⁴⁴.

À ce jour, les décisions de la Cour suprême n'ont toujours pas clarifié cette question. Dans *Suresh*, la Cour suprême semble tendre vers l'application des normes de contrôle en droit administratif pour la révision de décisions qui soulèvent des questions constitutionnelles. Dans un premier temps, le ministre doit déterminer si l'étranger constitue un danger pour la sécurité du Canada. Cette première étape ne soulève pas de questions relatives aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. La Cour suprême applique ici la norme de contrôle en droit administratif du manifestement déraisonnable²⁴⁵. Dans un second temps, le ministre doit évaluer s'il y a un risque substantiel que la personne soit torturée si elle est retournée dans son pays. À cette étape, la Cour suprême reconnaît que la décision du ministre met en jeu l'article 7 de la *Charte*²⁴⁶. La Cour ne précise pas la norme de contrôle applicable à cette étape²⁴⁷. Alors que le juge Robertson de la Cour d'appel fédérale avait qualifié cette question de constitutionnelle, la Cour suprême affirme qu'il s'agit d'une question préliminaire de fait, sans pour autant directement infirmer la conclusion du juge Robertson²⁴⁸. La Cour suprême se limite à recommander la retenue à l'égard de cette conclusion du ministre, et prévient qu'il ne faut pas soupeser à nouveau les facteurs pris en compte par le ministre. Elle ajoute que l'intervention de la cour ne sera permise que « si la décision n'est pas étayée par la preuve ou [qu']elle n'a pas été prise en tenant compte des facteurs pertinents »²⁴⁹. Cette remarque tend à indiquer que la Cour suprême utilise le cadre d'analyse du droit administratif. Selon David Mullan, la décision dans *Suresh* semble indiquer que la Cour suprême applique une norme impliquant un degré de déférence moindre que celui de la norme du manifestement

²⁴⁴ *Id.*, p. 1149.

²⁴⁵ *Suresh*, préc., note 11, par. 32.

²⁴⁶ *Id.*, par. 39.

²⁴⁷ Dans une décision subséquente de la Cour fédérale, *Mahjoub*, préc., note 75, par. 42, la juge Dawson conclut que c'est la norme de la décision manifestement déraisonnable qui s'applique.

²⁴⁸ *Suresh*, préc., note 11, par. 39.

²⁴⁹ *Id.*, par. 39.

déraisonnable²⁵⁰. Puisqu'il s'agit d'une question constitutionnelle, la Cour suprême aurait pu conclure qu'elle n'avait pas à faire preuve de retenue et qu'elle devait avoir recours au cadre d'analyse constitutionnel comme elle l'a fait pour le contrôle de la décision discrétionnaire de l'arbitre dans *Slaight Communications*. Or, la Cour ne fait aucun commentaire qui permettrait de démêler l'interaction entre les normes de contrôle en droit administratif et le cadre d'analyse constitutionnel²⁵¹.

L'arrêt *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*²⁵² démontre que la Cour suprême n'a toujours pas déterminé le cadre d'analyse (constitutionnel ou administratif) applicable au contrôle de décisions administratives qui affectent les droits fondamentaux. La majorité de la Cour suprême dans *Multani* affirme carrément que c'est le cadre d'analyse constitutionnel, qui inclut la démonstration en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne* qu'une atteinte est raisonnable dans une société libre et démocratique, qui devrait être appliqué à la décision administrative de la commission scolaire qui est en cause²⁵³. La majorité de la Cour suprême rejette complètement l'application des principes et des normes de contrôle du droit administratif pour la révision d'une décision administrative qui met en jeu la liberté de religion d'une personne. Cette affaire concerne le port du kirpan dans un

²⁵⁰ David J. MULLAN, « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? » (2004) 17 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 59, 78.

²⁵¹ *Suresh (C.A.F.)*, préc., note 52, par. 122. Le juge Robertson, dans la décision de la Cour d'appel fédérale, soulève cette question. Il écrit : « La présente affaire pose un problème en raison du chevauchement de la *Charte* et des principes de droit administratif relativement à la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à la décision du ministre de déclarer que l'appelant constitue un danger pour la sécurité du Canada. En tenant pour acquis que l'alinéa 53(1)b) est valide sur le plan constitutionnel, il faut encore décider si, dans les circonstances, la décision du ministre de délivrer une lettre d'opinion porte atteinte au droit à la sécurité de la personne que l'article 7 de la *Charte* garantit à l'appelant. Parallèlement, la décision du ministre demeure susceptible d'être examinée par des tribunaux en regard de la norme de contrôle établie en conformité avec les principes énoncés dans l'arrêt *Baker* de la Cour suprême ». L'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, a étendu l'application de l'analyse pragmatique et fonctionnelle en droit administratif aux décisions discrétionnaires d'un ministre.

²⁵² *Multani*, préc., note 28.

²⁵³ *Id.*, par. 20.

établissement scolaire, un symbole religieux sikh prenant la forme d'un couteau qui doit être porté en tout temps. Bien que l'ensemble des juges de la Cour suprême s'entende sur le résultat et renverse la décision de la Cour d'appel du Québec en permettant le port du kirpan dans les établissements scolaires à certaines conditions, les motifs de la juge Charron, soutenus par quatre autres juges, et les motifs des juges Abella et Deschamps diffèrent sur le cadre d'analyse applicable pour la révision de la décision de la commission scolaire.

La majorité soutient que, lors de l'examen d'une question constitutionnelle, le tribunal de révision n'a pas à faire preuve de retenue à l'égard de la décision contrôlée. La majorité prétend que « ce n'est pas parce qu'une question concernant les droits constitutionnels d'une personne se soulève dans un contexte administratif que l'on doit dissoudre les normes du droit constitutionnel dans celles du droit administratif »²⁵⁴. La majorité applique le cadre d'analyse constitutionnel et examine *de novo* la preuve relative à la question en litige, elle procède à sa propre évaluation de cette preuve. Dans un premier temps, elle examine s'il existe une atteinte à la liberté de religion du demandeur. Elle conclut que ce dernier croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et que la conduite qu'il reproche à un tiers nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance²⁵⁵. Elle poursuit avec une analyse du caractère raisonnable de cette atteinte en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. À cette étape, le fardeau incombe sur la commission scolaire et au procureur général du Québec. L'analyse de l'atteinte minimale par la majorité de la Cour reprend en détail la preuve et les arguments présentés par chacune des parties pour que la Cour puisse tirer ses conclusions. Elle examine le comportement du demandeur, la possibilité qu'un autre élève s'empare du kirpan, la présence d'autres objets dans une école qui sont aussi dangereux (ciseaux, crayons, etc.), l'absence d'événements violents rapportés en lien avec des kirpans, et des articles de

²⁵⁴ *Id.*, par. 16.

²⁵⁵ *Id.*, par. 34-41.

journaux²⁵⁶. La majorité conclut que la commission scolaire et le procureur général du Québec n'ont pas fait la preuve que « la prohibition absolue du port du kirpan constitue une atteinte minimale aux droits [du demandeur] »²⁵⁷.

La position de la majorité sur la norme de contrôle dans *Multani* semble irréconciliable avec la décision de la Cour suprême dans *Suresh*²⁵⁸. Bien que la Cour ne se soit pas prononcée sur la norme de contrôle applicable à la question de savoir si M. Suresh fait face à un risque sérieux d'être torturé s'il est retourné dans son pays, la Cour a clairement établi que, même lorsqu'il y a un danger à la vie, à la liberté et à la sécurité d'une personne, les conclusions factuelles du ministre devraient être traitées avec retenue²⁵⁹. Dans *Multani*, la majorité ne fait preuve d'aucune retenue à l'égard des conclusions factuelles du décideur administratif. Bien au contraire, elle entreprend une analyse *de novo* de la preuve. Il est très difficile à première vue de comprendre en quoi l'évaluation des risques par la commission scolaire doit être distinguée de l'évaluation des risques par le ministre dans un avis de danger. La majorité dans *Multani* n'a aucune réticence à substituer sa propre analyse des faits à celle du décideur administratif, tandis que, dans la décision *Suresh*, il semble que le fait que le décideur soit un membre de l'exécutif du gouvernement qui rend une décision revêtant un caractère politique alors que la sécurité nationale est en jeu pousse la Cour suprême à une plus grande retenue. Si la Cour suprême est apte à réexaminer complètement la preuve à l'appui de la décision de la commission scolaire parce qu'elle affecte les droits fondamentaux d'un élève, pourquoi ne pourrait-elle pas le faire pour une personne comme Suresh, qui court le risque d'être torturé s'il est renvoyé dans son pays? La réponse se trouve très probablement dans le contexte différent de ces deux types de décision. Sur cette question, je renvoie le

²⁵⁶ *Id.*, par. 54-68.

²⁵⁷ *Id.*, par. 77.

²⁵⁸ David J. Mullan fait cette constatation dans son article « Administrative Tribunals and Judicial Review of Charter Issues after *Multani* », (2006) 21 *Nat'l J. Const. L.* 127.

²⁵⁹ *Suresh*, préc., note 11, par. 32.

lecteur à ma description du contexte en matière de sécurité nationale et du contexte en matière d'immigration présentée au début de ce mémoire.

Dans une opinion minoritaire de *Multani*, les juges Abella et Deschamps prétendent que la grille d'analyse du juge Lamer dans *Slaight Communications* mérite d'être revue²⁶⁰. Elles jugent que le traitement identique des normes d'application générale et des décisions administratives crée de l'incertitude. Les juges Abella et Deschamps citent deux problèmes principaux entraînés par cette approche unifiée : la difficulté d'assimilation d'une décision à portée individuelle à une règle de droit et la confusion entre les outils de droit administratif et les outils de droit constitutionnel²⁶¹. La minorité préfère avoir recours aux principes et aux normes de contrôle du droit administratif pour trancher le litige, entre autres parce que le recours à la justification constitutionnelle est conçu pour évaluer, non pas une décision, mais une norme d'application générale, comme une loi ou un règlement. Les juges Abella et Deschamps constatent que « la grille d'analyse élaborée spécifiquement pour des règles de droit ne peut être importée facilement lorsqu'il s'agit d'évaluer la validité d'une décision administrative, même lorsqu'il s'agit d'une question mettant en cause des droits de la personne »²⁶². Elles ajoutent que « le choix de l'analyse fondée sur les règles de droit administratif permet d'éviter les difficultés inhérentes à la confusion des règles de la justification constitutionnelle et celles du en droit administratif »²⁶³.

La position de la majorité dans *Multani* entraîne le risque que les principes et les normes de contrôle administratif soient tout simplement écartés chaque fois qu'une partie à un contrôle judiciaire soulèvera une question constitutionnelle. À ce sujet, David Mullan précise :

²⁶⁰ *Multani*, préc., note 28, par. 103.

²⁶¹ *Id.*, par. 112 et suivants.

²⁶² *Id.*, par. 85 et 125. Cette constatation rejoint les propos de Danielle PINARD, « Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt *Slaight Communications* », (1991-1992), 1 *R.N.D.C.* 79.

²⁶³ *Multani*, préc., note 28, par. 85.

*If correctness review becomes the order of the day in all Charter contexts, including the determination of factual issues and the application of the law to those facts, then what in effect can occur is that the courts will perforce assume the role of a de novo appellate body from all tribunals the task of which is to make decisions that of necessity have an impact on Charter rights and freedoms [...]. Whether that kind of judicial micro-managing of aspects of the administrative process should take place is a highly problematic question.*²⁶⁴

L'approche de la minorité limite le rôle des tribunaux judiciaires qui ne font alors plus que s'assurer que, lorsque des droits et libertés sont en jeu, les décideurs traitent correctement les questions de droit. Toutefois, dans la mesure où leurs conclusions en droit ne portent pas atteinte à la *Charte*, les tribunaux devraient faire preuve d'un certain degré de retenue à l'égard du traitement des questions de fait par les décideurs administratifs. La majorité dans *Multani* ne donne aucune marge de manœuvre à la commission scolaire lorsqu'il s'agit d'évaluer le risque et les mesures à prendre qui sont les plus appropriées. Dans un contexte de droit administratif où les tribunaux sont appelés à reconnaître l'expertise particulière des décideurs dans leur domaine, il est surprenant que la majorité n'ait pas reconnu la position privilégiée de la commission scolaire sur la question de la sécurité dans les écoles.

Je crois que la critique de la minorité dans *Multani* est fondée. Les décisions discrétionnaires administratives qui mettent en jeu les droits fondamentaux d'une personne devraient être examinées au moyen du cadre d'analyse du droit administratif. Le cadre d'analyse en droit constitutionnel n'est pas adapté et ne permet aucune retenue à l'égard de décideurs administratifs spécialisés²⁶⁵. Par contre, je ne crois pas non plus que l'application du plus haut niveau de retenue à l'égard de la décision du ministre soit appropriée. Je poursuis par un commentaire critique du choix de la Cour suprême de la norme de contrôle en droit administratif, choix impliquant un haut niveau de retenue de la part des tribunaux pour le contrôle de la

²⁶⁴ D. J. MULLAN, « Administrative Tribunals and Judicial Review of Charter Issues after *Multani* », préc., note 258, p. 145.

²⁶⁵ *Id.*, p. 136-137. Mullan déclare qu'il devrait demeurer une part de retenue à l'égard des conclusions du décideur lorsque les questions en litige impliquent des faits et l'appréciation de la preuve, ainsi que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, bien qu'une question de droits fondamentaux soit soulevée.

décision du ministre dans l'affaire *Suresh*. Mon analyse vise à mettre en évidence la non-justification du haut niveau de retenue de la Cour suprême à l'égard de la décision du ministre lorsque les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité d'une personne sont en jeu.

Le choix de la norme de contrôle en droit administratif

Les normes de contrôle en droit administratif visent à déterminer le degré de retenue que les cours de justice doivent adopter lors du contrôle judiciaire d'une décision administrative. Autrement dit, la norme de contrôle indique le degré d'intervention judiciaire lors de la révision d'une décision²⁶⁶. L'analyse pragmatique et fonctionnelle a été mise en place pour déterminer la norme de contrôle applicable. La Cour suprême a commencé à appliquer cette approche aux décisions discrétionnaires dans la décision *Baker*²⁶⁷. Cette approche a été remplacée récemment par l'analyse relative à la norme de contrôle dans la décision *Dunsmuir*²⁶⁸. Il convient d'analyser l'impact de cette dernière décision sur les normes de contrôle et d'étudier son impact sur les conclusions de la Cour suprême dans *Suresh*²⁶⁹.

²⁶⁶ M.-H. BLAIS et al., préc., note 210, p.1. Sur le rôle des normes de contrôle (« standard of review »), les auteurs écrivent : « *Within the realm of administrative law, a discrete legal analysis addressing the relationship between the legislature, administrative tribunals and courts has developed. In essence, the jurisprudence built upon this analysis represents the nexus at which social program implementation and the rule of law converge. This topic has been dubbed the "standard of review" »*. Pour une revue de l'évolution des normes de contrôle, p. 6-12. Voir aussi David J. MULLAN, *Administrative Law, Essentials of Canadian Law*, Toronto, Irwin Law, 2001, p. 52-65 et Lorne SOSSIN et Colleen M. FLOOD, « The Contextual Turn : Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law », (2007) 57 *U.T.L.J.* 581, p. 583-596.

²⁶⁷ *Baker*, préc., note 251. Voir John M. EVANS, *Judicial Review of Administrative Discretion : plus ça change...?*, 2004, 6 *Admin. L.R.* (4th) 61.

²⁶⁸ *Dunsmuir*, préc., note 225.

²⁶⁹ Dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, la Cour suprême confirme que l'analyse relative à la norme de contrôle établie dans *Dunsmuir* est applicable aux contrôles judiciaires en cour fédérale.

Dans la décision *S.C.F.P. c. Société des Alcools du Nouveau-Brunswick*²⁷⁰ de 1979, la Cour suprême a reconnu l'attitude de retenue que les cours de justice devaient adopter à l'égard des objectifs du législateur qui choisit de déléguer le pouvoir décisionnel final à un décideur administratif plutôt qu'aux cours ordinaires. Dans cette décision, la Cour suprême a reconnu que les décideurs administratifs pouvaient être en meilleure position pour trancher certaines questions et interpréter des dispositions dans leur champ de compétence²⁷¹. La Cour suprême concluait que les cours ne devaient pas intervenir pour rectifier une erreur du décideur administratif à moins que la décision soit manifestement déraisonnable²⁷², peu importe qu'il s'agisse d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait²⁷³. Par la suite, le juge Beetz de la Cour suprême, dans la décision *Union des employés de service, Local 298 c. Bibeault*²⁷⁴, a élaboré l'analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer le degré de retenue et la norme de contrôle applicable au contrôle de chaque décision administrative²⁷⁵. Cette approche vient récemment d'être révisée par la Cour suprême dans *Dunsmuir*²⁷⁶.

Dans *Dunsmuir*, la Cour suprême affirme qu'il faut « repenser tant le nombre que la teneur des normes de contrôle, ainsi que la démarche analytique qui préside à la détermination de la norme applicable » dans un cas donné²⁷⁷. La Cour remplace l'analyse pragmatique et fonctionnelle par « l'analyse relative à la norme de contrôle ». Il s'agit d'une analyse contextuelle²⁷⁸. L'approche pragmatique et fonctionnelle, introduite par la décision *Bibeault*²⁷⁹ en 1988, consistait à soupeser

²⁷⁰ [1979] 2 R.C.S. 227 (ci-après « *S.C.F.P.* »).

²⁷¹ M.-H. BLAIS et al., préc., note 210, p. 8.

²⁷² *S.C.F.P.*, préc., note 270.

²⁷³ D. J. MULLAN, *Administrative Law*, préc., note 266, p. 62-64.

²⁷⁴ [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1087.

²⁷⁵ D. J. MULLAN, *Administrative Law*, préc., note 266, p. 64-65.

²⁷⁶ *Dunsmuir*, préc., note 225.

²⁷⁷ *Id.*, par. 34.

²⁷⁸ *Id.*, par. 64.

²⁷⁹ *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.

quatre facteurs pour déterminer le niveau de déférence dont devait faire preuve une cour lorsqu'elle contrôlait une décision administrative²⁸⁰. Les cours devaient faire une analyse globale de ces facteurs pour déterminer le niveau de déférence approprié²⁸¹. L'approche pragmatique et fonctionnelle exigeait que la norme de contrôle applicable soit déterminée au cas par cas pour tous les types de décisions administratives²⁸². La nouvelle « analyse relative à la norme de contrôle » procède en deux temps. En premier lieu, « la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche s'avère infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle »²⁸³. Ces éléments sont, entre autres, les quatre facteurs de l'ancienne analyse pragmatique et fonctionnelle, mais ceux-ci ne semblent plus être exclusifs²⁸⁴.

La Cour suprême modifie non seulement la démarche analytique pour déterminer la norme de contrôle applicable, mais aussi les normes de contrôle elles-mêmes. Avant *Dunsmuir*, et lorsque la Cour suprême a rendu sa décision dans *Suresh*, trois normes de contrôle étaient potentiellement applicables à une décision administrative : la norme de la décision manifestement déraisonnable, qui requérait la plus grande déférence des tribunaux, la norme de la décision correcte, qui ne requérait aucune

²⁸⁰ *Suresh*, préc., note 11, par. 30, où la Cour suprême énumère les quatre facteurs : (1) la présence ou l'absence d'une clause excluant le droit d'appel, (2) l'expertise relative du décideur, (3) l'objet de la disposition en cause et de la loi dans son ensemble et (4) la nature du problème.

²⁸¹ *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, à la p. 265.

²⁸² *Baker*, préc., note 251, par. 39; *Suresh*, préc., note 11, par. 54.

²⁸³ *Id.*, par. 62.

²⁸⁴ *Dunsmuir*, préc., note 225, par. 64. Michèle DUCHARME, « *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* : Sept mois plus tard, le traitement par les cours d'appel canadiennes des nouvelles règles régissant le contrôle judiciaire », Allocution livrée à l'occasion du Colloque sur l'arrêt *Dunsmuir* tenu par les Éditions Yvon Blais en association avec la Section de droit administratif de l'Association du Barreau canadien – Division Québec, 28 octobre et 11 décembre 2008, p. 5. L'auteur constate que le par. 64 de la décision indique que les facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle ne semblent plus exclusifs. David J. MULLAN, « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let's Try Again! », (2008) 21 *C.J.A.L.P.* 117, p. 125.

déférence des tribunaux, et celle de la décision raisonnable *simpliciter*²⁸⁵, qui était une norme intermédiaire. Lorsqu'un tribunal avait déterminé le degré de déférence qu'il devait adopter à la lumière des quatre facteurs, il devait adopter la norme de contrôle qui s'en rapprochait le plus²⁸⁶. Dans *Dunsmuir*, la Cour suprême conclut que, dorénavant, il ne devrait y avoir que deux normes de contrôle, celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable²⁸⁷. *Dunsmuir* ne modifie pas les principes régissant la norme de la décision correcte. Une décision révisée en fonction de la norme de la décision correcte ne fait l'objet d'aucune déférence. Pour ce qui est de la nouvelle norme de la décision raisonnable, la Cour estime que, malgré ce qui distingue théoriquement la norme du manifestement déraisonnable de celle du raisonnable *simpliciter*, « toute différence réelle d'application paraît illusoire »²⁸⁸. Lorsque les tribunaux examineront une décision à la lumière de la norme de la décision raisonnable, ils devront se pencher sur « [...] la transparence et [...] l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi [que sur] l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit »²⁸⁹.

²⁸⁵ Jusqu'en 1997, la définition de la norme de contrôle du manifestement déraisonnable a évolué sans toutefois refléter de manière satisfaisante les degrés de déférence que les tribunaux doivent avoir à l'égard de décisions administratives. Apparaît alors la norme du « raisonnable *simpliciter* » (ou « simplement raisonnable ») dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 54, une norme intermédiaire, entre la norme de la décision correcte et la norme de la décision manifestement déraisonnable.

²⁸⁶ M.-H. BLAIS et al., préc., note 210, p. 37-38. Les auteurs expliquent que l'idée d'une « gamme de normes » (« *spectrum of standard* ») n'implique pas qu'il existe un nombre infini de normes de contrôle entre la norme de la décision correcte et la norme de la décision manifestement déraisonnable. Ils écrivent : « *The three standards of review [...] are definite points lying on the spectrum of deference, which provokes "deferential self-discipline" on the part of the reviewing court* ». À ce sujet, les auteurs renvoient à la décision de la Cour suprême dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, voir particulièrement par. 45.

²⁸⁷ *Dunsmuir*, préc., note 225, par. 45. M. DUCHARME, préc., note 284, p. 6, écrit : « Les deux anciennes normes de raisonabilité – à savoir la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et celle de la décision manifestement déraisonnable – ont été fondues, ou fusionnées, en une nouvelle norme de contrôle judiciaire unique de raisonabilité ».

²⁸⁸ *Dunsmuir*, préc., note 225, par. 41.

²⁸⁹ *Id.*, par. 47.

La Cour suprême semble suggérer que différents degrés de retenue peuvent se rattacher à la nouvelle norme²⁹⁰. D'une part, la Cour prévient que « [l']application d'une seule norme de raisonnable n'ouvre pas la voie à une plus grande immixtion judiciaire »²⁹¹. D'autre part, elle fusionne en une seule norme les deux anciennes normes du manifestement déraisonnable et du raisonnable *simpliciter*²⁹², ce qui exclut l'assimilation de la nouvelle norme à la norme du raisonnable *simpliciter*²⁹³.

On peut s'interroger sur l'effet de la décision *Dunsmuir* sur le contrôle de la décision discrétionnaire d'un ministre, par exemple celle discutée dans *Suresh*. La Cour suprême précise à ce sujet qu'« en présence d'une question touchant aux faits, à un pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue des tribunaux s'impose d'emblée »²⁹⁴. Ce commentaire semble indiquer que la norme de la décision raisonnable dans un contexte comme celui discuté dans *Suresh* n'implique pas un degré de déférence moindre que celui qui a été accordé aux décisions du ministre jusqu'à ce jour. En d'autres mots, la disparition de la norme de contrôle du manifestement déraisonnable et l'application de la nouvelle norme du raisonnable ne

²⁹⁰ Bien que la majorité ne prenne pas expressément cette position, le juge Binnie, dans ses motifs concordants (*Dunsmuir*, préc., note 225, par. 139), écrit à ce sujet : « Il est parfaitement légitime que les cours se soucient des différents degrés de respect (ou de déférence) que commandent différentes situations. Appliquer en fonction du contexte une norme de contrôle unique transforme (quelque peu) le débat : il ne s'agit plus de choisir entre deux normes de raisonnable correspondant chacune à un degré de déférence distinct, mais bien de déterminer le bon degré de déférence à l'intérieur d'une seule norme de raisonnable ». D. J. Mullan, dans « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let's Try Again! », préc., note 284, p. 133-134, conclut que l'interprétation du juge Binnie est la conclusion logique qui découle des constatations de la majorité sur l'impact de la nouvelle norme de contrôle.

²⁹¹ *Dunsmuir*, préc., note 225, par. 48.

²⁹² *Dunsmuir*, préc., note 225, par. 45.

²⁹³ M. DUCHARME, préc., note 284, p. 10, constate la tendance de plusieurs cours d'appel dans des décisions rendues après *Dunsmuir* à renvoyer à la définition de la norme de raisonnable *simpliciter* donnée dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, préc., note 286, pour définir la nouvelle norme de contrôle. Elle affirme que cette approche semble aller à l'encontre des motifs de la Cour suprême.

²⁹⁴ *Dunsmuir*, préc., note 225, les juges Bastarache et LeBel, par. 53; voir aussi le juge Binnie, par. 130 et 146, et la juge Deschamps, par. 165.

signifieraient pas que les tribunaux pourront intervenir davantage lors de la révision de la décision du ministre d'émettre un avis de danger, puisque cette norme « n'ouvre pas la voie à une plus grande immixtion judiciaire ». La seule façon d'éviter une ingérence accrue des tribunaux est de reconnaître que la norme du raisonnable n'est pas synonyme de la norme du raisonnable *simpliciter* et que le degré de déférence varie selon le contexte lors de l'application de la norme de la décision raisonnable.

La première étape de l'analyse relative à la norme de contrôle requiert un examen de la jurisprudence. Les tribunaux appelés à contrôler la décision du ministre d'émettre un avis de danger doivent se référer à la jurisprudence constante qui, depuis la décision dans *Suresh*, a toujours fait preuve du plus haut niveau de retenue à l'égard des décisions du ministre²⁹⁵. Il est possible que les cours de révision concluent que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable et en restent là dans leur analyse, ce qui signifierait que la norme de contrôle applicable aurait changé mais que le degré de déférence ne changerait pas²⁹⁶. Toutefois, si les tribunaux de révision choisissent de déterminer la norme de contrôle applicable à partir d'un examen de différents facteurs, dont les quatre facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, je crois que le résultat de leur analyse peut être potentiellement différent. J'explique pourquoi dans les paragraphes qui suivent.

Dans *Suresh*, la Cour examine successivement chacun des quatre facteurs de l'approche pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable à la conclusion du ministre concernant le danger qu'une personne

²⁹⁵ Voir, entre autres : *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72, par. 16-17; *Mahjoub*, préc., note 75, par. 42; *Thuraisingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 1 R.C.F. D-17, 2004 CF 607, par. 26-27; *Dadar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1381, par. 13; *Fabian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1527.

²⁹⁶ Il semble que ce soit ce que la Cour suprême a fait pour le contrôle de la décision discrétionnaire du ministre de la Justice d'extrader une personne. Voir *Lake*, préc., note 187, par. 34-41.

représente pour la sécurité du Canada²⁹⁷. En ce qui a trait au premier facteur, la présence ou l'absence d'une clause excluant le droit d'appel, la Cour suprême du Canada a jugé que l'assujettissement d'un contrôle judiciaire à une autorisation par la Cour fédérale limite le pouvoir de révision des décisions. En matière d'immigration, le contrôle judiciaire de toute mesure – décision, ordonnance, question ou affaire – prise par la Cour fédérale dans le cadre de la LIPR est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation à la Cour fédérale²⁹⁸. Bien que la décision du ministre en vertu de l'alinéa 53(1)b) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* ne soit pas protégée par une clause privative, le pouvoir de révision restreint milite en faveur de la retenue des tribunaux²⁹⁹. Ce premier facteur n'est pas déterminant en soi, mais il contribue à établir le niveau de retenue que les tribunaux doivent avoir à l'égard d'une décision administrative³⁰⁰.

Le deuxième facteur requiert que les tribunaux examinent l'expertise relative du décideur « quant à la réalisation des objectifs d'une loi, que ce soit en raison de ses connaissances spécialisées, de sa procédure spéciale ou de ses moyens non judiciaires d'appliquer la loi »³⁰¹. Ce deuxième facteur est central dans l'analyse de la Cour suprême dans *Suresh*³⁰². Selon la Cour, l'analyse de ce facteur milite aussi en faveur de la retenue des tribunaux à l'égard de l'avis de danger émis par le ministre³⁰³. La Cour suprême renvoie à la décision *Baker*, où elle écrit que « le fait qu'officiellement

²⁹⁷ *Suresh*, préc., note 11, par. 30-31.

²⁹⁸ LIPR, art. 72.

²⁹⁹ *Suresh*, préc., note 11, par. 31.

³⁰⁰ M.-H. BLAIS et al., préc., note 210, p. 20. Les auteurs soulignent que ce facteur n'est pas le plus important.

³⁰¹ *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 32. Les éléments que les tribunaux considèrent pour déterminer le niveau d'expertise d'un décideur administratif varient. L'évaluation de ce facteur s'avère par conséquent assez complexe. Voir à ce sujet D. J. MULLAN, « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? », préc., note 250, p. 68-72.

³⁰² Selon la Cour suprême dans *Southam*, préc., note 285, par. 50, il s'agirait du facteur le plus important. Or, D. J. MULLAN, « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let's Try Again! », préc., note 284, p. 125, soumet que, suivant la décision dans *Dunsmuir*, préc., note 225, ce facteur ne serait plus déterminant.

³⁰³ *Suresh*, préc., note 11, par. 31.

le décideur soit le ministre est un facteur militant en faveur de la retenue»³⁰⁴. Au surplus, pour motiver cette position, la Cour suprême renvoie à la décision *Rehman*, dans laquelle la Chambre des Lords constate que le ministre « a accès a des sources d'information et d'expertise particulières en [...] matière [de sécurité nationale] »³⁰⁵. Selon David J. Mullan, il n'est pas surprenant que la Cour suprême en arrive à la conclusion que le ministre possède une expertise particulière, puisque ce type de décision est pris après que le ministre ait consulté des experts de son ministère, et que ces décisions s'appuient généralement sur des considérations politiques, ou à tout le moins sur des politiques législatives (« *policy* »)³⁰⁶.

Le troisième facteur a trait à la détermination par les tribunaux de l'objet de la loi en vertu de laquelle la décision administrative a été prise et des dispositions en cause. Ce troisième facteur vise entre autres à distinguer les décisions dites « polycentriques », qui requièrent que le décideur crée un équilibre délicat entre divers intérêts, des décisions qui visent la détermination des droits de deux parties qui s'opposent dans le processus contradictoire³⁰⁷. Dans *Pushpanathan*, la Cour suprême écrit qu'« une question polycentrique fait intervenir un grand nombre de considérations et d'intérêts entremêlés et interdépendants »³⁰⁸. Cette distinction entre des questions polycentriques et ce qu'on pourrait appeler des questions bipolaires permet de mettre en évidence le fait que certaines décisions peuvent avoir un impact sur des parties qui ne participent pas au processus administratif³⁰⁹. Dans *Suresh*, la Cour suprême conclut à nouveau

³⁰⁴ *Id.*, par. 31; *Baker*, préc., note 251, par. 59.

³⁰⁵ *Suresh*, préc., note 11, par. 31; *Rehman*, préc., note 102, par. 62.

³⁰⁶ D. J. MULLAN, « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? », préc., note 250, p. 68-69.

³⁰⁷ M.-H. BLAIS et al., préc., note 210, p. 22-23, plus particulièrement à la p. 23 : « *In essence, the more a tribunal is required to evaluate, weigh and satisfy diverging interests, the more it will be entitled to deference by the judiciary. This can be contrasted with the less deferential stance that will be taken if a "decision is related directly to the rights and interest of an individual in relation to the government, rather than balancing the interests of various constituencies or mediating between them"* ».

³⁰⁸ *Pushpanathan*, préc., note 301, par. 36.

³⁰⁹ *Id.*, par. 36.

qu'il s'agit d'un facteur qui milite en faveur de la retenue des tribunaux appelés à réviser la décision discrétionnaire du ministre. Lorsque le ministre émet un avis de danger, il fait un exercice de pondération polycentrique, et la Cour suprême juge qu'il est mieux placé que les tribunaux pour faire cette évaluation³¹⁰.

Quant au quatrième facteur, il concerne la détermination de la nature de la question en litige visée par le contrôle judiciaire. Certaines questions sont de nature juridictionnelle et tournent autour de l'existence ou non d'un pouvoir habilitant le décideur à agir³¹¹. D'autres sont des questions de droit. Généralement, à moins qu'il ne s'agisse de droit relié au domaine de compétence du décideur, les cours n'adopteront pas une attitude de retenue à l'égard de ces dernières questions³¹². Certaines questions sont mixtes, et touchent l'application du droit aux faits dans une affaire. Le degré de retenue peut alors varier énormément selon chaque affaire³¹³. Les questions de fait, quant à elles, font l'objet d'une grande retenue lors du contrôle judiciaire. Finalement, il y a les décisions discrétionnaires³¹⁴, comme la décision discrétionnaire du ministre d'accueillir un étranger au Canada pour des motifs humanitaires qui a été discutée par la Cour suprême dans la décision *Baker*³¹⁵. L'alinéa 114(2) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* (maintenant l'article 25 LIPR) confère un pouvoir discrétionnaire au ministre qui, selon la Cour suprême, « demande principalement l'appréciation des faits relatifs au cas d'une personne, et ne porte pas sur l'application ni sur l'interprétation de règles de droit précises. [...] [L]e fait que

³¹⁰ *Suresh*, préc., note 11, par. 31.

³¹¹ M.-H. BLAIS et al., préc., note 210, p. 27-28.

³¹² *Id.*, p. 28-30, 234-236. Généralement, lors du contrôle judiciaire de questions de droit en matière d'immigration et de statut de réfugié, les cours fédérales appliquent la norme de la décision correcte.

³¹³ *Id.*, p. 30-31 : « *The key is [...] to determine whether the legal principle decided by the tribunal is readily extricable from the factual components of the matter. If so, the legal aspects of the decision can be adjudged on standard of correctness, as such a standard is favored where the question is one of "pure" statutory interpretation. If, however, the legal and factual components are truly inextricable, or if the tribunal applied the proper legal test, more deference will be warranted* ».

³¹⁴ *Id.*, p. 34-35.

³¹⁵ *Baker*, préc., note 251.

cette décision soit de nature hautement discrétionnaire et factuelle est un facteur qui milite en faveur de la retenue»³¹⁶. La Cour suprême qualifie de la même façon la décision du ministre dans *Suresh*. Elle décrit la décision du ministre comme étant «largement contextuelle et tributaire des faits»³¹⁷. Ce dernier facteur milite aussi en faveur d'un haut niveau de retenue. La Cour suprême conclut que l'ensemble des facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle indique que le contrôle de la conclusion du ministre sur le danger que représente une personne pour la sécurité du Canada devrait être fait en vertu de la norme du manifestement déraisonnable. Cette première question que doit trancher le ministre n'affecte pas les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne visée par l'avis de danger. Par contre, la deuxième étape de l'analyse du ministre, lors de laquelle il doit déterminer si la personne est exposée à un risque sérieux de torture si elle est retournée dans son pays, met définitivement en jeu l'article 7 de la *Charte canadienne*. C'est à cette étape, selon moi, que la décision *Dunsmuir* de la Cour suprême peut avoir un impact.

La Cour suprême n'applique pas expressément l'analyse pragmatique et fonctionnelle à la deuxième étape du raisonnement du ministre qui consiste à évaluer si la personne court le risque d'être torturée si elle est renvoyée du Canada. Elle se contente d'indiquer que les tribunaux doivent faire preuve d'un haut niveau de retenue à l'égard de la décision du ministre, d'une part parce qu'il occupe une position privilégiée pour trancher cette question, d'autre part parce qu'il s'agit d'une question de fait. Je me permets de souligner que je doute que les tribunaux ne soient pas en mesure d'examiner cette question de fait. À preuve, tel que je l'expliquais dans la section précédente, la Cour suprême s'est lancée dans un examen *de novo* de la preuve dans *Multani*. La nouvelle approche dans *Dunsmuir* ouvre la porte à la prise en compte de facteurs supplémentaires. La Cour suprême affirme que l'analyse relative à la norme de contrôle est contextuelle et que «son issue dépend de l'application d'un certain nombre de facteurs, dont [les quatre facteurs de l'ancienne

³¹⁶ *Id.*, par. 61.

³¹⁷ *Suresh*, préc., note 11, par. 31.

approche] »³¹⁸. Je crois que l'impact d'une décision sur les droits fondamentaux d'une personne devrait être un facteur à considérer. Dans *Suresh*, la Cour suprême reconnaît « que la question de savoir si un réfugié constitue un danger pour la sécurité du Canada touche aux droits de la personne et met en jeu des intérêts humains fondamentaux »³¹⁹. Cela dit, il ne s'agit pas d'une considération formellement intégrée à l'analyse pragmatique et fonctionnelle, et, bien qu'elle « [estime] que l'application d'une norme caractérisée par la retenue n'empêche pas l'examen exhaustif de toutes les questions liées aux droits de la personne »³²⁰, la Cour ne semble pas admettre directement que le degré de retenue des tribunaux devrait être moindre lorsque les droits fondamentaux d'une personne sont en jeu.

L'approche pragmatique et fonctionnelle exigeait que la norme de contrôle applicable soit déterminée au cas par cas pour tous les types de décisions administratives³²¹. Ainsi, différentes décisions d'un même décideur se sont vues assujetties à des normes de contrôle différentes. Les décisions *Suresh* et *Baker* en sont un bon exemple. Dans les deux cas, le contrôle judiciaire visait une décision discrétionnaire du ministre. Dans *Baker*, la Cour suprême a jugé que le contrôle judiciaire d'une décision sur l'admission d'un étranger pour des motifs d'ordre humanitaire doit être fait en vertu de la norme du raisonnable *simpliciter*, tandis que, dans *Suresh*, la Cour suprême a conclu que l'avis de danger du ministre devait être contrôlé en vertu de la norme impliquant un plus haut niveau de retenue de la part des tribunaux. L'application de normes de contrôle différentes à deux décisions d'un même ministre dans *Suresh* et *Baker* laisse soupçonner qu'un facteur supplémentaire pour déterminer le niveau de déférence approprié a été implicitement pris en considération par la juge L'Heureux-Dubé, qui a rédigé les motifs de la majorité de la Cour dans cette dernière décision.

³¹⁸ *Dunsmuir*, préc., note 225, par. 64.

³¹⁹ *Suresh*, préc., note 11, par. 32.

³²⁰ *Id.*, par. 32.

³²¹ *Dr. Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 21 : « Chaque fois que la loi délègue un pouvoir à une instance administrative décisionnelle, le juge de révision doit commencer par déterminer la norme de contrôle applicable selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle ».

Dans son analyse du degré de garanties procédurales auxquelles avait droit Mme Baker dans le cadre de la décision du ministre de l'admettre ou non pour des motifs d'ordre humanitaire, la juge a pris en compte « l'importance de la décision pour la personne visée. Plus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses »³²². Les auteurs Sossin et Flood suggèrent que le choix de la norme du raisonnable *simpliciter* par la juge L'Heureux-Dubé, alors que la décision du ministre est hautement discrétionnaire, laisse penser que l'impact de la décision sur Mme Baker a eu une influence sur cette conclusion³²³. Il semble raisonnable que l'impact d'une décision sur les droits fondamentaux d'une personne soit pris en compte dans l'analyse relative à la norme de contrôle³²⁴, mais il ne semble pas que cela ait été le cas dans *Suresh*.

Lorsque le contexte de sécurité nationale et le caractère discrétionnaire de la décision du ministre militent en faveur d'une grande retenue, tandis que l'impact de la décision sur les droits fondamentaux d'une personne devrait entraîner une moins grande retenue, il semble que la Cour suprême offre dans *Dunsmuir* la latitude nécessaire aux cours qui souhaiteraient une plus grande intervention. Je crois que la Cour suprême devrait réviser le degré de déférence associé à la norme applicable au contrôle de la décision du ministre d'émettre un avis de danger, puisqu'il s'agit d'une décision qui affectera potentiellement la vie et la sécurité d'une personne. En adoptant une norme impliquant un haut niveau de retenue à l'égard de la décision discrétionnaire du ministre, la Cour suprême limite sérieusement la possibilité d'intervention des tribunaux en ce qui concerne les conclusions de fait telles celles

³²² *Baker*, préc., note 251, par. 25.

³²³ L. SOSSIN et C. M. FLOOD, « The Contextual Turn : Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law », préc., note 266, p. 601. Aux pages 588-589, ces auteurs soulignent que les anciennes normes de contrôle ne répondaient pas adéquatement à des contextes comme celui dans *Suresh*.

³²⁴ M.-H. BLAIS et al., préc., note 210, p. 231. Les auteurs affirment : « *Indeed, the fact that the [...] Minister often deal[s] with matters involving fundamental human or constitutional rights, which courts must safeguard rigorously, confirms the need for judicial intervention in such cases* ».

portant sur la teneur des dangers pour la sécurité nationale, les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale ou le consensus dans la société canadienne sur la question du renvoi vers la torture.

Le commentaire suivant du juge LeBel, publié dans un article un mois après la décision *Dunsmuir*, laisse croire que l'atteinte aux droits fondamentaux d'une personne pourrait être prise en compte à l'avenir pour déterminer le degré de retenue à adopter pour le contrôle des avis de danger du ministre:

In Suresh [...], the Court cautioned against judges reweighing the factors considered by a decision maker in the course of exercising a broad statutory discretion. It explained that Baker did not depart from a deferential approach to reviewing discretion, under which a court « should not disturb a decision based on a “broad discretion” unless the tribunal has “made some error in principle in exercising its discretion or has exercised its discretion in a capricious or vexatious manner” ». Where the discretion has been exercised in accordance with legislative and constitutional constraints, and the decision maker has considered the appropriate factors within those constraints, the court must defer to the decision, Suresh reiterated the holding in Baker that there may be special situations in which it is appropriate to review discretionary decisions on a standard less deferential than that which was universally applied to ministerial decisions in the past.³²⁵

Le risque sérieux de torture auquel était confronté Suresh aurait dû pousser la Cour suprême à examiner de plus près les faits et la preuve à la base de la décision du ministre. À la lecture de la décision dans *Multani*, je constate que la Cour suprême peut scruter avec beaucoup d'attention les faits et la preuve dans le contrôle de décisions administratives qui affectent les droits fondamentaux, mais qu'elle a tout simplement choisi de ne pas le faire dans *Suresh*. Si la Cour suprême est en aussi bonne position que la commission scolaire pour évaluer les faits et la preuve sur lesquels la commission scolaire s'est basée pour rendre une décision dans *Multani*, pourquoi ne serait-elle pas en mesure de faire le même exercice lorsqu'elle révisé la décision du ministre d'émettre un avis de danger? La Cour suprême devrait revoir à la baisse la retenue qu'elle a adoptée à l'égard de la décision du ministre d'émettre un

³²⁵ L'honorable juge Louis LEBEL, « Some Properly Deferential Thoughts on Deference », (2008) 21 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 1, p. 10.

avis de danger et sérieusement se pencher sur les faits et la preuve qui appuient une décision de renvoyer une personne dans un pays où elle risque la torture.

Partie III – L'examen de la disposition législative : une analyse juridique qui aspire à la légitimité des faits

Après avoir fourni des commentaires sur la manière de procéder pour le contrôle de la décision du ministre d'émettre un avis de danger, la Cour suprême procède à l'analyse de la conformité de l'alinéa 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration* à l'article 7 de la *Charte canadienne*. Puisque les parties s'accordent pour dire que l'expulsion d'un réfugié vers un pays où il risque la torture peut compromettre sa vie, sa liberté et sa sécurité, la Cour n'aborde que la conformité de cette disposition aux principes de justice fondamentale³²⁶. Pour ce faire, elle indique que les principes de justice fondamentale doivent être dégagés au moyen d'une démarche contextuelle et d'un processus de pondération³²⁷. De plus, la détermination d'un principe de justice fondamentale requiert que la Cour se penche sur ce qui « choquerait la conscience des Canadiens ». Selon la Cour, une conduite qui viole la justice fondamentale choquerait la conscience des Canadiens³²⁸. Bien que cette démarche que suggère la Cour suprême semble factuelle, la Cour appuie ses conclusions sur du droit : sa jurisprudence, les lois, les conventions internationales et la jurisprudence internationale. L'absence d'assises factuelles à la conclusion de la Cour suprême selon laquelle l'expulsion d'une personne dans des circonstances exceptionnelles vers un pays où elle risque la torture ne choquerait pas la conscience des Canadiens me semble problématique. J'examine l'analyse de la Cour suprême de la conformité de l'alinéa 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration* aux principes de justice fondamentale, en abordant dans un premier temps le raisonnement de la Cour la menant à la conclusion qu'il y aurait un consensus dans la société canadienne sur le principe voulant que, dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture pourrait être justifiée. Dans un deuxième temps, j'examine l'utilisation par la Cour de la jurisprudence internationale pour confirmer un principe de justice fondamentale en droit canadien. Finalement, je traite du recours à la démarche contextuelle privilégié

³²⁶ *Suresh*, préc., note 11, par. 44.

³²⁷ *Id.*, par. 45.

³²⁸ *Id.*, par. 49.

par la Cour et du fardeau de preuve qui incombe au demandeur qui allègue une atteinte à l'article 7 de la *Charte*.

Principe de justice fondamentale et consensus dans la société canadienne

Dans *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, le juge Lamer explique que les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique, et qu'ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire³²⁹. Peter Hogg constate que, bien que cette définition ne soit pas vraiment satisfaisante, la Cour suprême n'a pas réussi à en proposer une plus claire à ce jour³³⁰. Dans les décisions *R. c. Malmo-Levine*, *R. c. Caine* et *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, la Cour suprême tente de préciser les caractéristiques de base des principes de justice fondamentale³³¹. Un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la *Charte* est « un principe juridique à l'égard duquel il existe un *consensus substantiel dans la société* sur le fait qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne»³³². Dans *Suresh*, la description du contexte canadien semble viser essentiellement l'examen de ce qui choque la conscience des Canadiens, en d'autres mots, l'existence d'un consensus sur la question de l'expulsion vers la

³²⁹ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 121, par. 31.

³³⁰ Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student Edition, Scarborough, Ontario, Thomson/Carswell, 2005, p. 1029

³³¹ *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 113; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 8.

³³² *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 331, par. 113 (nos soulignés); Propos entériné dans *Canadian Foundation for Children*, préc., note 331, par. 8.

torture. La prise en compte de ce fait permet une « interprétation “modernisée” »³³³ des principes de justice fondamentale. En accordant de l'importance au consensus substantiel de la société sur le principe de justice fondamentale, la Cour suprême « évite une certaine cristallisation » de celui-ci³³⁴.

L'identification de ce qui choque la conscience des Canadiens est au cœur de l'analyse de la Cour suprême pour identifier les principes de justice fondamentale. La Cour suprême a utilisé cette notion à plusieurs reprises dans le cadre d'analyses de l'article 7 de la *Charte canadienne*³³⁵. Dans *Suresh*, elle décrit cette notion comme une « expression » pour décrire une conduite qui viole la justice fondamentale³³⁶. Le fait que les principes de justice fondamentale doivent être le fruit d'un consensus ne semble pas étranger à la notion de ce qui choque la conscience des Canadiens. Dans *Schmidt*, la Cour suprême évalue la conformité de la décision du ministre de la Justice d'extrader la demanderesse à l'article 7 de la *Charte*³³⁷. Le juge La Forest affirme que certains traitements réservés par l'État étranger au fugitif extradé sont d'une telle nature qu'ils « choquerai[ent] suffisamment la conscience » pour porter atteinte aux principes de justice fondamentale³³⁸. Dans *Burns*, la Cour suprême déclare qu'une extradition qui viole les principes de justice fondamentale choquera *toujours* la conscience³³⁹. *A contrario*, une extradition qui ne choque pas la conscience des Canadiens serait donc conforme aux principes de justice fondamentale. Si le consensus quant au caractère primordial ou fondamental d'un principe est une

³³³ J.-J. PARDINI, préc., note 19, p. 225.

³³⁴ *Id.*, p. 330.

³³⁵ *Suresh*, préc., note 11, par. 49; *Schmidt*, préc., note 189, par. 7; *Burns*, préc., note 117, par. 60 et 68; *États-Unis d'Amérique c. Ferras*; *États-Unis d'Amérique c. Latty*, [2006] 2 R.C.S. 77, par. 84; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 31-32; *Lake*, préc., note 187, par. 32.

³³⁶ *Suresh*, préc., note 11, par. 49-52.

³³⁷ *Schmidt*, préc., note 189, par. 47. Dans cette affaire, l'appelante, une citoyenne canadienne, alléguant qu'elle a déjà été acquittée relativement à une accusation d'enlèvement fondée sur le même acte et portée en vertu de la loi fédérale américaine, s'oppose à son extradition aux États-Unis pour y répondre à une accusation d'avoir enfreint la loi de l'état d'Ohio en commettant le vol d'un enfant.

³³⁸ *Schmidt*, préc., note 189, par. 47.

³³⁹ *Burns*, préc., note 117, par. 68.

caractéristique d'un principe de justice fondamentale, ce qui choque la conscience des Canadiens démontre l'absence de consensus chez les Canadiens. J'en déduis qu'en bout de parcours, ces deux notions servent à identifier les principes de justice fondamentale, mais à partir de perspectives différentes. À titre d'exemple, alors que, dans *Rodriguez*³⁴⁰, *R. c. Malmo-Levine*³⁴¹ et *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*³⁴², la Cour suprême examine s'il existe un consensus dans la société canadienne pour établir si une atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale, dans *Kindler*³⁴³, *Burns*³⁴⁴ et

³⁴⁰ Dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, la question principale du pourvoi devant la Cour suprême est de déterminer si l'article 241b) du *Code criminel*, qui interdit d'aider quelqu'un à se donner la mort, viole l'article 7 de la *Charte* parce qu'il empêche Rodriguez de contrôler le moment et les circonstances de sa mort. Le juge Sopinka écrit que les principes de justice fondamentale doivent être le fruit d'un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société. La Cour cherche s'il existe un consensus sur le droit à l'autonomie de ceux qui souhaitent se tuer qui l'emporterait sur l'intérêt de l'État à protéger la vie de ses citoyens. La Cour écrit que, s'il existe un consensus, c'est celui que la vie humaine doit être respectée et que nous devons nous garder de miner les institutions qui la protègent.

³⁴¹ Dans *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, préc., note 331, la Cour doit décider, entre autres, si l'infraction de simple possession de marijuana est invalide parce que l'interdiction et plus particulièrement la peine d'emprisonnement dont elle est assortie portent atteinte à l'article 7 de la *Charte*. Les appelants soutiennent que l'interdiction visant l'usage de la marijuana porte atteinte à l'article 7 parce qu'elle n'est pas conforme au « principe du préjudice » (par. 102). La Cour conclut que le « principe du préjudice » n'est pas un principe de justice fondamentale, entre autres parce qu'il n'y a pas de consensus suffisant quant au caractère primordial ou fondamental du principe du préjudice dans la notion de justice pénale au sein de notre société (par. 115-122).

³⁴² Dans *Canadian Foundation for Children*, préc., note 331, la Cour suprême examine la conformité de l'article 43 du *Code criminel*, qui prévoit entre autres que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer raisonnablement la force pour corriger un enfant confié à ses soins, à l'article 7 de la *Charte*. La Fondation fait valoir que l'exemption de sanctions pénales prévue par l'article 43 va à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui serait un principe de justice fondamentale. La Cour conclut qu'il ne s'agit pas d'un principe de justice fondamentale parce que, bien qu'il s'agisse d'un principe juridique, « la société estime qu'il n'est pas toujours essentiel que l'"intérêt de l'enfant" ait préséance sur les autres intérêts en cause dans l'administration de la justice » (par. 10).

³⁴³ Dans *Kindler*, préc., note 131, le juge McLachlin écrit que le critère pour déterminer si une loi ou une action en matière d'extradition porte atteinte à l'article 7 relativement à la peine qui peut être infligée dans l'État requérant est de savoir si

*Suresh*³⁴⁵, elle fait le même exercice, mais en s'interrogeant sur ce qui choque la conscience des Canadiens. La Cour suprême décrit aussi les principes de justice fondamentale comme étant des principes qui sont fondamentaux, en ce sens qu'ils seraient généralement acceptés par des personnes raisonnables³⁴⁶.

L'existence d'un consensus dans la société canadienne qui sous-tend un principe de justice fondamentale pose le problème de l'insertion de ce fait social dans le raisonnement juridique. Le consensus doit-il être prouvé? Par analogie, le traitement par la Cour suprême de la « norme sociale de tolérance » pour déterminer ce qui constitue une exploitation indue des choses sexuelles au sens des dispositions du *Code criminel* qui prohibent le matériel obscène me pousse à conclure que oui. Dans *Towne Cinema Theatres Ltd c. La Reine*³⁴⁷ et *R. c. Butler*³⁴⁸, la Cour suprême s'est penchée sur la nécessité de prouver l'existence de cette « norme sociale ». Cette norme est une notion similaire à ce qui choque la conscience des Canadiens. Dans *Towne Cinema*, la Cour écrit que « le juge des faits formule une opinion sur ce qui est toléré par la société canadienne contemporaine. En formant cette opinion, le juge des faits doit évaluer le *consensus social* »³⁴⁹. Dans *Towne Cinema*, la Cour examine comment le juge de fait doit s'y prendre pour identifier cette norme et se demande si la Couronne, dans le cadre des poursuites criminelles en vertu des dispositions du *Code criminel* qui prohibent le matériel obscène, doit produire une preuve en vue d'établir le caractère d'exploitation indue du matériel en cause. La majorité de la Cour établit que la preuve d'expert d'une telle norme sociale, pouvant impliquer des sondages d'opinion ou une preuve scientifique, est recevable et peut être utile³⁵⁰; par

l'application de la peine par l'État étranger « choque suffisamment » la conscience canadienne. La juge McLachlin étudie « l'attitude des Canadiens » à l'égard de la peine capitale.

³⁴⁴ *Burns*, préc., note 117, par. 68-69.

³⁴⁵ *Suresh*, préc., note 11, par. 49.

³⁴⁶ *Rodriguez*, préc., note 340, par. 180.

³⁴⁷ [1985] 1 R.C.S. 494.

³⁴⁸ [1992] 1 R.C.S. 452.

³⁴⁹ *Towne Cinema*, préc., note 347, par. 52.

³⁵⁰ *Id.*, par. 45-46.

contre, elle n'est pas obligatoire, et le juge de fait n'est pas tenu de l'accepter³⁵¹. Dans *Butler*, la Cour explique que « [p]arce qu'il ne s'agit pas d'une question dont la preuve peut être faite de façon traditionnelle et parce que nous ne voulons pas nous en remettre aux goûts de chacun des juges, nous devons disposer d'une norme qui fera fonction d'arbitre pour déterminer ce qui constitue une exploitation indue des choses sexuelles. Cet arbitre est l'ensemble de la société. Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter»³⁵². La question qui demeure sans réponse dans ces deux décisions est de savoir sur quoi se base le juge de fait pour déterminer la norme sociale s'il n'a pas de preuves d'experts, de sondages, de preuves scientifiques ou s'il choisit de rejeter de telles preuves qui lui auraient été présentées. Cela dit, la Cour suprême admet clairement dans ces décisions que l'identification de la norme sociale soulève des questions de preuve : la norme sociale est donc un fait. Dans *Suresh*, la Cour suprême ne parle pas de preuve, mais il n'en demeure pas moins que le consensus dans la société canadienne semble être une question de fait au même titre que la norme sociale de tolérance dans la société canadienne. Le traitement de la preuve de cette question de fait est aussi insatisfaisant dans *Suresh* que dans *Towne Cinema* et *Butler*.

Dans *Suresh*, la Cour suprême rejette d'emblée le recours au sondage d'opinion pour déterminer ce qui choque la conscience des Canadiens. Les résultats des sondages peuvent « varier au gré de l'humeur de la population au moment pertinent »³⁵³. Dans *Burns*, la Cour écrit que « les mots “choc de la conscience” et autres expressions équivalentes ne doivent pas être pris hors contexte ni assimilés au sondage d'opinion »³⁵⁴. Elle ajoute que ces termes « ne visaient pas à signaler l'abdication par les juges de leurs responsabilités constitutionnelles dans des affaires faisant intervenir

³⁵¹ *Id.*, par. 47-51. La Cour suprême confirme cette conclusion dans *Butler*, préc., note 348.

³⁵² *Butler*, préc., note 348, par. 65.

³⁵³ *Suresh*, préc., note 11, par. 49.

³⁵⁴ *Burns*, préc., note 117, par. 67.

des principes de justice fondamentale»³⁵⁵. Les juges de la Cour suprême souhaitent demeurer maîtres de la définition des principes de justice fondamentale. Dans *Suresh*, la Cour suprême écarte l'option de s'appuyer directement sur l'opinion publique pour découvrir le consensus dans la société canadienne³⁵⁶.

À défaut de pouvoir s'appuyer sur l'opinion publique, la Cour suprême se tourne vers le processus législatif, incluant l'historique législatif, la politique législative et les lois en vigueur, pour définir le consensus dans la société canadienne sur les principes de justice fondamentale. Peter Hogg écrit : « *Surely, a more orthodox view would be that the search for a consensus among reasonable people is a task that is more appropriate to Parliament than the Courts* »³⁵⁷. Dans *Suresh*, il semble que l'opinion des Canadiens peut être une indication d'un consensus social dans la mesure où elle est transmise par la voix du Parlement³⁵⁸. La Cour commence son raisonnement en

³⁵⁵ *Id.*, par. 67.

³⁵⁶ Dans *Suresh (C.A.F.)*, préc., note 52, le juge Robertson de la Cour d'appel fédérale indique aussi qu'il ne peut avoir recours à l'opinion publique pour déterminer ce qui choque la conscience des Canadiens. On constate son malaise relié au recours à cette notion pour définir le principe de justice fondamentale en cause. Il écrit au par. 119 que « [l]'analyse qui précède n'applique pas le critère établi par la Cour suprême pour évaluer la validité constitutionnelle d'une loi qui fait entrer en jeu l'article 7 de la Charte, soit le critère consistant à se demander si une mesure "choque la conscience". Je ne suis malheureusement pas en mesure de déterminer objectivement quelle serait la réaction des Canadiens à une loi qui permet l'expulsion de présumés terroristes vers le seul pays qui les acceptera lorsque leur expulsion entraîne le risque qu'ils soient soumis à la torture. Je partage l'opinion de feu le juge Sopinka selon laquelle on ne peut répondre à cette question en fonction de l'opinion publique du jour. Toutefois, dans l'état actuel du droit, la cour saisie doit faire de son mieux pour exprimer une opinion sur ce que peut être le point de vue des Canadiens ». Il conclut sur la base d'un raisonnement dénué d'assises factuelles : « Selon moi, une loi qui permet le refoulement de présumés terroristes et les expose au risque d'être soumis à la torture ne serait pas contraire au sens de la justice de la plupart des Canadiens. Au contraire, en tirant une autre conclusion, la Cour porterait un dur coup à la confiance du public envers le système de reconnaissance du statut de réfugié et à son appui à la Charte. Bien sûr, certains ne seront pas d'accord » (par. 121).

³⁵⁷ P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, préc., note 330, p. 1031.

³⁵⁸ *Suresh*, préc., note 11, par. 50, la Cour écrit : « Nous n'irions pas jusqu'à dire qu'il peut y avoir adéquation parfaite, à un moment donné, entre la politique gouvernementale ou l'opinion publique d'une part et les principes de justice

affirmant que les Canadiens ne considèrent pas la torture comme une pratique équitable ou compatible avec la justice. Elle appuie cette affirmation sur l'interdiction de la torture dans le *Code criminel* et sur l'article 12 de la *Charte*, qui indique l'opposition du peuple canadien à la torture sanctionnée par l'État³⁵⁹. La Cour conclut sur la base des lois et de l'historique législatif que les Canadiens rejettent la torture dans leur pays³⁶⁰. Cela dit, la Cour ne fait pas le même exercice pour déterminer s'il y a un consensus chez les Canadiens sur la question du renvoi vers la torture. Si la Cour suprême s'était penchée sur cette question, elle aurait indéniablement constaté que l'historique des lois et des politiques législatives au Canada montre que le Canada a toujours maintenu la possibilité d'expulsion même s'il existe un risque de torture³⁶¹, et que la *Loi sur l'immigration* et la LIPR indiquent clairement que le Parlement comptait conserver cette possibilité. Bien que la Cour suprême ne dise rien à ce sujet, il est difficile de croire que cette constatation n'a pas fait partie des facteurs qui ont influé sur la conclusion de la Cour suprême selon laquelle l'expulsion d'une personne vers la torture dans des circonstances extraordinaires ne choquerait pas la conscience des Canadiens.

Le recours à l'historique législatif et aux lois du Parlement pour identifier un consensus dans la société canadienne est problématique, puisque cette manière de procéder va à l'encontre du rôle anti-majoritaire que la Cour suprême doit jouer dans la défense des droits fondamentaux. Le rôle anti-majoritaire de la Cour suprême repose essentiellement sur le fait que des juges non élus peuvent invalider des lois qui

fondamentale d'autre part, mais le fait que les gouvernements et les parlements qui se sont succédés aient refusé de soumettre quiconque à la torture ou à la peine de mort reflète sûrement une conviction fondamentale des Canadiens quant aux limites devant assortir le système de justice pénal. »

³⁵⁹ *Id.*, par. 50-51.

³⁶⁰ *Id.*, par. 52.

³⁶¹ Sur cette question, je renvoie le lecteur à mon analyse du contexte en matière d'immigration présenté dans la partie I.

ont été adoptées démocratiquement par une majorité de représentants élus³⁶². Lorsque la Cour suprême invalide une loi du Parlement, elle adopte une position « anti-majoritaire » qui pourrait être considérée comme anti-démocratique³⁶³. Or, comme le souligne le juge Iacobucci de la Cour suprême dans *Vriend*, la démocratie implique davantage que la loi de la majorité, particulièrement lorsque les droits des minorités sont en jeu³⁶⁴. Peter Hogg explique que l'intégration de la *Charte canadienne* dans la Constitution canadienne est le résultat de l'adoption par les Canadiens de la position selon laquelle certains droits sont tellement importants qu'ils devraient être protégés des atteintes possibles des lois adoptées par la majorité des représentants élus³⁶⁵. Il écrit :

An important role of the rule of law is to protect minorities and civil liberties generally. That role would be jeopardized if the legislative or executive branch, which is responsible for enacting and implementing the laws, was also given final authority to interpret the scope of the constitutional restrictions on those

³⁶² Peter HOGG, Allison A. BUSHELL THORNTON et Wake K. WRIGHT, « Charter Dialogue Revisited – or “Much Ado About Metaphors” », (2007) 45 *Osgoode Hall L.J.* 1,1.

³⁶³ A. Wayne MACKAY, « In Defence of the Courts : A Balanced Judicial Role in Canada's Constitutional Democracy », (2006) 21 *Nat'l J. Const. L.* 183, 186. L'auteur explique la position des *majoritarians* : « *Our primary objection to the Charter Revolution is that it is deeply and fundamentally undemocratic, not just in the simple and obvious sense of being anti-majoritarian, but also in the more serious sense of eroding the habits and temperament of representative democracy* ».

³⁶⁴ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, 577. Dans cette décision, la Cour suprême décide d'inclure l'orientation sexuelle à l'intérieur des motifs de discrimination prohibés par le *Human Rights Code* de l'Alberta. Concernant le rôle anti-majoritaire de la Cour lors de contrôles constitutionnels, le juge Iacobucci renvoie à l'auteur américain Alexander BICKEL, *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, CT, Yale University Press, 1970. Bickel tente d'expliquer comment le contrôle constitutionnel (« *judicial review* » aux États-Unis) par des juges non élus peut être justifié dans une société où le gouvernement tire sa légitimité de l'appui de la majorité. C'est ce qu'il nomme « *the counter majoritarian difficulty* » (« l'objection anti-majoritaire »). Pour une analyse des propos du juge Iacobucci en lien avec la théorie de Bickel, voir Kent ROACH, « A Dialogue about Principle and a Principle Dialogue : Essay in Honour of Frank Iacobucci » (2007) 57 *U. Toronto L.J.* 449. Voir aussi le *Renvoi sur la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 76, où la Cour suprême affirme que « [I]es Canadiens n'ont jamais admis que notre système est entièrement régi par la seule règle de la simple majorité ».

³⁶⁵ P. HOGG, A., A. BUSHELL THORNTON et W. K. WRIGHT, préc., note 362, p. 29.

*responsibilities. [...] The interests of minorities and other human rights values will inevitably from time to time be overlooked by bodies that respond to majoritarian pressures. Judicial review under the Charter is the protection for those occasions, and we can see the protection at work in the cases that deal with abortion, gay and lesbian rights, aboriginal rights, and the due process rights of persons accused of crime, to name obvious examples.*³⁶⁶

Se fier uniquement à l'opinion du Parlement pour identifier un consensus dans la société canadienne sur l'existence d'un principe de justice fondamentale implique nécessairement que le point de vue et les droits des étrangers et des résidents permanents ne seront pas pris en compte bien qu'ils bénéficient eux aussi des droits garantis par la *Charte canadienne*. Comme le constate Kent Roach, « *[a]lthough [...] the legislature can be "a significant ally" for some vulnerable people, such as crime victims and women and children who are potential victims of sexual violence, I doubt that the legislature will be inclined to stand up for the rights of the truly unpopular such as those accused of crime, suspected terrorists, and prisoners* »³⁶⁷. Si la Cour suprême devait se fier uniquement à l'opinion du Parlement pour définir le consensus dans la société canadienne à la base des principes de justice fondamentale, la position des personnes défavorisées, des minorités et des étrangers n'entrerait peut-être pas en ligne de compte³⁶⁸. Le processus législatif constitue donc un indicateur du consensus, mais ne peut définir à lui seul les principes de justice fondamentale.

³⁶⁶ *Id.*, p. 37.

³⁶⁷ Kent ROACH, « Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship », (2007) 45 *Osgoode Hall L.J.* 169, p. 172. L'auteur discute des fondements du contrôle constitutionnel qui permettent à des juges d'invalider des lois adoptées par une majorité d'élus. Il met l'accent sur l'importance du rôle des juges lors de ce contrôle dans la défense des minorités impopulaires. L'auteur constate que « *It is also very relevant that most Charter litigation involves matters of criminal justice and that the accused has few, if any, allies in the legislative process. More generally, the courts have an ability to bring questions of principle to the fore that might otherwise be ignored or finessed in a majoritarian legislative process or a non-transparent executive process* » (p. 179).

³⁶⁸ Tom CLARK, *Singh to Suresh: Non-Citizens, the Canadian Courts and Human Rights Obligations*, Victoria, B.C., Trafford Pub., 2006, p. 4-5. L'auteur, qui était présent lors des audiences devant le comité permanent de la Chambre des communes et du Sénat lors des discussions en vue de l'adoption de la *Loi sur l'immigration*, rapporte : « *I recall that the explicit expectation of the parliamentarians at the time was that the courts could use the Charter to correct any oversights made in the legislation* ».

La Cour suprême se rabat sur sa propre jurisprudence pour identifier le consensus dans la société canadienne sur l'expulsion vers un pays où il existe un risque de torture³⁶⁹. Elle rapporte qu'à plusieurs reprises, elle a déclaré que l'extradition d'un fugitif vers un pays où il risque d'être torturé violerait la justice fondamentale. Dans *Schmidt*, le juge La Forest écrit que dans « certaines situations le traitement que l'état étranger réservera au fugitif extradé [...] peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances »³⁷⁰. Dans *Kindler*, la juge McLachlin écrit que, « dans certaines circonstances, le consensus social serait manifeste relativement à la question de savoir si l'extradition viole la justice fondamentale [et que] ce serait le cas si le fugitif risque la torture s'il est extradé »³⁷¹. Le juge La Forest adopte la même position quand il affirme qu'« évidemment, il y a des situations où la peine infligée à la suite de l'extradition – par exemple, la torture – porterait tellement atteinte aux valeurs de la société canadienne que la remise serait inacceptable »³⁷². Dans *Suresh*, la Cour rappelle ses commentaires antérieurs faits dans *Schmidt* et dans *Kindler*³⁷³, mais conclut tout de même que, dans des circonstances exceptionnelles, l'expulsion vers la torture serait possible³⁷⁴. On voit difficilement comment l'exception énoncée dans *Suresh* peut être réconciliée avec la jurisprudence de la Cour en matière d'extradition. Toute la jurisprudence canadienne citée mène à une même conclusion : l'extradition d'un fugitif dans un pays où il risque la torture est inacceptable. La Cour suprême tire de cette jurisprudence une conclusion qui semble éviter de répondre à la question centrale. Elle écrit que « la jurisprudence canadienne n'indique pas que le Canada ne peut jamais expulser une personne vers un pays où elle risque un traitement qui serait inconstitutionnel s'il était infligé directement par le Canada, en sol canadien »³⁷⁵. Or,

³⁶⁹ *Suresh*, préc., note 11, par. 53-58.

³⁷⁰ *Schmidt*, préc., note 189, par. 47. Dans *Burns*, préc., note 117, par. 60, la Cour suprême reprend avec approbation ces propos du juge La Forest.

³⁷¹ *Kindler*, préc., note 131, p. 851; *Suresh*, préc., note 11, par. 57.

³⁷² *Kindler*, préc., note 131, p. 832; *Suresh*, préc., note 11, par. 57.

³⁷³ *Suresh*, préc., note 11, par. 56-57.

³⁷⁴ *Id.*, par. 76 et 78.

³⁷⁵ *Id.*, par. 58.

en l'espèce, il n'est pas question de n'importe quel traitement, mais bien de la torture. La conclusion dans *Suresh* me semble irréconciliable avec une analyse qui se limite essentiellement à la jurisprudence de la Cour suprême en matière d'extradition, qui a réitéré à maintes reprises que l'extradition d'un fugitif vers la torture était inacceptable. Aucune explication sur la distinction entre l'extradition et l'expulsion du Canada ne pourrait justifier qu'un fugitif soit prémuni contre le risque de renvoi vers la torture tandis qu'une personne expulsée ne le serait pas. Si l'extradition d'un fugitif vers un pays où il risque d'être assujéti à la torture est inacceptable, pourquoi la Cour suprême juge-t-elle que ce même traitement dans le cadre d'une expulsion du Canada pourrait être acceptable dans certaines circonstances exceptionnelles? Je pense que la réponse à cette question est reliée aux contextes en matière de sécurité nationale et d'immigration, dont la Cour n'a pas discuté. Il s'agit de contextes factuels qui ont incontestablement dû influencer la Cour suprême, mais dont elle ne traite pas dans ses motifs. La conséquence directe de ce silence est de laisser plusieurs questions sans réponses – comme on le constate dans l'analyse de ce qui choque la conscience des Canadiens à laquelle procède la Cour – et, par le fait même, d'affecter grandement la légitimité et la force persuasive de son jugement.

La Cour suprême a affirmé que les faits invoqués pour justifier une limite aux droits en vertu de l'article premier de la *Charte* devaient être prouvés en vertu du fardeau de la prépondérance des probabilités³⁷⁶, ce qui correspond au choix de l'expression « puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Par contre, les principes de justice fondamentale se trouvent dans « les préceptes fondamentaux de notre système juridique et relèvent *du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire* en tant que gardien du système judiciaire»³⁷⁷. Si les principes de justice fondamentale relèvent du pouvoir inhérent des tribunaux, il se peut qu'il ne soit pas nécessaire de faire la preuve de ces principes et qu'il suffise d'examiner le droit pour les identifier. On constate effectivement que les conclusions de la Cour suprême dans *Suresh* sur

³⁷⁶ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par. 138.

³⁷⁷ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 121, par. 30. Cette définition est reprise intégralement dans *Suresh*, préc., note 11, par. 45.

l'existence d'un consensus se fondent exclusivement sur l'historique législatif, les lois et la jurisprudence de la Cour suprême. Cette constatation est difficile à réconcilier avec l'idée de consensus dans la société canadienne. Comment la Cour suprême peut-elle tirer une conclusion sur ce qui semble être un fait social seulement à partir d'arguments de droit?

Il est possible que la Cour suprême n'utilise pas de preuves pour démontrer le consensus dans la société canadienne parce qu'elle a recours à cette dernière notion comme à un trope ou à une figure de style. La Cour suprême ne renvoie pas à l'existence concrète du consensus dans la société canadienne, ou à ce qui choque la conscience des Canadiens. Cette notion semble être une fiction dont le contenu n'est pas défini et ne peut être démontré par des moyens de preuve. Il s'agit d'une notion vague, imprécise, diffuse, changeante et difficile à connaître³⁷⁸. Marie-Claude Prémont parle de logique métaphorique et métonymique qui tranche sans donner d'explication et qui occulte jusqu'à la pertinence même de la question sur le contenu de cette notion³⁷⁹. Il est difficile de concevoir comment la notion de consensus dans la société canadienne peut servir à identifier les principes de justice fondamentale s'il s'agit seulement d'une fiction et qu'on ne s'attarde pas à son contenu. S'attarder au contenu de cette notion implique qu'il faut se pencher sur l'existence factuelle du consensus.

Je prétends que ce qui choque la conscience des Canadiens n'est pas seulement un trope ou une fiction. En 1991, l'extradition d'une personne dans un pays où elle risque la peine de mort ne choquait pas la conscience des Canadiens³⁸⁰. Dix ans plus tard, l'extradition sans l'assurance que le pays vers lequel la personne est renvoyée

³⁷⁸ Robert LEGROS, préc., note 23, p. 20, en parlant de l'*opinion générale* et de la *conscience sociale*, affirme qu'au-delà d'être vagues, ces notions sont faites de mythes, élaborations de la conscience collective qui ne reposent sur aucune réalité objective.

³⁷⁹ Marie-Claude PRÉMONT, *Tropismes du droit : Logique métaphorique et logique métonymique du langage*, Montréal, Liber-Thémis, 2003, p. 34-35.

³⁸⁰ Kindler, préc., note 131.

n'aura pas recours à la peine de mort, sauf cas exceptionnel, devenait inconstitutionnel³⁸¹. Afin de justifier ce changement, la Cour suprême parle de « faits nouveaux »³⁸². L'évolution de la position de la Cour suprême à l'égard de l'extradition dans un pays qui a recours à la peine de mort tend à démontrer qu'il existe des faits sociaux extérieurs au fonctionnement de la justice elle-même qui permettent d'identifier les mouvements d'idées et créent de nouveaux consensus dans la société canadienne³⁸³.

La Cour suprême doit tirer une conclusion de fait sur le consensus dans la société canadienne pour définir un principe de justice fondamentale. Or, un examen attentif de l'arrêt *Suresh* permet de constater que la Cour suprême évalue ce consensus grâce aux lois et à la jurisprudence, qui relèvent du domaine des juges, plutôt qu'à partir de faits sociaux extérieurs au fonctionnement de la justice. En ayant recours à la jurisprudence et au droit, la Cour suprême garde le contrôle complet de l'identification des principes de justice fondamentale, qui demeurent ainsi sans conteste des principes qui relèvent du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire. J'en arrive à la conclusion que l'analyse de la Cour suprême de ce qui choque la conscience des Canadiens ne fait pas partie d'une recherche objective ou empirique du consensus dans la société canadienne, mais sert plutôt à des fins rhétoriques et masque des arguments qui ne sont pas de nature juridique³⁸⁴. Faigman écrit que les faits guident et restreignent l'interprétation des tribunaux³⁸⁵. Un traitement plus

³⁸¹ *Burns*, préc., note 117.

³⁸² *Burns*, préc., note 117, par. 144.

³⁸³ Sur les revirements de jurisprudence dus à un mouvement d'idée ou à des changements dans la société, voir A. VANWELKENHUYZEN, « La motivation des revirements de jurisprudence », dans Chaïm PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, Société anonyme d'éditions juridiques et scientifiques, 1978, 251, p. 259.

³⁸⁴ A. YOUNG, préc., note 218, p. 136 et 144. L'auteur explique que la pondération facilite inévitablement la prise en compte d'opinions personnelles et politiques, mais du même coup masque ces considérations dans un langage apparemment neutre.

³⁸⁵ David L. FAIGMAN, « Normative Constitutional Fact-Finding : Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation », (1991) 139 *Univ. Of Pennsylvania L. Rev.* 541, à la p. 548. L'auteur écrit : « *By not having the*

rigoureux des faits limite les conclusions auxquelles peut parvenir la Cour suprême³⁸⁶. Dans la mesure où la Cour ne se penche pas sur la preuve des faits qui soutiennent ses conclusions, elle n'a pas à rendre de comptes sur une décision qui ouvre la porte à l'expulsion vers la torture³⁸⁷. Toutefois, cette liberté dans l'élaboration de ses conclusions affecte leur légitimité et l'effet persuasif de la décision dans *Suresh*.

Normes et décisions étrangères

Après son examen du contexte canadien pour identifier ce qui choque la conscience des Canadiens en matière d'expulsion vers la torture, la Cour suprême se penche sur le contexte international. Les décisions comme *Suresh* montrent l'influence grandissante des décisions étrangères et des instruments internationaux sur la Cour suprême³⁸⁸. Le plus haut tribunal du pays prend bien soin d'expliquer qu'il s'attarde aux normes internationales, non pas parce qu'elles régissent la question en litige dans *Suresh*, mais parce qu'elles peuvent servir de « confirmation » des principes de justice fondamentale canadiens³⁸⁹. Cette affirmation de la Cour suprême vient confirmer que la jurisprudence étrangère et les instruments internationaux doivent être considérés comme des autorités persuasives³⁹⁰. Celles-ci se distinguent des

convenience of sculpting the facts of each case, the Court is made more accountable for its decision. This accountability restrains the Court's constitutional discretion ».

³⁸⁶ *Id.*, p. 613.

³⁸⁷ *Id.*, p. 613.

³⁸⁸ Bijon ROY, « An Empirical Survey of Foreign Jurisprudence and International Instruments in Charter Litigation », (2004) 62 *U.T.Fac.L.Rev.* 99, p. 102. Cet article explore l'influence de la jurisprudence étrangère dans les décisions de la Cour suprême.

³⁸⁹ *Suresh*, préc., note 11, par. 60.

³⁹⁰ H. Patrick GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *R.D. McGill* 261. La traduction « autorité persuasive » est tirée du résumé de l'article en français présenté dans la revue à la p. 261.

autorités contraignantes par le fait qu'elles visent l'adhésion de l'auditoire à un raisonnement plutôt que la soumission à une norme³⁹¹.

Bien évidemment, le contexte international ne peut servir à identifier le consensus dans la société canadienne sur la question de l'expulsion vers la torture; il intervient plutôt dans la démarche contextuelle que la Cour suprême adopte pour identifier les principes de justice fondamentale. Bien que le contexte international puisse être pertinent pour identifier les principes de justice fondamentale, on est instinctivement porté à croire qu'il y a des limites à l'utilité des normes et de la jurisprudence internationales lorsque vient le temps de définir des principes de justice fondamentale propres à la société canadienne. La Cour suprême a recours aux normes et à la jurisprudence internationales de manière non balisée dans *Suresh*, ce qui ultimement réduit l'effet persuasif de l'argumentation de la Cour. La Cour suprême pige dans la jurisprudence étrangère pour appuyer son argumentation³⁹². Le recours à la jurisprudence étrangère peut certes enrichir le raisonnement de la Cour suprême³⁹³. Toutefois, dans la mesure où la Cour suprême a recours à la jurisprudence

³⁹¹ *Id.*, p. 263. L'auteur définit les autorités persuasives : « *The notion of persuasive authority – authority which attracts adherence as opposed to obliging it [...]* ».

³⁹² B. ROY, préc., note 388. La tendance de la Cour à renvoyer aux décisions étrangères qui appuient l'argumentation de la Cour sans mentionner les autres décisions qui adoptent une position distincte ou opposée est décrite comme étant du « *cherry picking* » par l'auteur. À ce sujet, il écrit à la p. 112 : « *Critics argue that when judges are faced with the option of drawing from the vast rights jurisprudence of foreign jurisdictions, they will be unwilling or unable to use these resources in a principled and regulated manner. Instead, judges will succumb to the temptation of “cherry picking”, citing only the jurisprudence of those jurisdictions that supports their preferred outcome* ».

³⁹³ H. P. GLENN, « Persuasive Authority », préc., note 390, décrit dans une perspective historique le recours aux autorités persuasives et met en relief les avantages du recours à celles-ci dans le raisonnement juridique. Sur le recours au droit international dans l'interprétation de la *Charte canadienne*, voir Louise ARBOUR et Fannie LAFONTAINE, « Beyond Self-Congratulation : The Charter at 25 in an International Perspective », (2007) 45 *Osgoode Hall L.J.* 239, p. 251. Elles écrivent : « [...] *the Charter was an integral part of the worldwide transition to rights-based democracies, and was undeniably influenced by international human right law. Consequently, it would seem natural for courts to consult international law and foreign law in interpreting the Charter's rights and permissible limitations* ».

aléatoirement, sans clarifier le rôle de celle-ci et en choisissant seulement la portion d'une décision qui convient à son propos, il semble que le recours à cette jurisprudence ne serve réellement qu'à des fins rhétoriques et camoufle les lacunes du raisonnement de la Cour suprême³⁹⁴.

Une partie de l'attention de la Cour se porte sur les normes internationales, telles que la *Convention sur le statut de réfugié* et la *Convention contre la torture*³⁹⁵. Essentiellement, l'examen des normes internationales amène la Cour à conclure que l'interdiction de renvoi vers la torture à l'article 3(1) de la *Convention contre la torture*, qui prévoit qu'aucun État partie n'expulsera, ne refoulera ni n'extradera une personne vers un état où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture, ne souffre aucune exception³⁹⁶.

La Cour suprême cite aussi des décisions étrangères, dont la décision *Rehman* de la Chambre des Lords, qui revient à plusieurs reprises dans son jugement et qui semble avoir joué un rôle significatif dans la décision³⁹⁷. Dans *Rehman*, la Chambre des Lords contrôle la décision du *Secretary of State for The Home Department* de déporter Rehman, un Pakistanais vivant au Royaume-Uni et soupçonné d'avoir des liens avec des groupes terroristes, pour des raisons de sécurité nationale³⁹⁸. La

³⁹⁴ B. ROY, préc., note 388, 112. L'auteur écrit à la p. 112 : « *A better response to the criticism of "cherry picking" and judicial discretion is that these phenomena, if they occur at all, suggest shortcomings going well beyond questions concerning the validity of drawing on foreign jurisprudence. If judges are in fact using foreign jurisprudence to camouflage discretionary decision-making, clearly the underlying problem is the failure of the court to satisfy the requirement for sound, principled decision-making, not merely with the techniques by which this failure is concealed* ».

³⁹⁵ Suresh, préc., note 11, par. 61-73.

³⁹⁶ *Id.*, par. 73.

³⁹⁷ La décision *Rehman*, préc., note 102, est citée aux paragraphes 31, 74, 76, 77 et 87 dans Suresh, préc., note 11.

³⁹⁸ Pour un résumé de la décision *Rehman*, préc., note 102, ainsi que des législations en matière d'immigration et de sécurité nationale qui s'y rattachent, voir le texte de David BONNER et Ryszard CHOLEWINSKI, « The Response of the United Kingdom's Legal and Constitutional Orders to the 1991 Gulf War and the Post-9/11 "War" on

décision du *Secretary of State* avait initialement été révisée par le *Special Immigration Appeals Commission* (SIAC), spécialisé dans la révision de décisions impliquant des questions de sécurité nationale³⁹⁹. Le SIAC a accueilli l'appel de Rehman en concluant que le *Secretary of State* avait erré dans sa conclusion que Rehman constituait un danger pour la sécurité nationale⁴⁰⁰. Le SIAC a expliqué qu'il ne peut y avoir de danger pour la sécurité nationale que si la cible est le Royaume-Uni, son gouvernement, ses citoyens ou un autre État qui engagerait des représailles contre le Royaume-Uni. De plus, le SIAC a conclu que le *Secretary of State* devait prouver par une haute prépondérance des probabilités que les gestes de la personne visée constituaient un danger. La Chambre des Lords a conclu que le SIAC avait adopté une définition trop étroite de la sécurité nationale et une norme de preuve trop élevée. Concernant la définition de ce qui constitue un danger pour la sécurité nationale, Lord Slynn a conclu que la preuve directe d'un danger précis pour le pays procédant à l'expulsion n'était pas requise⁴⁰¹. Lord Hoffmann a expliqué que la décision du *Secretary of State* n'était pas soumise à une norme de preuve, mais plutôt

Terrorism », dans E. GUILD et A. BALDACCINI (dir.), *Terrorism and the Foreigner. A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe*, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 123.

³⁹⁹ *Id.*, p. 145-146, pour une description des fonctions du SIAC.

⁴⁰⁰ *Rehman*, préc., note 102, par. 4.

⁴⁰¹ *Id.*, par. 16 : « *It seems to me that, in contemporary world conditions, action against a foreign state may be capable indirectly of affecting the security of the United Kingdom. The means open to terrorists both in attacking another state and attacking international or global activity by the community of nations, whatever the objectives of the terrorist, may well be capable of reflecting on the safety and well-being of the United Kingdom or its citizens. The sophistication of means available, the speed of movement of persons and goods, the speed of modern communication, are all factors which may have to be taken into account in deciding whether there is a real possibility that the national security of the United Kingdom may immediately or subsequently be put at risk by the actions of others. To require the matters in question to be capable of resulting "directly" in a threat to national security limits too tightly the discretion of the executive in deciding how the interests of the state, including not merely military defence, but democracy, the legal and constitutional systems of the state need to be protected. I accept that there must be a real possibility of an adverse affect on the United Kingdom for what is done by the individual under inquiry but I do not accept that it has to be direct or immediate* ». La Cour suprême fait référence à ces conclusions dans *Suresh*, préc., note 11, par. 87.

à un exercice de pondération⁴⁰². En conclusion, la Chambre des Lords a jugé que le SIAC se devait de reconnaître la position privilégiée du *Secretary of State* pour déterminer s'il existait un danger pour la sécurité nationale⁴⁰³.

Dans la décision de la Chambre des Lords, il n'est pas du tout question d'un risque que Rehman soit torturé s'il est retourné dans son pays. D'ailleurs, Lord Hoffmann indique clairement que l'approche suggérée dans cette décision aurait pu être très différente s'il s'était agi de déporter un individu qui risque la torture⁴⁰⁴. Dans *Rehman*, la Chambre des Lords affirme non seulement que, « *[i]f there is a danger of torture, the Government must find some other way of dealing with a threat to national security* »⁴⁰⁵, passage cité par la Cour suprême dans *Suresh*⁴⁰⁶, mais aussi que, lorsqu'il existe un risque de torture, on ne peut tout simplement pas utiliser la pondération des droits de la personne qu'on désire expulser avec l'intérêt de l'État

⁴⁰² *Id.*, par. 56 : « *In any case, [...] the whole concept of a standard of proof is not particularly helpful in a case such as the present. In a criminal or civil trial in which the issue is whether a given event happened, it is sensible to say that one is sure that it did, or that one thinks it more likely than not that it did. But the question in the present case is not whether a given event happened but the extent of future risk. This depends upon an evaluation of the evidence of the appellant's conduct against a broad range of facts with which they may interact. The question of whether the risk to national security is sufficient to justify the appellant's deportation cannot be answered by taking each allegation seriatim and deciding whether it has been established to some standard of proof. It is a question of evaluation and judgment, in which it is necessary to take into account not only the degree of probability of prejudice to national security but also the importance of the security interest at stake and the serious consequences of deportation for the deportee* ». La Cour suprême fait référence à cette explication dans *Suresh*, préc., note 11, par. 77.

⁴⁰³ *Id.*, par. 57 : « *This brings me to the limitations inherent in the appellate process. [...] [T]he [SIAC] is not the primary decision-maker. Not only is the decision entrusted to the Home Secretary but he also has the advantage of a wide range of advice from people with day-to-day involvement in security matters which the Commission, despite its specialist membership, cannot match* ».

⁴⁰⁴ *Id.*, par. 57 : « *As I have mentioned, the approach to whether the rights of an appellant under article 3 [of the Convention Against Torture] are likely to be infringed may be very different* ».

⁴⁰⁵ *Id.*, par. 54.

⁴⁰⁶ *Suresh*, préc., note 11, par. 76.

d'assurer sa sécurité pour justifier l'expulsion⁴⁰⁷. L'expulsion vers la torture est tout simplement interdite depuis la décision de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans *Chahal c. Royaume-Uni*⁴⁰⁸. Cette dernière affaire concerne M. Chahal, un demandeur d'asile sikh visé par un ordre d'expulsion émis par le ministre de l'Intérieur car sa présence sur le sol britannique était jugée contraire au bien public pour des raisons de sécurité nationale et d'autres motifs politiques, à savoir la lutte internationale contre le terrorisme. M. Chahal affirmait que, s'il était renvoyé en Inde, il avait de bonnes raisons de craindre d'être persécuté et soumis à la torture. Le ministre de l'Intérieur a conclu que même si M. Chahal risquait de subir des persécutions, il ne pourrait bénéficier de la protection reliée au statut de réfugié en raison des risques qu'il représentait pour la sécurité nationale. M. Chahal a saisi la Cour d'appel, qui « estima que la Convention [sur le statut de réfugié], combinée à la réglementation sur l'immigration [...], avaient pour effet d'imposer au ministre de l'Intérieur de mettre en balance la menace pesant sur la vie ou la liberté de M. Chahal en cas d'expulsion et le danger qu'il représentait pour la sécurité nationale s'il restait »⁴⁰⁹. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a conclu que l'interdiction d'avoir recours à la torture à l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme* était absolue et que, par conséquent, vu le risque de torture auquel était exposé M. Chahal, le Royaume-Uni ne pouvait l'expulser même si des questions de sécurité nationale étaient en jeu⁴¹⁰.

Lorsque la Cour suprême reprend les extraits de *Rehman* concernant la déférence à accorder au décideur⁴¹¹ et la pondération à laquelle ce dernier doit se livrer⁴¹², elle

⁴⁰⁷ *Id.*, par. 54 : « [...] *The European jurisprudence makes it clear that whether deportation is in the interests of national security is irrelevant to rights under article 3. If there is a danger of torture, the Government must find some other way of dealing with a threat to national security. Whether a sufficient risk exists is a question of evaluation and prediction based on evidence. In answering such a question, the executive enjoys no constitutional prerogative.* »

⁴⁰⁸ *Chahal*, préc., note 4.

⁴⁰⁹ *Id.*, par. 41.

⁴¹⁰ *Id.*, par. 79-80.

⁴¹¹ *Suresh*, préc., note 11, par. 31.

omet de mentionner un élément crucial, c'est-à-dire que le Royaume-Uni ne déporte pas légalement des personnes vers un pays où elles risquent la torture. La pertinence de la décision dans *Rehman* se limite, selon moi, à la détermination du danger qu'une personne représente pour le Canada et n'est que de peu d'utilité pour la question de l'expulsion vers la torture.

Dans *Suresh*, la Cour suprême cite la décision *Rehman* sans expliquer le rôle que celle-ci doit jouer dans son raisonnement. Dans un article sur le recours à la jurisprudence étrangère dans le raisonnement judiciaire, Lord Robert Reed explique que la légitimité du recours à la jurisprudence étrangère repose sur le type d'utilisation qui en est fait⁴¹³. Lord Reed constate que les tribunaux peuvent avoir recours à la jurisprudence étrangère à plusieurs fins. La jurisprudence peut être une source d'arguments persuasifs lorsque les tribunaux cherchent à valider leur position en s'appuyant sur le fait que les tribunaux étrangers penchent dans la même direction qu'eux pour trancher une question en litige⁴¹⁴. L'exploration de la jurisprudence vise alors à établir s'il existe un consensus international sur une question⁴¹⁵. Un tribunal peut tenter de démontrer qu'une solution particulière à un litige a eu ou non du succès dans une juridiction; il s'appuie alors sur le contenu factuel de la décision étrangère⁴¹⁶. Le tribunal peut aussi se référer à une décision étrangère afin qu'elle l'assiste dans le développement de son propre raisonnement⁴¹⁷. La distinction entre ces deux recours à la jurisprudence étrangère réside en ceci que, dans l'un, le tribunal s'appuie sur le contenu factuel de la décision, tandis que, dans l'autre, le tribunal s'inspire des idées de la décision étrangère. Lorsqu'un tribunal s'inspire des idées d'une décision étrangère, il s'agit essentiellement de la même démarche que lorsqu'il

⁴¹² *Id.*, par. 77.

⁴¹³ Lord Robert REED, « Foreign Precedents and Judicial Reasoning : The American Debate and British Practice », (April 2008) 124 *L.Q.Rev.* 253, 269.

⁴¹⁴ *Id.*, p. 262-263, 269.

⁴¹⁵ *Id.*, p. 269. L'auteur prévient qu'à l'extérieur du domaine du droit international, la preuve d'une convergence des valeurs entre différentes juridictions est difficile à démontrer.

⁴¹⁶ *Id.*, p. 264-265.

⁴¹⁷ *Id.*, p. 265.

se laisse guider par des auteurs de doctrine⁴¹⁸. Cette dernière option est sans conteste celle qui attire le moins de critiques⁴¹⁹.

Or, dans *Suresh*, la Cour suprême a recours à la décision *Rehman* pour appuyer des conclusions factuelles et pour définir l'existence d'un consensus international. Elle s'appuie sur les conclusions de Lord Hoffmann dans *Rehman*, qui écrit, pour appuyer son affirmation sur la position privilégiée du ministre en matière d'émission d'un avis de danger, que le *Secretary of State* a accès à des sources d'information et d'expertise particulières en matière de sécurité nationale⁴²⁰. La Cour suprême se réfère aussi aux conclusions factuelles de Lord Slynn sur le terrorisme et sur ce qui cause un danger pour la sécurité nationale pour appuyer sa conclusion que les tribunaux peuvent maintenant conclure que l'appui au terrorisme à l'étranger crée la possibilité de répercussions préjudiciables à la sécurité du Canada⁴²¹. Voilà deux conclusions factuelles qui ont un impact majeur sur la résolution du litige dans *Suresh*, l'une qui entraîne une très grande déférence à l'égard des décisions du ministre, l'autre qui accroît de manière importante le nombre de choses qui peuvent constituer un danger pour la sécurité du Canada. Malheureusement, à la lecture de la décision, il est impossible de savoir si les parties ont présenté une preuve sur ces sujets. Le recours à la jurisprudence étrangère devrait préférablement se limiter au contexte normatif dans une démarche contextuelle et ne peut légitimement servir de source pour les assises factuelles qui soutiennent les conclusions de la Cour suprême.

En citant de manière partielle la décision *Rehman* et en omettant de dire que le Royaume-Uni n'expulse pas des personnes vers des pays où elles risquent la torture,

⁴¹⁸ *Id.*, p. 261-262 : « *If judges are free to take account of the views of academic lawyers writing in law reviews [...] there would seem to be no reason why the opinions of foreign courts should be off-limits* ».

⁴¹⁹ *Id.*, p. 269 : « *The use of foreign law as a source of ideas and of experience where domestic law is thought to be unsatisfactory or problematical [...] appears to me to raise no issue of legitimacy* ».

⁴²⁰ *Suresh*, préc., note 11, par. 31; *Rehman*, préc., note 102, par. 62.

⁴²¹ *Suresh*, préc., note 11, par. 87.

la Cour évite de se mettre dans une position où elle se verrait obligée d'expliquer comment le Canada peut faire bande à part et aller à l'encontre de la tendance de la communauté internationale de ne pas expulser vers la torture. On peut sérieusement remettre en question la valeur persuasive d'une référence partielle à une décision étrangère, alors que la décision dans son ensemble et la jurisprudence européenne en général interdisent de manière absolue le renvoi d'une personne vers un pays où elle risque d'être torturée. La référence de la Cour suprême à la décision *Rehman* semble tout au plus une tentative de montrer que le Canada ne serait pas le seul pays où les intérêts en matière de sécurité nationale peuvent être pondérés avec le droit d'une personne de ne pas être soumise à la torture⁴²². Or, la décision *Rehman*, lue son ensemble, ne justifie pas la position de la Cour dans *Suresh*. Cette manière de procéder peut difficilement être considérée comme persuasive et ne vient absolument pas « confirmer »⁴²³ le principe de justice fondamentale énoncé par la Cour suprême dans *Suresh*.

⁴²² Bijon ROY, préc., note 388, p. 109, commente ce type d'utilisation de la jurisprudence étrangère : « [...] *foreign jurisprudence may be used to bolster the credibility of a particular argument simply by pointing out that the same reasoning has been adopted by judges or courts whose decisions we respect. In this sense, use of foreign jurisprudence may be construed as an appeal to authority in a rhetorical sense, rather than a legal one* ». Voir aussi Frederick SCHAUER, « *Authority and Authorities* », (June 2008), *University of Virginia Legal Working Paper Series. University of Virginia Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper 92, en ligne : http://law.bepress.com/uvalwps/uva_publiclaw/art92 (site consulté le 18 janvier 2009). L'auteur commente aux p. 25-26 le maigre effet persuasif d'un tel recours à la jurisprudence étrangère : « *When a lawyer in a brief, a judge in an opinion, or a scholar in a law review article makes references to an authority, it is often done to provide alleged "support" for some proposition. [...] The cited authority is often not one that supports the allegedly supported proposition more than some other authority might negate it. And this makes the use of an authority as "support" a peculiar sense of authority, because the set of authorities does not point in one direction rather than another. [...] Thus, to support a legal proposition with a citation is often only to do no more than say that at least one person or court has said the same thing on some previous occasion [...]. The reference to an authority in this context is rarely a reference to an authority that is necessarily more persuasive or more authoritative than the authority that could be marshaled for the opposite proposition, but instead appears to be the legal equivalent of [...] "I am not making this up."* ».

⁴²³ *Suresh*, préc., note 11, par. 60.

Une démarche contextuelle

Dans *Suresh*, la Cour suprême écrit que les principes de justice fondamentale pertinents sont dégagés au moyen d'une démarche contextuelle qui tient compte de la nature de la décision qui doit être rendue⁴²⁴. La Cour confond la pondération en vertu de l'article 7 de la *Charte* et la démarche contextuelle à des fins d'identification des principes de justice fondamentale⁴²⁵. Les facteurs à prendre en considération lors de l'exercice de pondération découlent du contexte. Cet accent mis sur le contexte lors de l'analyse en vertu de l'article 7 de la *Charte* a été souligné à maintes reprises par la Cour suprême⁴²⁶. Le recours à la démarche contextuelle correspond à la constatation de Pardini que le poids d'un principe constitutionnel ne peut être déterminé *in abstracto*, que son application peut varier en fonction des circonstances et de la réalité des faits⁴²⁷.

Bien qu'il existe plusieurs types de contextes – liés à un environnement de normes juridiques, à des jugements de valeur ou à des faits⁴²⁸ –, le contexte qui me semble incontournable pour l'identification des principes de justice fondamentale est le contexte factuel. Il ne s'agit pas des circonstances factuelles propres à la personne visée par un avis de danger que le ministre prend en considération pour rendre une

⁴²⁴ *Id.*, par. 45.

⁴²⁵ *Id.*, par. 45.

⁴²⁶ *Kindler*, préc., note 131, par. 132 : « Notre Cour a dit, à plusieurs reprises, que dans l'étude de la question de la justice fondamentale elle est engagée dans un processus de pondération. Pour appliquer ce processus en l'espèce, il faut carrément tenir compte du contexte global. »; *Chiarelli*, préc., note 151, p. 732-733 : « La portée des principes de justice fondamentale varie selon le contexte et la nature des intérêts en jeu. »; *Burns* préc., note 117, par. 68 : « Ce qu'il importe de déterminer, ce sont les principes de justice fondamentale qui s'appliquent dans le contexte de l'extradition. »; *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, par. 32 : « Les principes de justice fondamentale que garantit l'art. 7 varient selon le contexte des procédures à l'égard desquelles ils sont invoqués ».

⁴²⁷ J.-J. PARDINI, préc., note 19, p. 207-208.

⁴²⁸ Danielle PINARD dans « La méthode contextuelle », (2002) 81 *Can. Bar. Rev.* 323, p. 325-337. Voir la distinction que l'auteur présente entre les différents types de contexte.

décision, mais du contexte social plus large qui guide la Cour suprême dans l'identification du principe de justice fondamentale. Par contexte social, j'entends les faits sociaux. La prise en compte des faits sociaux empêche la cristallisation des normes constitutionnelles⁴²⁹. Les normes constitutionnelles, qui sont des concepts juridiques indéterminés au contenu variable, tels que les principes de justice fondamentale, peuvent évoluer grâce à la prise en compte des faits sociaux. Pardini écrit que « l'évolution des normes "suivra" aussi l'évolution des rapports sociaux auxquels elle sera nécessairement ramenée par l'opérateur juridique »⁴³⁰. La prise en compte par la Cour suprême de ce qui choque la conscience des Canadiens pour identifier les principes de justice fondamentale illustre bien cette relation entre les faits et la norme constitutionnelle.

Bien qu'il soit indubitable que le contexte factuel, dans le cas qui nous intéresse le contexte en matière de sécurité nationale et le contexte en matière d'immigration, a influencé la décision de la Cour suprême, le seul contexte expressément traité dans *Suresh* est le contexte des normes juridiques. La Cour suprême examine à la lumière de deux contextes si le gouvernement peut, en conformité aux principes de justice fondamentale, expulser une personne vers un pays où elle risque la torture : d'abord au regard du contexte canadien, puis au regard du contexte international.

Le traitement du contexte canadien et du contexte international constitue l'essentiel des motifs de la Cour suprême à l'appui du principe de justice fondamentale qu'elle énonce⁴³¹. En fait, une fois que le contexte canadien et le contexte international sont

⁴²⁹ J.-J. PARDINI, préc., note 19, p. 330.

⁴³⁰ *Id.*, p. 214.

⁴³¹ L'analyse de la Cour suprême dans *Suresh*, préc., note 11, de la conformité des dispositions de la *Loi sur l'immigration* à la *Charte canadienne* se retrouve aux paragraphes 42-79; à l'intérieur de ceux-ci, les paragraphes 49-58 traitent du contexte canadien, et les paragraphes 59-75 du contexte international. En tout, il n'y a que onze (11) paragraphes sur trente-sept (37) qui ne font pas partie de l'analyse contextuelle pour évaluer la conformité de l'alinéa 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration* à l'article 7 de la *Charte*.

établis, l'analyse de la Cour suprême sur le principe de justice fondamentale applicable et la validité de l'alinéa 53(1)b) sur les avis de danger est essentiellement terminée. Il n'est pas possible de déterminer, à partir des motifs de la décision, l'influence que les parties en litige ont pu avoir sur l'examen du contexte dans la décision. En fait, en l'absence de règles présidant à la détermination du contexte, la Cour suprême est complètement libre de choisir le contexte qui lui convient⁴³². Le fait de ne pas avoir à fournir d'explications sur la provenance du contexte et le choix des éléments factuels dits pertinents rend l'exercice judiciaire de pondération en vertu de l'article 7 de la *Charte* subjectif et imprévisible⁴³³. La Cour suprême choisit et fabrique le contexte qui entoure ses conclusions. À ce sujet, Marie-Claude Prémont écrit :

Les mathématiques sont formelles : le langage mathématique n'a pas besoin de contexte, il est tout à fait indépendant. D'un autre côté, les linguistes ont aussi fait leur démonstration : le langage naturel est fondamentalement et essentiellement dépendant du contexte. Le langage juridique se distingue de l'un et de l'autre : il a besoin d'un contexte, mais il en est maître. Pendant que les mathématiques font tout sans contexte et que la langue est subordonnée au contexte dans lequel elle baigne, le langage juridique peut choisir et fabriquer son propre contexte.⁴³⁴

⁴³² Danielle PINARD, « La méthode contextuelle », préc., note 428, p. 357-378, souligne le problème de l'absence de règles présidant à la détermination du contexte. Elle écrit, à la p. 367, que, « dans la mesure où le contexte devient déterminant, un facteur clé pour l'issue de la cause, lui-même "fait en litige", on se demande si son établissement ne devrait pas plutôt relever de modes plus orthodoxes, ou minimalement, faire l'objet d'un débat contradictoire. On admet en effet aujourd'hui qu'il arrive que les tribunaux commettent des erreurs, et que l'imprécision de la méthode peut entraîner des dommages plus importants encore que les erreurs quant au fond ».

⁴³³ Christopher D. BRETT et Adam M. DODEK, « The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter », (2001) 14 *S.C.L.R.* (2nd) 175, soulignent le danger d'un trop grand recours à la démarche contextuelle. Ils écrivent, à la p. 185, que « *[t]he problem with the Supreme Court's increasing reliance on "context" is that it essentially reduces adjudication to a highly subjective exercise with little predictability. The Oakes test was intended to provide a degree of objective analysis and predictability; in contrast, extensive emphasis on context undermines the rule of law. The amorphous concept of "context" makes it increasingly difficult for lawyers to advise their clients as to how a court will consider a constitutional challenge* ».

⁴³⁴ M.-C. PRÉMONT, préc., note 379, p. 165.

L'absence d'assises factuelles explicites et adéquates à la démarche contextuelle de la Cour suprême dans *Suresh* discrédite cette méthode d'analyse. De plus, le choix de la Cour de ne pas traiter le contexte de la sécurité nationale et le contexte de l'immigration nous laisse ultimement sans réelle justification de la conclusion de la Cour dans *Suresh*.

Un fardeau de preuve à réviser

Dans les parties précédentes, j'explore la faiblesse des assises factuelles qui soutiennent les conclusions de la Cour suprême sur la conformité des avis de danger aux principes de justice fondamentale. La Cour suprême tire une conclusion factuelle sur ce qui choque la conscience des Canadiens, un fait en litige, sans nous donner aucune indication sur la méthode de preuve de ce fait. Pour compléter cette analyse, il faut se pencher sur la preuve nécessaire dans un contrôle constitutionnel en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne*. J'examine ici la jurisprudence de la Cour suprême pour faire ressortir ce qu'elle nous enseigne sur la preuve des principes de justice fondamentale. Cet examen permet de constater que le processus mis en place pour l'analyse d'une atteinte aux droits protégés par l'article 7 de la *Charte canadienne* est complexe et constitue un lourd fardeau pour le demandeur qui allègue une atteinte. Cette constatation me conduit à conclure que, pour que la Cour réviser sa décision dans *Suresh* en asseyant ses conclusions sur des assises factuelles plus solides, il faudra revoir la manière de procéder pour prouver, à tout le moins raisonnablement, les faits sur lesquels s'appuient les principes de justice fondamentale.

Le fardeau de la preuve incombe au demandeur à toutes les étapes de l'analyse dans l'application de l'article 7 de la *Charte*. Ce n'est que si une atteinte à l'article 7 est prouvée qu'il incombe au ministère public de la justifier conformément à l'article

premier⁴³⁵. En pratique, s'il est clair que le fardeau de prouver une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité repose sur la personne qui allègue l'atteinte, on ne peut en dire autant pour l'analyse de la conformité aux principes de justice fondamentale. Neil Finkelstein suggérait en 1983, juste après l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*, que l'article 7 faisait partie d'une catégorie à part des autres droits garantis⁴³⁶. Selon Finkelstein, certains droits ont un fardeau simple, comme les articles 2 à 6, 10, certains alinéas des articles 11 et 12 de la *Charte*⁴³⁷. Par fardeau simple (« *single burden* »), il désigne les droits qui ne contiennent pas de limite intrinsèque et pour la démonstration desquels le demandeur n'a pas à prouver que le gouvernement n'a pas agi raisonnablement. Certains droits ont un double fardeau, comme les articles 8 et 9 et certains alinéas de l'article 11. Par double fardeau (« *double burden* »), il désigne les droits qui contiennent une limite à même leur énonciation; le demandeur doit donc établir non seulement que son droit a subi une atteinte *prima facie*, mais aussi que cette atteinte a été portée de manière déraisonnable ou arbitraire par l'État. Finalement, il qualifie l'article 7 de droit hybride parce qu'il n'entre pas aisément dans la catégorie des droits avec fardeau simple ou des droits avec double fardeau. Selon Finkelstein, le fardeau de la preuve est renversé à l'intérieur même de l'article 7⁴³⁸. Ainsi, toujours selon cet auteur, le demandeur n'a qu'à montrer l'atteinte *prima facie* à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité, et c'est l'État qui a ensuite le fardeau de montrer que cette atteinte était en accord avec les principes de justice fondamentale. Si l'État ne parvient pas à montrer que l'atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale, il peut tenter de montrer que l'atteinte est justifiée dans une société libre et démocratique en vertu de l'article premier. La Cour suprême a rejeté cette approche⁴³⁹. L'état actuel du droit

⁴³⁵ *R. c. Malmo-Levine*, préc., note 331, par. 97; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 66-67.

⁴³⁶ Neil FINKELSTEIN, « Section 1: The Standard for Assessing Restrictive Government Actions and the Charter's Code of Procedure », (1983) 9 *Queen's L.J.* 143.

⁴³⁷ *Id.*, p. 147.

⁴³⁸ *Id.*, p. 155-156.

⁴³⁹ Cet argument a été présenté dans *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 331, par. 96-97. Les avocats de Caine ont prétendu que leur client avait établi l'existence d'une menace à sa liberté ou à la sécurité de sa personne et, par conséquent, que le

requiert que le demandeur prouve qu'il y a atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité et que cette atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Le demandeur doit donc aussi prouver l'existence des principes de justice fondamentale dont il invoque le non-respect.

L'identification des principes de justice fondamentale exige un exercice de pondération des droits individuels et des intérêts sociétaux. L'idée de procéder à une telle pondération dans l'analyse fondée sur l'article 7 était initialement controversée à la Cour suprême, et ce, pour de bonnes raisons. La prise en compte des intérêts de l'État dans l'analyse en vertu de l'article 7 rend à toutes fins utiles redondante la justification ultérieure d'une atteinte en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*⁴⁴⁰. Le juge Lamer s'est longtemps opposé à la prise en considération des intérêts de l'État dans l'examen en vertu de l'article 7⁴⁴¹, tandis que le juge La Forest a ouvert la porte à la pondération des intérêts de l'État dans l'application de cet article⁴⁴². Plusieurs décisions reflètent cette division à la Cour suprême, c'est le cas

fardeau de preuve devait être renversée pour que le ministère public fasse la preuve que cette atteinte était conforme aux principes de justice fondamentale. Les juges Gonthier et Binnie ont rejeté cet argument.

⁴⁴⁰ Parmi les auteurs qui en arrivent à cette conclusion, voir P. HOGG, préc., note 330, p. 846 (l'auteur constate que les motifs du juge Dickson, appuyé par le juge Lamer, et les motifs du juge Beetz, appuyé par le juge Estey dans *R. c. Morgentaler (No. 2)*, [1988] 1 R.C.S. 30, exposent essentiellement la même analyse sous l'article 7 et sous l'article premier); A. YOUNG, préc., note 218, p. 136; Robert J. CURRIE, « Charter Without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedom », (2004) 27 *Dalhousie L.J.* 235, 264; Lorne SOSSIN, « Developments in Admin. Law : The 2001-2002 Term », (2002) 18 *S.C.L.R.* 41, 51-52; Patrice GARANT, « Vie, liberté, sécurité et justice fondamentale (Article 7) », dans Gérald-A. BEAUDOUIN et Errol MENDES, (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Markham, Ontario, LexisNexis, Butterworth, 2005, p. 592.

⁴⁴¹ Voir *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 121; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Rodriguez*, préc., note 340.

⁴⁴² Voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

dans *R. c. Hébert*⁴⁴³, *R. c. Swain*⁴⁴⁴ et *Thomson Newspapers*⁴⁴⁵. On constate toutefois que les opposants à la pondération des intérêts de l'État pour la détermination des principes de justice fondamentale finissent par se rallier à cette approche dans les décisions *Idziak*⁴⁴⁶, *Cunningham*⁴⁴⁷ et *Godbout c. Longueuil*⁴⁴⁸.

Un argument en faveur de la pondération est que, dans un contexte où la Cour suprême a indiqué à plusieurs reprises qu'il sera très difficile, voire exceptionnel, pour l'État de démontrer le caractère raisonnable en vertu de l'article premier d'une violation de l'article 7, l'arbitrage des intérêts opposés dans le cadre d'un contrôle constitutionnel en vertu de cet article est nécessaire⁴⁴⁹. Effectivement, la Cour

⁴⁴³ [1990] 2 R.C.S. 151, p. 191. La juge McLachlin défend l'approche de la pondération dans une décision sur le droit au silence d'un détenu, alors que la juge Wilson rejette sans équivoque la pondération sous l'article 7.

⁴⁴⁴ *R. c. Swain*, préc., note 441. La majorité applique le test de la pondération, alors que les juges Sopinka et Cory appuient le juge en chef Lamer qui réaffirme son opposition à la pondération. Il s'agit d'une décision concernant les limites de la présentation d'une preuve d'aliénation mentale par la Couronne dans le cadre d'un procès criminel.

⁴⁴⁵ *Thomson Newspapers Ltd.*, préc., note 442. Les juges Wilson et Sopinka rejettent l'approche de la pondération de principes de justice fondamentale sous l'article 7 et concentrent leur analyse sous l'article premier, tandis que les juges La Forest et L'Heureux-Dubé pondèrent les intérêts en jeu sous l'article 7. Le juge Lamer ne se prononce pas sur l'approche à adopter.

⁴⁴⁶ *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 931. Il s'agit d'une affaire concernant l'extradition d'un fugitif vers l'état du Michigan pour qu'il y réponde à des accusations de fraude. Il n'y a pas de dissidence du juge Lamer. Le juge Cory semble changer de position sans faire plus de commentaires que celui-ci : « Pour déterminer la nature et l'étendue des garanties procédurales [éléments de la justice fondamentale] exigées par l'article 7, un tribunal doit examiner et soupeser les intérêts opposés de l'État et du particulier ».

⁴⁴⁷ *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143. L'arrêt porte sur les changements apportés à la *Loi sur la libération conditionnelle* qui rendaient cette libération potentiellement plus difficile à obtenir. Les modifications accordaient un pouvoir discrétionnaire plus étendu aux autorités quant à la décision d'accorder ou de refuser cette libération. La juge McLachlin, pour une Cour unanime, tranche en faveur de la pondération. Les juges Sopinka, Lamer, Iacobucci semblent avoir changé de position.

⁴⁴⁸ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 76. Le juge La Forest n'hésite pas à dire que la pondération est dorénavant la position de la Cour.

⁴⁴⁹ Dominique JOBIN, « Nouvelles perspectives en matière de droits à la liberté et à la sécurité de la personne protégés par l'article 7 de la *Charte canadienne* », dans

suprême a affirmé à plusieurs reprises que la justification d'une atteinte à l'article 7 de la *Charte canadienne* en vertu de l'article premier ne serait pas une entreprise facile. Dans *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, la majorité conclut qu'une justification d'une atteinte à l'article 7 serait possible « seulement dans des circonstances qui résulteraient de conditions exceptionnelles comme un désastre naturel, le déclenchement d'hostilités, une épidémie et ainsi de suite »⁴⁵⁰. La Cour suprême a réaffirmé le caractère exceptionnel de la justification d'une atteinte à l'article 7 en vertu de l'article premier dans plusieurs décisions⁴⁵¹.

La pondération des intérêts sociétaux pour la détermination des principes de justice fondamentale soulève des difficultés. Essentiellement, selon le juge Lamer, la pondération a pour effet de faire jouer les intérêts de l'État à l'étape de l'article 7 de la *Charte canadienne*, plutôt que dans le cadre d'une justification en vertu de l'article premier. Dans *Swain*, le juge Lamer écrit :

Il n'est pas acceptable que l'État puisse contrecarrer l'exercice du droit de l'accusé en tentant de faire jouer les intérêts de la société dans l'application des principes de justice fondamentale, et restreindre ainsi les droits reconnus à l'accusé par l'art. 7. Les intérêts de la société doivent entrer en ligne de compte dans l'application de l'article premier de la *Charte*, lorsqu'il incombe au ministère public de démontrer que la justification de la règle de droit attaquée peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En d'autres termes, j'estime que l'évaluation des intérêts de la société par rapport au droit individuel garanti par l'art. 7 ne devrait se faire que dans le contexte de l'article premier de la *Charte*.⁴⁵²

Cet extrait expose bien la confusion entre la prise en compte des intérêts sociétaux lors de l'examen de leur conformité aux principes de justice fondamentale et la prise en compte de ces mêmes intérêts lors de la justification en vertu de l'article premier.

Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développement récents en droit administratif*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2001, 81, p. 107. L'auteur présente cet argument.

⁴⁵⁰ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 121, par. 85.

⁴⁵¹ Voir *Godbout c. Longueuil*, préc., note 448, p. 900; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 99; *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, p. 735; et *Suresh*, préc., note 11, par. 78.

⁴⁵² *R. c. Swain*, préc., note 441. Le juge Gonthier souscrit aux motifs du juge Lamer, mais émet des réserves quant à sa position sur la pondération. L'Heureux-Dubé, dissidente, s'oppose à la pondération.

On constate aussi cette confusion dans *Godbout c. Longueuil*⁴⁵³, où le juge La Forest semble admettre l'absence de ligne de démarcation claire entre le cadre d'analyse en vertu de l'article premier et l'examen de la conformité d'une atteinte aux principes de justice fondamentale. Il estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si l'atteinte aux droits garantis par l'article 7 est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, parce que, selon lui, l'analyse relative à la justice fondamentale avait permis de passer en revue toutes les considérations pertinentes à cet égard⁴⁵⁴. Dans les faits, la pondération pour identifier les principes de justice fondamentale a eu l'effet de marginaliser le recours à la justification en vertu de l'article premier, puisqu'une atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne sera généralement justifiée par le processus de pondération en vertu de l'article 7⁴⁵⁵.

La Cour suprême reconnaît le chevauchement de la pondération dans l'analyse de l'article 7 et de la justification en vertu de l'article premier dans *R. c. Mills*⁴⁵⁶. Les juges McLachlin et Iacobucci écrivent que la jurisprudence de la Cour relative à l'article premier est, à maints égards, fort semblable au processus d'évaluation prescrit par l'article 7. Cependant, ils prétendent qu'il y a plusieurs différences, dont la plus importante réside dans le fait que la question qui se pose en vertu de l'article 7 est celle de la délimitation des droits en question, tandis que la question qui se pose en vertu de l'article premier est de savoir si le non-respect de ces limites peut être

⁴⁵³ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 448. La ville appelante a pris une résolution obligeant tous les nouveaux employés permanents à habiter dans les limites de la municipalité. L'employée a obtenu sa permanence et, environ un an plus tard, elle a acheté une nouvelle maison dans une municipalité voisine et y a emménagé. Elle a été congédiée lorsqu'elle a refusé de s'établir à nouveau dans les limites de la ville.

⁴⁵⁴ *Id.*, par. 91.

⁴⁵⁵ C. D. BREDT et A. M. DODEK, préc., note 433, p. 179, notent la marginalisation du recours à la justification en vertu de l'article premier avec, entre autres, l'intégration de la pondération dans l'analyse de l'article 7 de la *Charte*. À la note de bas de page 13, ils citent des statistiques, qu'ils ont mises à jour et qui font état de seulement un arrêt sur 105 à la Cour suprême entre 1990 et 2000 qui a été réglé suivant l'analyse en vertu de l'article premier de la *Charte*.

⁴⁵⁶ *R. c. Mills*, préc., note 435.

justifié⁴⁵⁷. De plus, la nature des questions et des intérêts qui doivent être évalués ne serait pas la même. Alors que l'article 7 touche les principes de justice fondamentale qui se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique, l'article premier touche les valeurs qui sous-tendent une société libre et démocratique, valeurs par nature plus larges⁴⁵⁸. Dans *R. c. Malmo-Levine*, les juges Gonthier et Binnie notent que la « démarche générale de mise en balance des droits individuels et des intérêts sociétaux, sans égard à un principe de justice fondamentale déterminé, intègre entièrement l'examen que commande l'article premier à l'analyse fondée sur l'article 7 »⁴⁵⁹. Ils soulignent que « [l]es conséquences procédurales d'une telle "fusion" sont considérables »⁴⁶⁰. Voilà pourquoi la pondération des droits individuels et des intérêts sociétaux dans l'analyse de l'article 7 n'est pertinente que pour préciser un principe de justice fondamentale en particulier⁴⁶¹. Dans *Charkaoui I*, la Cour appuie cette analyse et ajoute que, si la pondération s'étendait au-delà de ces paramètres, « l'État se trouverait libéré du fardeau de justifier les mesures attentatoires, et la personne qui invoque la *Charte canadienne* aurait l'obligation de démontrer que les mesures contestées ne sont pas justifiées »⁴⁶².

Dans *Suresh (C.A.F.)*, le juge Robertson constate qu'il existe des divergences d'opinion à la Cour suprême sur l'endroit approprié pour prendre en considération les intérêts sociétaux⁴⁶³. Il met en évidence les difficultés d'application de l'article 7 lorsqu'il écrit :

En supposant que les intérêts de l'État doivent être pris en compte à l'étape de l'article 7, il est évident que le procureur général a l'avantage de ne pas être tenu de satisfaire aux exigences additionnelles imposées par le critère énoncé dans *Oakes*. Si les principes de justice fondamentale veulent que les intérêts de l'État

⁴⁵⁷ *Id.*, par. 66.

⁴⁵⁸ *Id.*, par. 67. La décision *R. c. Malmo-Levine*, préc., note 331, par. 97, reprend les distinctions dans *R. c. Mills* entre l'analyse sous l'article 7 et la justification sous l'article premier.

⁴⁵⁹ *R. c. Malmo-Levine*, préc., note 331, par. 96.

⁴⁶⁰ *Id.*, par. 96.

⁴⁶¹ *Id.*, par. 98.

⁴⁶² *Charkaoui I*, préc., note 67, par. 21.

⁴⁶³ *Suresh (C.A.F.)*, préc., note 52, par. 82-110.

soient obligatoirement pondérés par rapport aux droits individuels, la personne qui allègue une violation du droit garanti par l'article 7 doit prouver trois éléments : 1) l'article 7 s'applique; 2) il y a eu manquement *prima facie* à un principe de justice fondamentale; 3) aucun intérêt valable de l'État ou de la collectivité ne l'emporte sur ce principe. Bref, la personne qui conteste la loi a le fardeau d'établir qu'aucun objectif législatif « urgent et réel » ne l'emporte sur le droit *prima facie* auquel il a été porté atteinte. (Sur le plan pratique, c'est inévitablement le procureur général qui soutient que l'intérêt de l'État doit l'emporter sur un droit individuel.)⁴⁶⁴

Effectivement, bien que le fardeau de preuve repose techniquement sur le demandeur, le gouvernement ne peut s'en remettre au demandeur pour faire valoir les intérêts de l'État et démontrer que l'atteinte à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité était conforme aux principes de justice fondamentale. *De facto*, le gouvernement ne manquera pas de faire la démonstration des intérêts de l'État pour montrer que l'atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale et éviter la démonstration d'une justification en vertu de l'article premier.

Le juge Robertson choisit de ne pas pondérer les intérêts de l'État dans l'analyse de l'article 7 de la *Charte*⁴⁶⁵. Il fait un examen attentif de la décision *Kindler* sur l'extradition d'un individu vers les États-Unis sans demande de garantie que le pays n'aura pas recours à la peine de mort, et il énumère différents passages où les juges McLachlin et La Forest rapportent que l'extradition vers un pays où le fugitif risque la torture porterait tellement atteinte aux valeurs de la société canadienne qu'elle serait inacceptable⁴⁶⁶. Il conclut à lumière de ces commentaires dans *Kindler* qu'une loi qui permet l'expulsion d'une personne vers des pays où elle risque d'être soumise à la torture serait vraisemblablement considérée comme contraire aux principes de justice fondamentale⁴⁶⁷. Le juge Robertson poursuit son analyse et détermine que cette violation de l'article 7 peut être justifiée par l'application de l'article premier⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ *Id.*, par. 85.

⁴⁶⁵ *Id.*, par. 86 et 105.

⁴⁶⁶ *Id.*, par. 91-103.

⁴⁶⁷ *Id.*, par. 104.

⁴⁶⁸ *Id.*, par. 106-118.

La Cour suprême, pour sa part, pondère les intérêts de l'État dans son analyse de la conformité de l'atteinte aux principes de justice fondamentale. La Cour écrit que, « pour décider si une expulsion impliquant un risque de torture viole les principes de justice fondamentale, il faut mettre en balance l'intérêt du Canada à combattre le terrorisme d'une part, et le droit d'un réfugié au sens de la Convention de ne pas être expulsé vers un pays où il risque la torture d'autre part »⁴⁶⁹. Elle précise que, « d'un côté, il y a l'intérêt légitime du Canada à [...] empêcher que notre pays devienne un refuge pour les terroristes et à protéger la sécurité publique. D'un autre côté, il y a l'engagement constitutionnel du Canada envers la liberté et l'équité procédurale »⁴⁷⁰. La Cour suprême conclut que la jurisprudence indique que le résultat de cette mise en balance, sauf circonstances exceptionnelles, s'opposera généralement à l'expulsion de la personne visée vers un pays où elle risque la torture⁴⁷¹. Par conséquent, l'alinéa 53(1)b) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* ne porte pas atteinte aux droits garantis par l'article 7⁴⁷², et la Cour n'a donc pas à examiner la validité de cet alinéa au regard de l'article premier.

La Cour d'appel fédérale et la Cour suprême du Canada arrivent au même résultat quant à la validité de la règle de droit prévue à l'alinéa 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration*, mais après des démarches bien différentes. Alors que la Cour d'appel fédérale choisit de prendre en compte les intérêts sociétaux dans l'analyse de l'article premier de la *Charte* de manière à ce que le fardeau de la justification de l'atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité repose sur le gouvernement, la Cour suprême pondère les intérêts de l'État dans l'analyse de l'article 7, sans discuter de l'impact de cette démarche sur le demandeur du point de vue de l'administration de la preuve. Cette approche de la Cour suprême a un impact majeur sur la lourdeur du fardeau de preuve, qui semble désavantager la personne visée par un avis de danger.

⁴⁶⁹ *Suresh*, préc., note 11, par. 47.

⁴⁷⁰ *Id.*, par. 58.

⁴⁷¹ *Id.*, par. 76 et 78.

⁴⁷² *Id.*, par. 79.

Thomas J. Singleton écrit que la prise en compte par les juges des intérêts de la société a pour effet d'émasculer les droits garantis par l'article 7 en imposant à l'individu un fardeau de preuve additionnel excessivement onéreux⁴⁷³. Tandis que le gouvernement peut s'appuyer sur l'ensemble du processus législatif pour faire la démonstration des intérêts de l'État et leur légitimité démocratique, le demandeur est laissé à lui-même⁴⁷⁴.

Dans l'éventualité où la Cour suprême réexaminerait la question de la constitutionnalité des dispositions sur les avis de danger, je crois qu'elle devrait non seulement s'attarder plus amplement aux assises factuelles qui soutiennent le principe de justice fondamentale applicable en l'espèce, mais aussi revoir quelle partie devrait avoir la responsabilité d'un tel fardeau de preuve. Clairement, une analyse qui implique la pondération des intérêts de l'État avec des droits individuels ne devrait pas reposer sur un étranger visé par un avis de danger, mais devrait plutôt être imposée à l'État.

⁴⁷³ T.J. SINGLETON, préc., note 148.

⁴⁷⁴ A. YOUNG, préc., note 218, p. 147 : « *Although much of the information relating to the legislative objectives will be uniquely in the possession of the crown, it will be incumbent on the applicant or accused to the discharge a persuasive burden relating to proof or the absence of proof of a sound policy supporting the enactment. Rhetorical flourishes by counsel will not suffice. Invalidation will require a careful marshaling of legislative facts* ».

Conclusion

Dans *Suresh*, la Cour suprême nous indique que l'identification des principes de justice fondamentale doit se fonder sur une démarche contextuelle et sur un consensus dans la société canadienne concernant l'existence d'un tel principe. Dans ce mémoire, j'ai tenté de mettre en relief la faiblesse des motifs de la Cour suprême due à l'absence d'assises factuelles associées à son raisonnement. Les faits sont essentiels pour établir les accords préalables qui forment les prémisses à partir desquelles la Cour doit tirer ses conclusions⁴⁷⁵. Selon Perelman, la logique juridique vise à montrer l'acceptabilité de ces prémisses⁴⁷⁶. Sans ces accords préalables, il ne peut y avoir d'adhésion de l'auditoire visé à la décision. La Cour suprême tire la conclusion qu'il existe un consensus dans la société canadienne selon lequel il peut exister des circonstances extraordinaires qui permettraient au Canada de renvoyer une personne dans un pays où elle risque la torture. La Cour suprême se contente d'affirmer sans démontrer et manque de transparence quant à la provenance de cette conclusion de fait sur ce qui choque la conscience des Canadiens. Pardini déclare que « l'approfondissement des méthodes d'appréciation des faits constitue un aspect essentiel de [la] rationalisation du processus de décision juridictionnelle »⁴⁷⁷. Le traitement des faits dans *Suresh* laisse fortement à désirer, et je crois que la Cour suprême doit revoir son raisonnement et ses conclusions quant à la conformité aux principes de justice fondamentale des avis de danger qui ouvrent la porte à l'expulsion vers la torture.

Le raisonnement de la Cour suprême soulève sur certains points plus de questions qu'il n'offre de réponses. Le traitement distinct de l'expulsion vers la torture par rapport à l'extradition vers la torture est selon moi la plus manifeste. Comment expliquer que l'expulsion d'une personne vers la torture pourrait être permise dans des circonstances exceptionnelles en conformité aux principes de justice

⁴⁷⁵ C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, préc., note 16, p. 174.

⁴⁷⁶ *Id.*, p. 176.

⁴⁷⁷ J.-J. PARDINI, préc., note 19, 2001, p. 369.

fondamentale, alors que la Cour suprême a répété à maintes reprises que l'extradition dans de telles circonstances porterait inévitablement atteinte à l'article 7 de la *Charte*? La réponse se trouve selon moi dans les faits, et plus particulièrement dans le contexte de la sécurité nationale et le contexte de l'immigration entourant la question en litige dans *Suresh*. Cette portion du contexte factuel entourant les avis de danger explique le traitement distinct des personnes visées par l'extradition et des personnes visées par un ordre d'expulsion. Il est inexplicable que la Cour suprême, qui insiste sur l'importance d'une démarche contextuelle dans la détermination des principes de justice fondamentale, passe sous silence la portion du contexte factuel qui touche la sécurité nationale et l'immigration. Il est improbable, voire même impossible, que cette portion du contexte factuel ne soit pas entrée en ligne de compte dans le raisonnement de la Cour et dans sa conclusion que, selon les Canadiens, l'expulsion d'une personne vers un pays où elle risque la torture pourrait être une option dans des circonstances exceptionnelles.

La détermination de ce qui choque la conscience des Canadiens pour définir les principes de justice fondamentale est au centre de l'analyse de la Cour suprême de la conformité des dispositions permettant le renvoi d'une personne vers un pays où elle risque la torture. « Ce qui choque la conscience des Canadiens » est un fait social, mais la Cour néglige d'identifier les éléments de preuve qui soutiennent sa conclusion à ce sujet. Elle se contente de mettre en garde contre le recours aux sondages de l'opinion publique et se rabat sur du droit et de la jurisprudence pour identifier l'état de la conscience des Canadiens sur l'expulsion vers la torture. On peut s'interroger sur l'utilité d'un tel examen du droit. D'une part, parce que le droit et la jurisprudence identifiés prennent clairement position contre l'expulsion d'une personne vers un pays où elle risque la torture dans n'importe quelles circonstances, et parce que le droit et la jurisprudence nationaux reflètent le rejet par les Canadiens du recours à la torture et de l'extradition vers un pays qui pourrait infliger ce traitement à une personne. D'autre part, le recours au droit et à la jurisprudence pour identifier un fait social, la conscience des Canadiens, est problématique. Le droit peut-il prouver un fait? Je ne le crois pas.

Le recours à la notion de « ce qui choque la conscience des Canadiens » semble finalement être un simple outil de rhétorique pour la Cour suprême. Or, cette notion a sa pertinence pour l'identification des principes de justice fondamentale, puisque, tel que l'explique Pardini, elle permet à la Cour suprême de donner une « interprétation modernisée » des principes de justice fondamentale⁴⁷⁸. Les principes de justice fondamentale évoluent. Le cas de l'extradition vers un pays où une personne peut être soumise à la peine de mort en est un exemple frappant. Alors qu'originellement cette pratique était conforme à l'article 7 de la *Charte canadienne*, dix ans plus tard, elle allait à l'encontre des principes de justice fondamentale⁴⁷⁹. Selon la Cour suprême, cette évolution se basait sur des « faits nouveaux »⁴⁸⁰. Si les faits permettent d'identifier les principes de justice fondamentale, les juges peuvent-ils de leur propre chef identifier ces faits sans preuve et sans débat contradictoire?

Les motifs de la Cour sur le contrôle des dispositions de la *Loi sur l'immigration* et le contrôle de la décision du ministre semblent éviter de traiter des faits. La Cour est tout simplement silencieuse sur la source et la preuve des faits à l'appui de ses conclusions. En ce qui a trait au contrôle de la décision du ministre, la Cour met en garde les tribunaux de révision contre les intrusions dans les conclusions de fait du ministre menant à l'émission d'un avis de danger. Je vois difficilement comment les tribunaux de révision, qui seront appelés à se pencher sur la décision de renvoyer une personne vers un pays où elle risque la torture, pourront déterminer s'il existe des circonstances exceptionnelles justifiant une telle mesure au regard des principes de justice fondamentale sans examiner les faits présentés au ministre.

Force est de constater que les motifs de la Cour suprême dans *Suresh* nous laissent sans aucune indication sur la manière de traiter les faits autant au niveau du contrôle des dispositions de la *Loi sur l'immigration* qu'à celui du contrôle de la décision du

⁴⁷⁸ *Id.*, p. 225.

⁴⁷⁹ Voir *Kindler*, préc., note 131, et *Burns*, préc., note 117.

⁴⁸⁰ *Burns*, préc., note 117, par. 144.

ministre d'émettre un avis de danger qui porte potentiellement atteinte à l'article 7 de la *Charte canadienne*.

En ce qui a trait au contrôle des dispositions de la *Loi sur l'immigration*, la jurisprudence de la Cour nous enseigne que le demandeur assume le fardeau de démontrer une atteinte à l'article 7 de la *Charte*. Ce dernier doit démontrer une atteinte à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité, les principes de justice fondamentale applicables, et le fait que l'atteinte à ces droits n'est pas conforme à ces principes. L'exercice de pondération pour définir les principes de justice fondamentale, qui implique une démonstration d'un consensus dans la société canadienne sur l'existence de ce principe, impose un lourd fardeau au demandeur. Je crois qu'on peut sérieusement s'interroger sur la capacité d'un étranger qui conteste, seul, la décision du ministre de faire la preuve du consensus dans la société canadienne ou de ce qui choque la conscience des Canadiens lorsqu'il allègue une atteinte à l'article 7 de la *Charte*. Puisque la pondération pour l'identification des principes de justice fondamentale requiert la prise en compte des intérêts de l'État, ce dernier n'a d'autre choix que de faire ses propres représentations à cette étape de l'analyse en vertu de l'article 7 de la *Charte*. Les arguments sur lesquels se fonde la détermination par la Cour suprême du principe de justice fondamentale applicable semblent être ceux que des groupes d'intérêts ou des intervenants dans un recours présenteraient. Dans *Suresh*, la Cour suprême s'attarde à l'argumentation d'Amnistie internationale, qui compile les normes internationales qui soutiennent l'interdiction du renvoi vers la torture quelles que soient les circonstances⁴⁸¹. Cela soulève une autre question : le rôle des intervenants est-il devenu essentiel pour présenter une preuve sous l'article 7? Le rôle des intervenants dans la preuve de l'existence d'un consensus sur les principes de justice fondamentale mériterait d'être exploré⁴⁸². La Cour suprême est

⁴⁸¹ *Suresh*, préc., note 11, par. 61 et 63.

⁴⁸² Andrew K. LOKAN et Christopher M. DASSIOS, *Constitutional Litigation in Canada*, Thomson Carswell, 2006, à la p. 8-10. Les auteurs sont d'avis que la complexité croissante de la preuve dans les litiges constitutionnels rend ces derniers hors de portée des individus. Les auteurs s'interrogent sur l'impact sur les parties de l'accent qui est mis par les tribunaux sur le contexte. Ils écrivent : « [...] *the courts must consider whether their requirements for factual context imposes an undue*

silencieuse sur la preuve à l'appui des intérêts sociétaux et de ce qui choque la conscience des Canadiens. La difficulté d'imposer l'ensemble du fardeau de la preuve d'une atteinte aux droits garantis par l'article 7 au demandeur est peut-être en partie responsable de ce silence.

En ce qui a trait au contrôle de la décision du ministre d'émettre un avis de danger, je prétends que la Cour suprême doit préciser le type de contrôle applicable aux décisions administratives qui affectent les droits fondamentaux d'une personne. Un contrôle judiciaire et un contrôle constitutionnel d'une décision imposent un traitement différent des faits par les cours de justice. Si la décision du ministre d'émettre un avis de danger doit être soumise à un contrôle judiciaire, comme le suggère la décision dans *Suresh*, le degré de déférence et la norme de contrôle applicables ne devraient pas être attachés au plus haut niveau de retenue à l'égard de la décision du ministre. La décision sous examen en est une qui a des conséquences des plus graves pour la personne visée : le renvoi dans un pays où elle risque la torture. Les questions de fait sont cruciales dans la décision du ministre et devraient être soumises à un contrôle plus rigoureux que celui que propose la Cour suprême dans *Suresh*.

Le contrôle judiciaire de décisions administratives qui soulèvent des questions de *Charte* crée un défi particulier relativement aux faits et à la preuve⁴⁸³. L'administration de la preuve dans un contrôle judiciaire, à tout le moins au niveau fédéral qui nous intéresse ici, est beaucoup plus limitée que dans un recours civil. La preuve en contrôle judiciaire se fait par voie d'affidavits, ainsi que des pièces

burden upon some kind of litigants and creates undue structural advantage for those with more extensive resources ».

⁴⁸³ En matière d'immigration et de statut de réfugié, les décisions *Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (C.A.), [1999] 3 C.F. 404 et *Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*(1^{re} inst.), [1999] 2 C.F. 185 ont ouvert la porte à l'examen de questions constitutionnelles en contrôle judiciaire, même si le décideur initial n'était pas lui-même compétent pour traiter ces questions.

documentaires à leur soutien⁴⁸⁴. Les affidavits se limitent aux faits sur lesquels le déclarant pourrait témoigner s'il comparaitrait comme témoin devant la cour⁴⁸⁵. Toutefois, ces règles ne sont pas appliquées de manière stricte, plus particulièrement quand une question constitutionnelle est soulevée⁴⁸⁶. Le contrôle judiciaire est une procédure expéditive avec des délais procéduraux serrés⁴⁸⁷. Il n'existe pas de divulgation de la preuve, mis à part la transmission aux parties des documents ou des éléments matériels pertinents quant à la demande en la possession du décideur dont la décision fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire⁴⁸⁸. Finalement, il n'y a pas de preuve par témoignage lors de l'audience⁴⁸⁹. L'administration de la preuve plus limitée dans le cadre d'un contrôle judiciaire mériterait d'être étudiée pour mesurer son impact sur le traitement des faits par les cours de justice lorsque des questions constitutionnelles sont soulevées.

La conclusion qu'il existe un consensus dans la société canadienne selon lequel il peut y avoir des circonstances exceptionnelles permettant au Canada de renvoyer une personne vers la torture en conformité aux principes de justice fondamentale requiert plus qu'une affirmation sans assises factuelles. La Cour suprême devrait porter plus d'attention au traitement des faits si elle souhaite persuader du bien-fondé du principe qu'elle énonce et de la compatibilité de l'expulsion du Canada vers la torture avec la *Charte canadienne*.

⁴⁸⁴ *Règles des cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, (DORS/93-22), art. 10(2)d).

⁴⁸⁵ *Id.*, art. 12(1).

⁴⁸⁶ Michael H. MORRIS et Kevin LUNNEY, « Commencing a Charter Challenge by Way of Judicial Review in Federal Court : *Tétreault-Gadoury* Revisited », (1999) 13 *C.J.A.L.P.* 293, 307-308.

⁴⁸⁷ LIPR, art. 72(2)b), la demande d'autorisation de contrôle judiciaire doit être déposée à la cour dans un délai de 15 jours après la date à laquelle le demandeur en a pris connaissance; LIPR, art. 74, l'audition du contrôle judiciaire doit être tenue dans les 90 jours après la date à laquelle la demande d'autorisation est accueillie.

⁴⁸⁸ *Règles des cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, art. 17.

⁴⁸⁹ Pour une description comparative des différences entre un recours civil et un contrôle judiciaire en cour fédérale, voir Michael H. MORRIS et Roy LEE, « Civil Action Challenges to Government Decisions », (2007) 20 *C.J.A.L.P.* 181, 183-184.

La Cour suprême pourrait réexaminer la question de l'expulsion d'une personne vers la torture en analysant la conformité de l'alinéa 115(2) LIPR qui a remplacé l'alinéa 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration*. Charkaoui⁴⁹⁰, toujours en attente d'une décision de la Cour fédérale sur le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité émis à son égard, a tenté de faire déclarer inconstitutionnel l'alinéa 115(2) LIPR⁴⁹¹. Il a présenté cette requête dans le cadre d'une demande de protection au Canada⁴⁹². Il n'a pas directement remis en question la décision de la Cour suprême sur l'alinéa 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration*⁴⁹³, il a plutôt tenté de distinguer son affaire de celle de *Suresh* en s'appuyant sur l'objectif 3(3)f) de la nouvelle LIPR qui prévoit que « l'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet [...] de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire »⁴⁹⁴. Le Canada est partie à la *Convention contre la torture* et au *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, qui prohibent de manière absolue l'expulsion d'une personne vers un pays où elle risque la torture. Charkaoui a plaidé que les avis de danger ne devraient permettre l'expulsion vers la torture sous aucune circonstance pour que le Canada puisse se conformer à ses engagements internationaux. La Cour fédérale⁴⁹⁵ et la Cour d'appel fédérale⁴⁹⁶ ont rejeté les

⁴⁹⁰ En février 2008, les ministres de la Sécurité publique et de CIC ont signé et déposé un certificat de sécurité contre Charkaoui en vertu de l'art. 34(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Charkaoui était accusé d'avoir des liens avec des membres d'une cellule d'Al-Qaïda à Montréal. Il a allégué qu'il risquait la torture s'il était renvoyé au Maroc par le Canada.

⁴⁹¹ *Charkaoui (Re)*(C.F.), [2006] 3 R.C.F. 325, 2005 CF 1670 (ci-après « *Charkaoui (Re)* ») et *Charkaoui c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, [2007] 3 R.C.F. F-8, 2007 CAF 80 (ci-après « *Charkaoui III* »).

⁴⁹² *Charkaoui (Re)*, préc., note 491, par. 12-13. Le juge Noël explique la procédure particulière lorsqu'une personne visée par un certificat de sécurité fait une demande de protection.

⁴⁹³ *Charkaoui III*, préc., note 491, par. 3.

⁴⁹⁴ *Charkaoui (Re)*, préc., note 491, par. 29.

⁴⁹⁵ *Charkaoui (Re)*, préc., note 491, par. 30-31. Le juge Noël conclut que la nouvelle loi ne modifie pas substantiellement la pondération prévue à l'alinéa 53(1)b) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et qu'il ne peut pas s'écarter du jugement de la Cour suprême dans *Suresh*. Le juge Noël ajoute, au par. 34, que lorsque l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre aura donné lieu à une décision de renvoyer une personne vers un pays où elle risque la torture, la cour pourra examiner la conformité d'une telle décision à l'article 7.

prétentions de Charkaoui. En septembre 2008, la Cour suprême refusait d'autoriser l'appel de cette décision⁴⁹⁷. À ce jour, la Cour suprême n'a pas révisé le principe de justice fondamentale qu'elle a énoncé dans *Suresh*. Il semble qu'il faudra attendre qu'une décision du ministre d'effectivement renvoyer une personne dans un pays où elle risque la torture soit soumise à la Cour suprême pour qu'il y ait un nouvel examen de la conformité d'une telle décision à l'article 7 de la *Charte canadienne*.

⁴⁹⁶ *Charkaoui III*, préc., note 491, par. 13-16. Le juge Desjardins explique que, parce qu'en présence d'une disposition législative prévoyant clairement le contraire, il ne pouvait y avoir d'obligation d'interpréter la LIPR de manière compatible avec les engagements internationaux du Canada. La Cour d'appel s'appuie sur la décision *Guzman c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration* (C.A.F.), [2006] 3 R.C.F. 655, 2005 CAF 436 pour tirer ses conclusions.

⁴⁹⁷ Demande d'autorisation rejetée, C.S.C., 18-09-2008, 31992.

Annexe – Dispositions législatives

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la Loi inconstitutionnelle de 1982, [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.)]

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

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

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.R.C. 1985, c. 27

115. (1) Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

115. (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, c. I-2

53. (1) Par dérogation aux paragraphes 52(2) et (3), la personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été reconnu aux termes de la présente loi ou des règlements, ou dont la revendication a été jugée irrecevable en application de l'alinéa 46.01(1)*a*), ne peut être renvoyée dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, sauf si, selon le cas :

[...]

b) elle appartient à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)*e*), *f*), *g*), *j*), *k*) ou *l*) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour la sécurité du Canada;

53. (1) Notwithstanding subsections 52(2) and (3), no person who is determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee, nor any person who has been determined to be not eligible to have a claim to be a Convention refugee determined by the Refugee Division on the basis that the person is a person described in paragraph 46.01(1)*a*), shall be removed from Canada to a country where the person's life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion unless [...]

b) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)*e*), *f*), *g*), *j*), *k*) or *l*) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the security of Canada;

Tables bibliographiques

Table de législation

Textes constitutionnels

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]

Textes fédéraux

Déclaration canadienne des droits, 1960, c. 44

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5

Loi sur les cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7

Loi sur l'extradition, L.R.C., 1999, c. 18

Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, c. I-2

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.R.C. 1985, c. 27

Déclaration canadienne des droits, 1960, c. 44

Règles des cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés, (DORS/93-22)

Table des jugements

Jurisprudence canadienne

- Adjei c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] C.F. 680.
- Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72
- Ahani c. Canada*, [1996] A.C.F. no 937 (C.A.F.)(QL/LN)
- Ahani c. Canada* (1^{re} inst.), [1995] 3 F.C. 669
- Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247
- Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307
- Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500
- Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12
- Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748
- Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711
- Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76
- Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38
- Charkaoui c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, [2007] 3 R.C.F. F-8, 2007 CAF 80
- Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350
- Charkaoui (Re)*(C.F.), [2006] 3 R.C.F. 325, 2005 CF 1670
- Charkaoui (Re)*, 2005 CF 149
- Charkaoui (Re)*, 2003 CF 882
- Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143
- Dadar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1381
- Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230
- Dr. Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226
- Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190
- États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283
- États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587
- États-Unis d'Amérique c. Ferras; États-Unis d'Amérique c. Latty*, [2006] 2 R.C.S. 77
- Fabian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1527

Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.), [1999] 3 C.F. 404

Godbout c. Longueuil (Ville), [1997] 3 R.C.S. 844

Idziak c. Canada (Ministre de la Justice), [1992] 3 R.C.S. 931

Kindler c. Canada (Ministre de la Justice), [1991] 2 R.C.S. 779

Krishnan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CF 846

Lake c. Canada (Ministre de la Justice), 2008 CSC 23

Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.F.), [2005] C.F. 239

Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 156

Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2005] 2 R.C.S. 539

Mitchell c. M.R.N., [2001] 1 R.C.S. 911

Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, [2006] 1 R.C.S. 256

Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.), [1999] 3 R.C.S. 46

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982

R. c. Beare; R. c. Higgins, [1988] 2 R.C.S. 387

R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452

R. c. Hall, [2002] 3 R.C.S. 309

R. c. Hebert, [1990] 2 R.C.S. 151

R. c. Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309

R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine, [2003] 3 R.C.S. 571

R. c. Mills, [1999] 3 R.C.S. 668

R. c. Mogentaler (No. 2), [1988] 1 R.C.S. 30

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103

R. c. Rodgers, [2006] 1 R.C.S. 554

R. c. Ruzic, [2001] 1 R.C.S. 687

R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S. 933

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

Rajudeen v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (C.A.F.), [1984] A.C.F. no 601(QL/LN)

- Raza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (1^{re} inst.), [1999] 2 C.F. 185
- Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486
- Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519
- S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539
- S.C.F.P. c. Société des Alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227
- Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177
- Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038
- Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3
- Suresh c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.)*, [2000] 2 C.F. 592
- Suresh c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. no 865 (LN/QL)
- Suresh (Re)*, [1997] A.C.F. no 1537 (LN/QL)
- Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494
- Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425
- Thuraisingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 1 R.C.F. D-17, 2004 CF 607
- U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048
- Union des employés de service, Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048
- Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, 577

Jurisprudence internationale

- Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, Recueil 1996-V, pp. 1869-1870
- Prosecutor v. Furundžija, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 2002, 121 International Law Reports 213
- Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.)

Bibliographie

Monographies et ouvrages collectifs

ARBOUR, J.-M., *Droit international public*, 3^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1997

BALDACCINI, A et E. GUILD (dir.), *Terrorism and the Foreigner. A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe*, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007

BEAUDOUIN, G. A. et E. MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Markham, Ontario, LexisNexis, Butterworth, 2005

BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Heaven, CT, Yale University Press, 1970

BLAIS, M.-H., J. BOUDREAU, J. DEBEER, M. DRAKE, W. HOOLE, M. LEUNG, N. MCGRAW, G. RÉGIMBALD et M. TELFORD, *Standards of Review of Federal Administrative Tribunals*, éd. 2007, Markham, Ontario, LexisNexis Canada, 2007

BLAKE, S., *Administrative Law in Canada*, 4^e éd., Markham, Ontario, LexisNexis Butterworth, 2006

CLARK, T., *Singh to Suresh : Non-Citizens, the Canadian Courts and Human Rights Obligations*, Victoria, B.C., Trafford Pub., 2006

DAUVERGNE, C., *Making People Illegal : What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2008

DAVIS, K.C., *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969

EVANS, J.M., H.N. JANISCH, D.J. MULLAN et R.C.B. RISK, *Administrative Law. Cases, Text, and Materials*, 5^e éd., Toronto, Edmond Montgomery Publications Limited, 2003

GALLIGAN, D.J., *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Oxford[Oxfordshire], New York, Clarendon Press, Oxford University Press, 1986

GARANT, P., *Droit administratif*, 5^e éd., Éditions Yvon Blais, 2004

GLENN, H.P., *Strangers at the Gate : Refugees, Illegal Entrants and Procedural Justice*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1992

HANK, P. et J. D. MCCAMUS (dir.), *National Security. Surveillance and Accountability in a Democratic Society*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1989

HOGG, P., *Constitutional Law of Canada*, Student Edition, Scarborough, Ontario, Thomson/Carswell, 2005

JONES, D.P. et A. S. de VILLARS, *Principles of Administrative Law*, Fourth Edition, Thomson Carswell, 2004

- KELLY, N. et M. TREBILCOCK, *The Making of the Mosaic. A History of Canadian Immigration Policy*, Toronto Buffalo London, University of Toronto Press, 2000
- LOKAN, A.K. et C.M. DASSIOS, *Constitutional Litigation in Canada*, Toronto, Thomson Carswell, 2006-
- MARROCCO, F.N. et H.M. GOSLETT, *Immigration and Refugee Protection Act of Canada. The 2004 Annotated*, Toronto, Thompson Canada Limited, 2003
- MULLAN, D.J., *Administrative Law*, Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law, 2001
- PARDINI, J.-J., *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris, Économica; Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001
- PERELMAN, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979
- PERELMAN, C. et P. FORIERS, (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, Société anonyme d'éditions juridiques et scientifiques, 1978
- PRATT, A., *Securing Borders : Detention and Deportation in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2005
- PRÉMONT, M.-C., *Tropismes du Droit : Logique métaphorique et logique métonymique du langage*, Montréal, Liber-Thémis, 2003
- SHARPE, R.J., (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworth, 1987
- WALDMAN, Lorne, *Canadian immigration and Refugee Law Practice*, Markham, Lexis Nexis Butterworths, 2007

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

- AIKEN, S., « Of Gods and Monsters : National Security and Canadian Refugee Policy », (2001) 14 *R.Q.D.I.*, no.1, 7
- ARBOUR, L. et F. LAFONTAINE, « Beyond Self-congratulation : The *Charter* at 25 in an International Perspective », (2007) 45 *Osgoode Hall L.J.* 239
- BAKER, G.B., « Willis on 'Cultured' Public Authorities », (2005) 55 *U.T.L.J.* 335
- BÉLIVEAU, Pierre, « La vie, la liberté et la sécurité de la personne et la Charte des droits », (1990) 24 *R.T.J.* 205
- BREDT, C.D. et A.M. DODEK, « The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter », (2001) 14 *S.C.L.R.* (2nd) 175
- CARVER, P.J., « Shelter from the Storm : A Comment on *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* », (2002) 40 *Alta. L.R.* 465-492

CURRIE, R.J., « Charter Without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedom », (2004) 27 *Dalhousie L.J.* 235

DUCHARME, M., « *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* : Sept mois plus tard, le traitement par les cours d'appel canadiennes des nouvelles règles régissent le contrôle judiciaire », Allocution livrée à l'occasion du Colloque sur l'arrêt *Dunsmuir* tenu par les Éditions Yvon Blais en association avec la Section de droit administratif de l'Association du Barreau canadien – Division Québec, 28 octobre et 11 décembre 2008

EVANS, J.M. « Judicial Review of Administrative Discretion : plus ça change...? », (2004) 6 *Admin. L.R.* (4th) 61

FAIGMAN, D.L., « Normative Constitutionnal Fact-Finding : Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation », (1991) 139 *Univ. Of Pennsylvania L. Rev.* 541
 FINKELSTEIN, Neil, « Section 1 : The Standard for Assessing Restrictive Government Actions and the Charter's Code of Procedure », (1983) 9 *Queen's L.J.* 143

FINKELSTEIN, N., « Section 1 : The Standard for Assessing Restrictive Government Actions and the Charter's Code of Procedure », (1983) 9 *Queen's L.J.* 143

GLENN, H.P., « Persuasive Authority », (1987) 32 *R.D. McGill* 261

GOLD, M.E., « The Mask of Objectivity : Politics and Rhetoric in the Supreme Court of Canada », (1985) 7 *S.C.L.R.* 455

GREY, J., « Discretion in Administrative Law », (1979) 17 *Osgoode Hall L.J.* 107

HOGG, P., A.A. BUSHELL THORTON et W.K. WRIGHT, « Charter Dialogue Revisited – or 'Much Ado About Metaphors' », (2007) 45 *Osgoode Hall L.J.* 1

JOBIN, D., « Nouvelles perspectives en matière de droits et libertés et à la sécurité de la personne protégés par l'article 7 de la *Charte canadienne* », Service de formation permanente Barreau du Québec, *Développement récents en droit administratif*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc, 2001, 81

LEBEL, L., « Some Properly Deferential Thoughts on Deference », (2008) 21 *C.J.A.L.P.* 1

LONGHLIN, M., « The Functionalist Style in Public Law », (2005) 55 *U.T.L.J.* 361

MACCRIMMON, M.T., « Developments in the Law of Evidence : The 1989-1990 Term : The Process of Proof : Schematic Constraints », (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 345

MACKAY, A.W., « In Defence of the Courts : A Balanced Judicial Role in Canada's Constitutional Democracy », (2006) 21 *Nat'l J. Const. L.* 183

MCLACHLIN, B., « The *Charter* 25 Years Later : The Good, the Bad, and the Challenges », (2007) 45 *Osgoode Hall L.J.* 365

MORRIS, M.H. et K. LUNNEY, « Commencing a Charter Challenge by Way of Judicial Review in Federal Court : *Tétreault-Gadoury* Revisited », (1999) 13 *C.J.A.L.P.* 293

- MORRIS, M.H. et R. LEE, « Civil Action Challenges to Government Decisions », (2007) 20 *C.J.A.L.P.* 181
- MULLAN, D.J., « Administrative Tribunals and Judicial Review of Charter Issues after Multani », (2006) 21 *Nat'l J. Const. L.* 127
- MULLAN, D.J., « Dunsmuir v. New Brunswick, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let's Try Again! », (2008) 21 *C.J.A.L.P.* 117
- MULLAN, D.J., « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004) 17 *C.J.A.L.P.* 59
- PINARD, D., « Charter and Context : the Facts for Which We Need Evidence, and the Mysterious Other Ones », (2001), 14 *S.C.L.R.* (2d) 163
- PINARD, D., « La méthode contextuelle », (2002) 81 *Can. Bar. Rev.* 323
- PINARD, D., « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés », (1989) 30 *C. de D.* 136
- PINARD, D., « Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt *Slaight Communications* », (1991-1992), 1 *R.N.D.C.* 79
- PUE, W., « The War on : Constitutional Governance in a State of Permanent Warfare? », (2003) 41 *Osgoode Hall L.J.* 267-292
- REED, R., « Foreign Precedents and Judicial Reasoning : The American Debate and British Practice », (April 2008) 124 *L.Q.Rev.* 253
- ROACH, K., « A Dialogue about Principle and a Principle Dialogue : Essay in Honour of Frank Iacobucci » (2007) 57 *U. Toronto L.J.* 449
- ROACH, K., « Sharpening the Dialogue Debate : The Next Decade of Scholarship », (2007) 45 *Osgoode Hall L.J.* 169
- ROACH, K., « Ten Ways to Improve Canada's Anti-Terrorism Law », (2005) 51 *Crim. L.Q.* 102
- ROSS, J.M., « Applying the Charter to discretionary Authority », (1991) 29 *Alta L.R.* 382
- ROY, B., « An Empirical Survey of Foreign Jurisprudence and International Instruments in Charter Litigation », (2004) 62 *U.T.Fac.L.Rev.* 99
- SCHAUER, F., « Authority and Authorities », (June 2008). *University of Virginia Legal Working Paper Series. University of Virginia Public Law and Legal Theory Working Paper Series. Working Paper 92*, en ligne : http://law.bepress.com/uvalwps/uva_publiclaw/art92 (site consulté le 18 janvier 2009).
- SHAPIRO, J., « An Once of Cure for a Pound of Preventive Detention : Security Certificats and the Charter », (2008) 33 *Queen's L.J.* 519
- SINGLETON, T.J., « The Principle of Fundamental Justice, Societal Interest and Section 1 of the Charter », (1995) 74 *R.du B. Can.* 449

SOSSIN, L. et C.M. FLOOD, « The Contextual Turn : Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law », (2007) 57 *U.T.L.J.* 581

SOSSIN, L., « Développements in Admin. Law : The 2001-2002 Term », (2002) 18 *S.C.L.R.* 41

YOUNG, A., « Fundamental Justice and Political Power. A Personal Reflection on Twenty Years in the Tranches », (2002) 16 *S.C.L.R.* (2d) 121

Documents gouvernementaux

CITOYENNETÉ IMMIGRATION CANADA, *Guide des politiques et des programmes de Citoyenneté immigration Canada. ENF 5 Rédaction des rapports en vertu du L44(1)*, [Ressource électronique], éd. rév., en ligne : <http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/index.asp> (site consulté le 10 août 2007)

CITOYENNETÉ IMMIGRATION CANADA, *Guide des politiques et des programmes de Citoyenneté immigration Canada. ENF 28 Avis du ministre sur le danger pour le public et la sécurité du Canada*, [Ressource électronique], éd. rév., en ligne : <http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/index.asp> (site consulté le 10 août 2007)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Les artisans de notre patrimoine*, [Ressource électronique], éd. rév., en ligne : <http://www.collectionscanada.gc.ca/archivesweb/20061026055218/http://www.ci.gc.ca/francais///ministere/patrimoine/index.html> (site consulté le 8 mai 2009)

GOUVERNEMENT DU CANADA, BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, *Protéger une société ouverte : la politique canadienne de sécurité nationale*, Canada, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2004

Documents internationaux

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Observations finales du Comité des droits de l'homme. Canada. 07/04/99, CCPR/79/Add.105*

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, S.T.E. no 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) [Convention européenne des droits de l'homme]

Convention de Vienne sur le droit des traités, 18 décembre 1980, 1155 R.T.N.U. 13

Convention relative au statut des réfugiés, adoptée le 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 137

EUROPEAN LIBERTY AND SECURITY (ELISE), *Security Issues, Social Cohesion and Institutional Development of the European Union. Elise Final Synthesis Report*, [Ressource, électronique], en ligne : <http://www.libertysecurity.org/article793.html> (site consulté le 3 mai 2009)

Pacte relatif aux droits civils et politiques, 23 mars 1976, 999 R.T.N.U. 171

Protocole relatif au statut des réfugiés 31 janvier 1967, 606 R.T.N.U. 267