

Université de Montréal

**Quand les gendarmes font la loi : la pénalisation du droit des réfugiés
au Canada**

De l'interception à l'étranger au renvoi vers la torture, face aux exigences
des droits constitutionnel et international des droits de la personne

Par Kinga Janik

Thèse de doctorat présentée à la Faculté de Droit en vue de
l'obtention du grade de Docteur en droit

Le 25 septembre 2013

© Kinga Janik, 2013

Université de Montréal
Faculté de Droit

Cette thèse intitulée :

Quand les gendarmes font loi : la pénalisation du droit des réfugiés au Canada

présentée par :
Kinga Janik

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Pr. Noura Karazivan

.....
président-rapporteur

Pr. François Crépeau

.....
directeur de recherche

Pr. Martine Valois

.....
membre du jury

Pr. Olivier Delas

.....
examineur externe

Pr. Martine Valois

.....
représentant du doyen

UNIVERSITE DE MONTREAL

RESUME/ABSTRACT

QUAND LES GENDARMES FONT LA LOI : LA PENALISATION DU DROIT DES REFUGIES AU CANADA

par Kinga Janik

Directeur de thèse :

Professeur François Crépeau
Faculté de Droit

La recherche analyse le traitement réservé aux demandeurs d'asile au Canada. Plus spécialement, elle se penche sur l'interprétation et l'application de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La réflexion observe que la mise en œuvre des droits fondamentaux des revendicateurs du statut de réfugié est affectée, selon les époques, par des considérations à dominance « humanitaires » [arrêt *Singh*, 1985] ou, comme cela est le cas depuis le 11 septembre 2001, par des impératifs allégués de sécurité nationale [arrêt *Suresh*, 2002]. D'un point de vue analytique, la thèse considère que lorsqu'il s'agit de protéger des populations vulnérables – ce que le Canada s'est juridiquement engagé à faire – le droit public ne peut pas se limiter à la communauté de ses propres membres, citoyens et résidents. D'ailleurs, la *Charte* reconnaît la protection de ses droits fondamentaux à « toute personne » du fait de sa seule qualité de personne, qu'elle soit ou non citoyenne et la garde des abus. Des exceptions aux droits reconnus à l'article 7 doivent être considérées à la mesure du principe démocratique qui guide nos sociétés. Sur ce fondement, l'analyse interroge l'argumentation et les motivations de certaines décisions judiciaires et législatives qui ont déconsidérées les implications de notions porteuses de valeurs impératives, telles que l'équité, la dignité humaine, la liberté et la sécurité de l'individu, en privilégiant les intérêts étatiques conformément à la conception classique de la souveraineté.

Mots clefs : Charte canadienne, droits fondamentaux, réfugiés, demandeur d'asile, sécurité nationale, renvoi vers la torture, droit constitutionnel, théorie du fondement légitime, droit impératif.

The research analyzes the treatment of asylum seekers in Canada. In particular, it focuses on the interpretation and application of Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. The analysis underscores how the implementation of refugee claimants' human rights is affected, according to the times, by humanitarian considerations [*Singh*, 1985], or, as is the case since September 11, 2001, by the imperatives of alleged national security. [*Suresh*, 2002]. From an analytical point of view, the research considers that when it comes to protecting vulnerable populations - which Canada is legally bound to do- public law is not limited to the constituents of its own community, (members, citizens and residents), but also to strangers and more specifically, to refugees. Moreover, the *Charter* recognizes that “everyone” is entitled to the protection of his or her fundamental rights, including migrants and refugees. This protection prevents the state from

acting against the life, liberty and security of the person. Exceptions to these rights recognized under Section 7 must be narrowed to the very essence of what a democratic society could allow. In this context, the research questions the arguments and justifications of some judicial and legislative decisions that have discredited the implications of carrying notions of mandatory values, such as equity, human dignity, freedom and the security of the individual, instead favoring state interests based on the classical conception of sovereignty.

Keywords: Canadian Charter, international human rights, refugees, asylum seekers, national security, exclusion, removal, torture, constitutional law, theory of legitimate basis, mandatory law.

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ILLUSTRATIONS	VIII
TABLE DES ANNEXES	VIII
ABREVIATIONS	IX
REMERCIEMENTS	XIII
NOTE PRÉLIMINAIRE	XV
INTRODUCTION GENERALE. LE ROLE DE L'ETAT DANS LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE DANS UN CONTEXTE SECURITAIRE ET LA RESPONSABILITE DES TRIBUNAUX DANS LA SAUVEGARDE DES DROITS FONDAMENTAUX	1
i) L'enfant soldat Omar Khadr, jihadiste, et le refus du Canada de le rapatrier	7
ii) La tragédie du vol 182 et l'affaire judiciaire <i>Air India</i> de 1985 : la sécurité publique dans le contexte de l'immigration	12
SECTION 0.1 L'ETABLISSEMENT DE LA CONVENTION RELATIVE AU STATUT DES REFUGIES : LE COMPROMIS POLITIQUE OCCIDENTAL ENTRE LE DROIT D'ENTREE ET LA LIMITATION DE CIRCULATION DES REFUGIES.....	18
<i>Sous-section 0.1.1. La Convention de 1951 au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale : une mise en œuvre incomplète préservant la souveraineté des États.....</i>	<i>24</i>
i) La création d'une fiction juridique du demandeur d'asile : une manipulation possible des droits des réfugiés par les États signataires	26
ii) La fragilisation du statut de réfugié dans le régime de détermination canadien devant la préséance des intérêts sécuritaires.....	28
<i>Sous-section 0.1.2 La transposition de la personne du réfugié en la figure du demandeur d'asile en droit national : caractérisation du « faux » réfugié induite par les gouvernements.....</i>	<i>31</i>
i) La déresponsabilisation des États envers les réfugiés à travers l'absence d'un statut juridique formel du demandeur d'asile	33
ii) Vers l'imposition de plus en plus grande de mesures coercitives envers les réfugiés.....	38
SECTION 0.2 LA POSITION DES TRIBUNAUX ENTRE LA PROTECTION DES REFUGIES ARRIVANT DE L'ETRANGER ET L'affIRMATION DU POUVOIR EXECUTIF EN MATIERE DE DEFENSE TERRITORIALE CONTRE LES CRIMINELS ETRANGERS	41
<i>Sous-section 0.2.1 L'affaire Singh (1985) et la reconnaissance du droit à la vie et à la sécurité à toute personne se trouvant au Canada (interventionnisme)</i>	<i>43</i>
<i>Sous-section 0.2.2 L'affaire Suresh et la possibilité du renvoi vers la torture dans les cas exceptionnels justifiés par la sécurité nationale (retenue judiciaire).....</i>	<i>47</i>
SECTION 0.3 L'affIRMATION DU DROIT INTERNATIONAL DES REFUGIES EN DROIT NATIONAL : ENTRE VALIDITE, LEGITIMITE ET FACTUALITE DES DECISIONS CONSTITUTIONNELLES CANADIENNES (CADRE THEORIQUE)	49
<i>Sous-section 0.3.1 L'adoption d'un cadre normatif pour contrer l'irrationalité des décisions sécuritaires et examiner objectivement les mesures gouvernementales en matière d'immigration.....</i>	<i>51</i>
<i>Sous-section 0.3.2 Objet d'étude et hypothèse sur la marginalisation des réfugiés en droit canadien par la pénalisation des demandeurs d'asile inscrite dans un processus discrétionnaire</i>	<i>59</i>
CHAPITRE 1. LA THEORIE DU FONDEMENT LEGITIME : LES CONTOURS ANALYTIQUES RATIONNELS DANS UN CONTEXTE SECURITAIRE PERMETTANT LA LEGITIMATION DES LIMITES AUX DROITS FONDAMENTAUX	66
SECTION 1.1 LE POSTULAT DE LA THEORIE CONSTITUTIONNELLE – LE SEUIL DE RESISTANCE DES DROITS FONDAMENTAUX.....	70
<i>Sous-section 1.1.1 La cohérence interne du droit de l'immigration : entre privilège et reconnaissance des droits à la vie, la liberté et la sécurité</i>	<i>71</i>
i) L'approche herméneutique comme méthode analytique dans le repérage des priorités démocratiques	72
ii) La place des valeurs dans le droit.....	77

<i>Sous-section 1.1.2 Le principe d'indépendance des juges au sein d'une société libre et démocratique : le juge à la défense du citoyen</i>	80
i) L'évolution de l'indépendance judiciaire au Canada	81
ii) Les tribunaux, une voix pour le citoyen et aussi pour l'étranger.....	85
<i>Sous-section 1.1.3 De la factualité à la légitimité de la décision judiciaire : le poids des droits fondamentaux sur les restrictions gouvernementales</i>	93
i) Les limites extrinsèques et intrinsèques au droit à la vie, la liberté et la sécurité.....	94
ii) Les critères applicables à la théorie du fondement légitime : quand la sécurité nationale est en jeu.....	101
SECTION 1.2 LES LIMITES DE LA RATIONALITÉ : L'INTERPRETATION CONTEXTUELLE AU LENDEMAIN DU 11 SEPTEMBRE 2001 ET LES DANGERS D'UNE CONCLUSION JUDICIAIRE PRECIPITEE SUR UNE QUESTION HAUTEMENT POLITIQUE	107
<i>Sous-section 1.2.1 Obstacles d'ordre épistémologique: définir un cadre axiologique, mission impossible</i>	107
i) Les valeurs libérales et démocratiques : reflets de l'arrière-plan téléologique et la difficulté de définir les principes non-écrits.....	108
ii) La domination du choix politique en matière d'immigration	113
<i>Sous-section 1.2.2 La légitimation de l'intervention du juge constitutionnel</i>	119
i) L'activisme judiciaire et la juridicisation du politique.....	122
ii) L'intervention en légitimité du juge contre le mythe de la neutralité judiciaire : un dialogue dynamique entre l'exécutif et les tribunaux	127
<i>Sous-section 1.2.3 La sécurité, une conception libérale : discussion autour du rôle de l'État en matière de sécurité nationale</i>	131
i) Trois propositions sur les origines de la notion contemporaine de la sécurité nationale	133
ii) L'évolution du concept de sécurité : de la sécurité militaire vers la défense commune internationale pour le bien des populations vulnérables	140
<i>Sous-section 1.2.4 Le commerce de la peur: quand la sécurité nous obnubile</i>	146
i) La manipulation politique de la peur des terroristes: une réponse démocratique encore inexistante	148
ii) Démystifier la sécurité nationale et la levée du voile du secrecy – vers des procédures équitables pour tous les réfugiés et les étrangers criminels.....	154
CHAPITRE 2. LA RÉALITÉ HISTORIQUE ET LE MANQUE DE CONSIDÉRATION FACTUELLE DES TRIBUNAUX : L'INFLUENCE NÉGATIVE DU CONTEXTE SOCIOPOLITIQUE DE LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME SUR L'APPROCHE JURIDIQUE HUMANITAIRE (FACTUALITÉ)	160
SECTION 2.1 L'AFFAIRE SINGH : L'EXPERTISE GOUVERNEMENTALE, UNE EXPERTISE POLITISÉE ET DISCRETIONNAIRE AYANT MÈNE AU REJET DE LEUR DEMANDE D'ASILE MALGRÉ LA CRAINTE FONDÉE DES MEMBRES DE L'AKALI DAL	167
<i>Sous-section 2.1.1 Les Sikhs, une minorité forte mais numériquement trop faible</i>	170
i) La naissance du sikhisme et du Khalistan pour l'indépendance du Pendjab	171
ii) La création du parti Akali Dal en 1920 : la défense des intérêts sikhs devant les géants hindou et musulman	174
<i>Sous-section 2.1.2 Les séparatistes et la reconnaissance de l'ethnicité des Sikhs : entre violence et trahison</i>	176
i) Le mouvement d'indépendance des Hindous et la partition : le Pendjab partagé entre l'Inde et le Pakistan	177
ii) Le rôle prédominant de la diaspora dans la construction idéologique d'un État indépendant.....	180
<i>Sous-section 2.1.3 La persécution des membres et des partisans du parti Akali Dal : l'oppression du gouvernement central contre les Sikhs</i>	183
i) L'impasse politique entre le gouvernement central et les Sikhs modérés (années 70) : la constitution d'une charte de l'Akali Dal.....	184
ii) L'escalade des confrontations et la radicalisation de certaines factions de l'Akali Dal : l'imposition de l'état d'urgence et le terrorisme en Inde	187
SECTION 2.2 LES TAMOULS : TOUS DES TERRORISTES? PERCEPTION NÉGATIVE ENGENDRÉE PAR UNE MAUVAISE REPRÉSENTATION DU LTTTE DES REVENDICATIONS À L'AUTO-DETERMINATION DE LA MINORITÉ TAMOULE	191
SECTION 2.2.1 L'HISTOIRE D'UN NATIONALISME CINGALAIS DICTATORIAL : LES ORIGINES D'UNE GUERRE CIVILE DE 27 ANS ENTRE CINGALAIS ET TAMOULS	194
i) Les diversités culturelles et religieuses tamoules - une voix étouffée par la dictature nationaliste	195
ii) Les mauvais traitements infligés par les autorités sri lankaises aux Tamouls.....	204
<i>Sous-section 2.2.2 La liste des groupes terroristes : une question de politique internationale et entretiens diplomatiques</i>	212

i) Les ramifications du LTTE à l'étranger : organisation d'un financement continu et d'approvisionnement en armes et le rôle de l'ex-ministre des Affaires étrangères, Kadirgamar, dans le bannissement du LTTE	218
ii) Condamnation internationale et sanctions économiques et militaires : Inde (1992), États-Unis (1997), Angleterre (1998), Canada et Union européenne (2006).....	224
<i>Sous-section 2.2.3 La lutte à l'auto-détermination des Sikhs du Nord de l'Inde et des Tamouls du Sri Lanka : entre l'explosion du vol 182 Air India en 1985 et les attentats du 11 septembre 2001</i>	<i>230</i>
i) Prohibition du mouvement Khalistan (Fédération internationale de la jeunesse sikhe et le Babbar Khalsa) et la manipulation du sentiment ethnique des minorités en Inde	231
ii) Distinguer les conflits sikhs et tamouls et l'échec des dialogues de pacification avec le LTTE : l'épineuse question de l'autodétermination des minorités et le recours au terrorisme.....	236
CONCLUSION SUR LA DEMYSTIFICATION DES ENJEUX EN MATIERE DE TERRORISME ET L'INFLUENCE DU CONTEXTE GEOPOLITIQUE POST 11 SEPTEMBRE SUR L'APPAREIL ETATIQUE.....	244

CHAPITRE 3. L'ÉVOLUTION DE LA SÉCURITÉ ET SON IMPLICATION DANS LA TRANSFORMATION DU DROIT DE L'IMMIGRATION : VERS UN DROIT DE NATURE PÉNALE HAUTEMENT DISCRÉTIONNAIRE DÉFINI PAR DES PROCÉDURES ADMINISTRATIVES..... 248

SECTION 3.1 DE L'ÉLABORATION D'UN RÉGIME RESPECTUEUX DES DROITS DES RÉFUGIÉS À TRAVERS LA CRÉATION DE LA COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DES RÉFUGIÉS JUSQU'À LA FERMETURE COMPLÈTE DES FRONTIÈRES.....	256
<i>Sous-section 3.1.1 La reconnaissance de la vulnérabilité des réfugiés par la Cour suprême dans Singh (1985) et la mise en place d'un tribunal administratif indépendant pour juger de la crédibilité des demandeurs d'asile (1989)</i>	<i>257</i>
i) Les difficultés de la procédure écrite de la loi sur l'immigration de 1976 au sujet de la détermination du statut de réfugié	261
ii) La crédibilité, une affaire de visu : les mesures administratives mises à l'épreuve de la Charte – la nécessité d'une audience orale à travers la création de la Commission	269
<i>Sous-section 3.1.2 Le réfugié comme ennemi public: une justification pour la redéfinition des frontières terrestres</i>	<i>277</i>
i) Construction politique négative de l'étranger et les discours incriminant des groupes vulnérables à travers la tolérance zéro des risques	283
ii) Le refoulement progressif des réfugiés : de la redéfinition des frontières jusqu'au renvoi vers la torture dans les cas de criminalité grave	288
SECTION 3.2 LA SURENCHÈRE DES MESURES ADMINISTRATIVES ET LA RÉPONSE LÉGISLATIVE AU TERRORISME : LE DROIT DE L'IMMIGRATION EMPRUNTE À LA PHILOSOPHIE DU DROIT PÉNAL TOUT EN DEMEURANT DISCRETIONNAIRE	298
<i>Sous-section 3.2.1 L'accroissement des normes procédurales et la prolifération des règles en droit de l'immigration : vers une radicalisation des moyens juridiques et une désresponsabilisation du politique envers ses obligations constitutionnelles et internationales auprès des réfugiés</i>	<i>305</i>
i) L'évolution législative de la sécurité dans le droit de l'immigration : l'usage discrétionnaire de la prérogative de la sécurité et la construction pénalisante du pouvoir administratif du ministère de l'immigration	311
ii) Le renforcement progressif des mesures de sécurité vers la moitié des années 90 : de la détermination administrative dans les années 70 à la création d'un organe d'appel (RAD) en 2012 (judiciarisation)	317
iii) La réforme présumée du droit des réfugiés de 2010 à 2013 – la pénalisation des réfugiés en termes législatifs ..	322
<i>Sous-section 3.2.2 La validité de la pondération (le balancing) des risques de torture et du danger pour la population dans un traitement administratif largement discrétionnaire : des garanties procédurales à deux vitesses entre le réfugié et le criminel canadien</i>	<i>327</i>
i) L'invalidité d'une procédure inéquitable pour le renvoi d'un réfugié vers un risque probant de torture : des conditions minimales du droit à la défense de la personne concernée par la mesure de renvoi (raisons valables)	331
ii) La qualification du processus décisionnel à travers un droit administratif qui se judiciarise dans une optique de droit pénal des étrangers	337
iii) Le droit de l'immigration pris au jeu du secrecy : quand les agents d'immigration deviennent des espions	341

CHAPITRE 4. UN DÉSORDRE RATIONNEL DICTÉ PAR LES IMPÉRATIFS SÉCURITAIRES – LES JUSTIFICATIONS CONSTITUTIONNELLES À L’APPUI DE CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES AU RENVOI VERS LA TORTURE : UN RAISONNEMENT MORALEMENT ET JURIDIQUEMENT ERRONÉ (CRITÈRE DE LÉGALITÉ) 349

Sous-section 4.1.1 Les dérapages de la raison ou quand la légitimité flirte avec l’émotivité : une approche contextuelle brouillée par le choc provoqué par les événements du 11 septembre 2001 361

- i) La protection de la population canadienne contre une « guerre » méconnue – le terrorisme, un concept politique trop englobant en l’absence d’une définition juridique 366
- ii) Des raisons fondées sur des logiques contraires à l’interprétation du droit pénal et des droits de la personne 370
- iii) Diminution de la protection offerte aux réfugiés par l’adoption du critère de preuve indirecte au lieu de la preuve directe exigée par le droit international – une confusion sémantique entre menace et sécurité 372

Sous-section 4.1.2 Les exclusions prévues par la Convention relative au statut des réfugiés: repères jurisprudentiels et outils interprétatifs pour la définition de la criminalité dangereuse et prévention contre l’impunité des criminels transnationaux..... 378

- i) Distinction entre crime politique, autodétermination des peuples et crimes de droit commun (paragraphe 1F(b)) 382
- ii) Exclusion 1Fc) et le concept de complicité en droit international pénal : repères juridiques sur le financement des activités terroristes et le degré de participation 387

SECTION 4.2 LA SECURITE NATIONALE COMME JUSTIFICATION DES CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES AUX VIOLATIONS DES DROITS DE LA PERSONNE DANS LE CONTEXTE DU TERRORISME : UNE QUESTION POLITIQUE NECESSITANT L’INTERVENTION DES TRIBUNAUX DANS LE REDRESSEMENT ET LE MAINTIEN DES DROITS FONDAMENTAUX (CRITERE DE LA BONNE RAISON) 397

Sous-section 4.2.1 Aucune bonne raison au renvoi vers la torture même dans les cas les plus exceptionnels de menace à la sécurité et aucune prépondérance des intérêts prévue en droit international 401

- i) Les obligations du Canada en droit international public : le droit impératif des normes relevant du jus cogens et les droits intangibles du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques 402
- ii) Les effets du jus cogens en droit interne et sur l’interprétation des droits fondamentaux prévus par la Charte canadienne..... 407
- iii) Le changement du consensus social autour de la pratique de la torture après le 11 septembre : absence de preuve à l’appui 411

Sous-section 4.2.2 Approche et méthodologie rationnellement légitimées : « choquer la conscience des Canadiens », une déférence judiciaire majorée en matière de sécurité et l’application inégale du concept de dignité humaine pour les étrangers soupçonnés de criminalité transnationale 423

- i) L’approche conséquentialiste dans Suresh : la torture ne choque pas la conscience des Canadiens si elle est pratiquée sur des criminels étrangers..... 428
- ii) L’approche contextuelle à privilégier comme une réponse légitime à la lutte contre le terrorisme : une interprétation du droit à la vie et à la sécurité des étrangers en fonction du fondement démocratique et du traitement égal (side-constraints) 441

CONCLUSION GENERALE. UNE HIERARCHIE MORALE IMPOSEE PAR L’IMPERATIF HUMAIN – L’EQUILIBRE ENTRE SECURITE NATIONALE ET SECURITE INDIVIDUELLE : UN PARI POSSIBLE 457

DU CADRE THEORIQUE A L’ANALYSE CONSTITUTIONNELLE DE L’AFFAIRE SURESH : DIVISION DES CHAPITRES 461

LA FRONTIERE OPPOSANT DEUX VULNERABILITES : LA PEUR DES SOCIETES CONTRE LE TERRORISME ET L’ATTENTE LEGITIME DES REFUGIES D’ETRE PROTEGES 465

LA DETERMINATION DES EXCLUSIONS DE LA CONVENTION RELATIVE AU STATUT DES REFUGIES ET LEUR INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLE : UN DEBUT POUR LE COMBAT DEMOCRATIQUE CONTRE LE TERRORISME 470

DISTINCTION ENTRE CRIME POLITIQUE, AUTO-DETERMINATION DES PEUPLES ET RADICALISATION TERRORISTE POUR UNE JUSTIFICATION RATIONNELLE A LA SANCTION DES CRIMINELS TRANSNATIONAUX 474

LES MODELES DE COEXISTENCE ET DE COOPERATION DES ÉTATS, FAIRE DU POSTULAT PACIFIQUE UN IMPERATIF CONSTITUTIONNEL... 478

LA SUPREMATIE DES VALEURS HUMANITAIRES A TRAVERS LA HIERARCHISATION DES DROITS FONDAMENTAUX 483

BIBLIOGRAPHIE 493

1. LEGISLATION ET REGLEMENTATION 493

1.1 Législation et réglementation canadiennes 493

1.1.1 Directive et instruction canadiennes	494
1.2 <i>Législation et réglementation américaines</i>	494
1.3 <i>Législation et réglementation européennes et asiatiques</i>	495
1.3.1 En Angleterre	495
1.3.2 En France	495
1.3.3 Inde	496
1.3.4 Sri Lanka	497
2. TRAITES ET AUTRES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX	497
2.1 <i>Nations-Unies</i>	497
2.2 <i>Afrique</i>	499
2.3 <i>Amériques</i>	499
2.4 <i>Union Européenne</i>	500
2.5 <i>Communications et autres documents de l'Union européenne</i>	505
3. JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX NATIONAUX	506
3.1 <i>Jurisprudence canadienne</i>	506
3.2 <i>Jurisprudence américaine</i>	510
3.3 <i>Jurisprudence australienne</i>	511
3.4 <i>Jurisprudence européenne</i>	511
3.4.1 Europe continental (France et Suisse)	511
3.4.2 Royaume-Uni	511
4. JURISPRUDENCE INTERNATIONALE	512
4.1 <i>Commission interaméricaine des droits de l'homme</i>	512
4.2 <i>Comité contre la Torture</i>	512
4.3 <i>Cour européenne des droits de l'Homme</i>	513
4.5 <i>Cour internationale de Justice</i>	513
4.6 <i>Tribunaux pénaux internationaux</i>	514
4.7 <i>Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples</i>	514
5. DOCTRINE	514
5.1 <i>Monographies et recueils</i>	514
5.3 <i>Articles de revue</i>	538
5.4 <i>Rapports, communiqués, conférences et allocutions</i>	555
5.5 <i>Mémoires et thèses</i>	566
5.6 <i>Articles de journaux</i>	567

TABLE DES ILLUSTRATIONS ET DES TABLEAUX

Figure 1: Critères relatifs à l'application de la théorie du fondement légitime	103
Figure 2: Trois concepts de sécurité	138
Figure 3: Profil des demandeurs d'asile dans l'affaire <i>Singh</i>	168
Figure 4: Tracé frontalier indien après la Partition	178
Figure 5 : Provinces du Pendjab	179
Figure 6 : Sri Lanka in brief.....	195
Figure 7 : Zones de combat au Sri Lanka à la fin du conflit en 2009	201
Figure 8: Articles 115 LIPR et 53(1) loi de 1989	332
Figure 9: Distinction entre le danger pour la sécurité et le danger pour le public	369

TABLE DES ANNEXES

Annexe A: Canada - Entrées totales de demandeurs d'asile selon les principaux pays d'origine	572
Annexe B: Taux d'acceptation - Programme d'ERAR (2002-2006)	573
Annexe C: Diaspora map of estimated Sikh population around the world (2004).....	574
Annexe D: Canadian refugee claim process after Refugee Reform (dec. 2012).....	575
Annexe E: Résidents permanents au Canada entre 1860 et 2010	576
Annexe F: Key timelines in the new refugee system (dec. 2012).....	578

ABRÉVIATIONS

ASFC Agence des services frontaliers du Canada
CAF Cour d'appel fédérale
CCDP Commission canadienne des droits de la personne
CF Cour fédérale
CIC Citoyenneté et Immigration Canada
CIET Centre intégré d'évaluation du terrorisme
CIJ Cour internationale de Justice
CISR Commission de l'immigration et du statut de réfugié
CourCEDH Cour de justice des Communautés européennes
Colum. J. Eur. L. Columbia Journal of European Law
Cons. const. Conseil constitutionnel
Cornell Int'l L.J. Cornell International Law Journal
Cour Cass. Cour de cassation
Cour eur. DH Cour européenne des droits de l'homme
CPT Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du Conseil de l'Europe
CSC Cour suprême du Canada
DHS Department of Homeland Security (US)
GRC Gendarmerie Royale du Canada
EJML European Journal of Migration and Law
ERAR Examen des risques avant renvoi
EWCA England and Wales Court of Appeal
EWHC High Court of England and Wales
Frontex Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne
GCRLI Groupe consultative pour la révision de la législation sur l'immigration
HCA High Court of Australia
HC House of Commons
HCR Haut Commissariat pour les Réfugiés
ICMPD The International Centre for Migration Policy Development
IJRL International Journal of Refugee Law
ILPA Immigration Law Practitioners Association
INLR Immigration and Nationality Law Review
IRPP Institut de recherche en politiques publiques
JAI Justice et Affaires Intérieures
JEMS Journal of Ethnic and Migration Studies
JEPP Journal of European Public Policy
JO Journal officiel de l'Union européenne
JORF Journal officiel de la République française
LIPR Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés
LTTE Liberation of Tamil Tigers Eelam
MPI Migration Policy Institute
OFPRA Office de protection des réfugiés et des apatrides
OIM Organisation Internationale des Migrations

OIT Organisation Internationale du Travail
OLI Officiers de liaison chargés de l'immigration
PUM Les Presses de l'Université de Montréal
PUF Les Presses de l'Université de France
RGD Revue générale de droit
RQDI Revue québécoise de droit international
RQDIP Revue québécoise de droit international public
RTDE Revue trimestrielle de droit européen
RUDH Revue universelle des droits de l'homme
SAR Section d'appel des réfugiés
SCC Service correctionnel du Canada
SCRC Service canadien de renseignements criminels
SCRS Service canadien du renseignement de sécurité
SIAC Special Immigration Appeals Commission
SIS Système d'information Schengen
SIS II Système d'information Schengen deuxième génération
SPC Sécurité publique Canada
TCE Traité instituant la Communauté européenne
TUE Traité sur l'Union européenne
TLET Tigres de libération de l'îlam tamoul
UE Union européenne
UKBA United Kingdom Border Agency
UKHL United Kingdom House of Lords
USCRI United States Committee for Refugees and Immigrants
WLR Weekly Law Reports
ZAPI Zone d'attente des personnes en instance

À Maman et à tous ceux et celles qui, ont été forcés un jour de
quitter leur lieu de naissance.

À Mamie.

REMERCIEMENTS

Je voudrais avant tout remercier ma famille italiano-québéco-polonaise, aussi bizarrement composée d'amis fidèles très proches et de parents. Vous m'avez vu évoluer durant toutes ces longues années, et ce, avant même que le projet ne se concrétise; merci pour votre soutien inconditionnel et votre patience. Tout particulièrement, j'aimerais souligner l'apport généreux, voire paternel, du Pr. André Jodouin qui m'a insufflé l'idée de poursuivre des études de 3^{ième} cycle et qui m'a si chaleureusement recommandée au programme de doctorat.

Je ne peux passer sous silence la précieuse motivation de mes anciens collègues et amis du ministère de la Justice et de la Citoyenneté et de l'Immigration qui m'ont suivie (approuvée et désapprouvée parfois) dans ce projet ambitieux ; ils sauront se reconnaître. Ici, je m'aventure à nommer Messrs Eric Stevens et Himmat Shinhat pour leurs remarques constructives et leur soif incessante de justice. À mes deux lecteurs et fidèles correcteurs, pour leurs questions et pour leur soutien, le Pr. Idil Atak et M. Alain Pinard. Sans eux mon entreprise n'aurait probablement pas vu le jour. Pour leur apport et leurs réflexions sur le droit international, je tiens à remercier Me Mélanie Deshaies et Frédéric Gouin.

Enfin, à celui qui n'a pas cessé de croire que j'étais capable, à celui qui a entendu et vu dans mon regard mes angoisses et mes difficultés, qui m'a suivie dans ma soif d'une éthique en politique et d'un droit plus juste, à mon directeur de thèse, le Pr. François Crépeau, un énorme merci.

Note préliminaire

Les références aux ouvrages de doctrine, y compris les monographies, les articles de revue, les thèses de doctorat, contenues aux notes de bas de page ont été rédigées conformément aux prescriptions du *Guide des références pour la rédaction juridique* du professeur Didier Lluellas (7^e édition). Pour les références concernant la jurisprudence des instances juridiques internationales et européennes, les modes de citation tels que proposés par chacune des instances ont été retenus.

Dans le but de faciliter le repérage, nous avons choisi de ne pas utiliser les mécanismes de renvoi éloigné, de sorte que chaque référence est reproduite dans son intégralité autant de fois que nécessaire.

« Il est clair que nous devons tendre à préparer de toutes nos forces le moment où, de l'assentiment général des nations, toute guerre pourra être absolument interdite. [...] La construction courageuse de la paix exige très certainement que [les responsables politiques] ouvrent leur intelligence et leur cœur au-delà des frontières de leur propre pays, qu'ils renoncent à l'égoïsme national et au désir de dominer les autres nations, et qu'ils entretiennent un profond respect envers toute l'humanité, qui s'avance avec tant de difficultés vers une plus grande unité. Que tous prennent garde cependant de ne pas s'en remettre aux seuls efforts de quelques-uns, sans se soucier de notre état d'esprit personnel. Car les chefs d'État, qui sont les répondants du bien commun de leur propre nation et en même temps les promoteurs du bien universel, sont très dépendants des opinions et des sentiments de l'ensemble de la population. »

Concile Vatican II, *Constitution dogmatique sur l'Église dans le monde de ce temps* « *Gaudium et spes* », §82.

INTRODUCTION GENERALE. LE ROLE DE L'ETAT DANS LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE DANS UN CONTEXTE SECURITAIRE ET LA RESPONSABILITE DES TRIBUNAUX DANS LA SAUVEGARDE DES DROITS FONDAMENTAUX

« Ho paura della delinquenza e mi chiudo in casa a chiave
Ho un allarme in mezzo ai fiori collegato alla centrale
Quando è buio non esco mai.
Non do troppa confidenza a chi viene da lontano
Seguo il mio concetto sano di prudenza.
Ho paura di attentati di terroristi così spietati delle bombe,
del Corano e del colore che non è il mio, di chi non prega il nostro Dio... »
Enrico Ruggeri¹

Le contrecoup engendré par les événements terroristes sur les politiques d'immigration au Canada, dans la première décennie de ce siècle, a un impact significatif sur les personnes qui peuvent légitimement demander refuge au Canada. Plusieurs initiatives politiques décidées depuis les attentats du 11 septembre aux États-Unis se présentent comme des moyens de se prémunir contre d'éventuels actes terroristes. Par exemple, la création d'une agence des services frontaliers au sein du ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile mise en place en décembre 2003 et les lois récemment adoptées sur les réfugiés s'inscrivent dans cette catégorie de décisions². Parmi les mesures préconisées, certaines visent l'entrée des étrangers au pays et l'exercice d'un contrôle resserré sur les nouveaux arrivants et sur les réfugiés³.

¹ Enrico Ruggeri, chanteur italien, de la chanson *L'Americano Medio*, Album: Amore e Guerra, 2005. TRADUCTION LIBRE : « J'ai peur de la délinquance et je m'enferme à la maison à clé. J'ai un système d'alarme au milieu des fleurs relié à la centrale. Quand il fait noir, je ne sors jamais... Je ne fais pas confiance à celui qui vient de loin. Je suis ma saine conception de la prudence... J'ai peur des attentats, des terroristes si impitoyables Par ses bombes, son coran et ses couleurs qui ne sont pas les miennes. Et qui ne prie pas le notre Père... ».

² Le 28 juin 2012, la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada* (projet de loi C-31) a reçu la sanction royale. Cette loi réforme le système d'octroi de l'asile, ajoute des mesures visant à lutter contre le passage de clandestins et exige la présentation de données biométriques dans les demandes de visa de résident temporaire, de permis de travail et de permis d'étude. En vertu de la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés* (projet de loi C-11), L.C. 2010, ch. 8 et de la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada* (projet de loi C-31) L.C. 2012, ch. 17, les changements apportés au système canadien d'octroi de l'asile sont entrés en vigueur le 15 décembre 2012. Voir les détails et les conséquences de cette réforme dans le troisième chapitre, la sous-section 3.1.3.

³ Voir les détails dans le troisième chapitre concernant les changements à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, la Section d'appel des réfugiés, les pays d'origine désignés, le dépistage des demandes manifestement non fondées, le renvoi rapide des demandeurs d'asile, la restriction de l'accès à l'examen des risques avant renvoi et le recours aux demandes pour circonstances d'ordre humanitaire, la mise en œuvre du Programme pilote d'aide au retour volontaire et à la réintégration dans le pays d'origine, les nouvelles mesures visant à lutter contre le passage de clandestins, la collecte de donnée biométriques.

Ces initiatives sont valables dans la mesure où elles ne préjudicient pas le droit légitime et fondamental d'une personne de trouver refuge au Canada, lorsque le droit, par ailleurs toujours en vigueur, l'y autorise. Beaucoup d'auteurs voient le 11 septembre comme un changement de paradigme⁴. On peut se demander si la prolifération des mesures coercitives post 11 septembre 2001 représente un phénomène sporadique ou si elle participe à la justification d'une idéologie sécuritaire déjà en place. Or, nous croyons plutôt que la tragédie du 11 septembre constitue un excellent tremplin pour les gouvernements occidentaux, en particulier pour le Canada et les États-Unis, de poursuivre la pénalisation des réfugiés et des étrangers indésirables. De fait, les années 90 sont marquées par des tactiques de refoulement et d'éloignement des migrants en général. Le 11 septembre est venu offrir une justification supplémentaire, et de taille, à la radicalisation de cette idée que les étrangers envahissent l'Occident et qu'il faut les exclure à tout prix. Aussi, les étrangers, particulièrement les réfugiés, incarnent-ils la source des problèmes sécuritaires et sociaux ? Dès lors, dans une telle vision, toutes les stratégies visant leur expulsion sont rapidement admises par l'ensemble de la population.

A travers les décennies, les États se sont constitués comme autant de noyaux identitaires prêts à se défendre contre l'intrusion étrangère. Les différences culturelles, linguistiques et religieuses portent la marque d'une identité homogène et se traduisent dans une perception de plus en plus négative de l'étranger⁵. À ce titre, l'usage de la violence et la capacité de se défendre sont les deux aspects les plus présents dans l'institutionnalisation de l'État. Ce à quoi conclura Noam Chomsky que « si on observe assez globalement ce qui se passe dans le monde, je pense que l'on pourrait décrire la situation comme suit : plus un État dispose de la capacité d'user de la violence, plus grand est son mépris de la souveraineté - des autres, cela s'entend. »⁶

⁴ Voir, entre autres, Michel COUTU et Marie-Hélène GIROUX, « L'après 11 septembre devant la Cour suprême : situation exceptionnelle et légitimité », *Revue du Barreau*, Numéro spécial, 2003, pp. 237-270. Voir également l'excellent rapport à la Commission canadienne des droits de la personne par le Pr. Wesley K. Wark intitulé *National security and Human rights concerns in Canada : A survey of eight critical issues in the Post 9/11 environment*, Ottawa, CRHC, 2006 : «The author of this study strongly believes that, for a democratic society to function, its citizens must have a clear understanding of both national security practices and human rights concerns. So far, Canadians have failed to come up with any adequate synthesis of these intertwined themes.» (p. 4).

⁵ Voir Steven Kendall HOLLOWAY, *Canadian Foreign Policy defining the National interest*, Peterborough (Ont.), Broadview Press, 2006 et le mémoire de maîtrise très à propos de Benjamin NANTET, *La promotion de l'identité canadienne en Afrique subsaharienne*, Mémoire de maîtrise en sciences politiques, UQAM, Montréal, Octobre 2008.

⁶ Noam CHOMSKY, *La guerre comme politique étrangère des États-Unis*, Québec, Agone, 2001. Chomsky affirmait que « la propagande est aux démocraties ce que la violence est aux dictatures » voir Noam CHOMSKY, *Power and Terror: Post-9/11 Talks and Interviews*, Seven Stories Press, 2002, p. 11.

Cette critique s'adressait aux États-Unis et pour rester sur l'exemple américain, image emblématique en Occident de la puissance économique et culturelle, notons que l'imposition de sa force, comme le souligne Chomsky, s'exprime en des termes sécuritaires pour légitimer une intrusion dans un autre État. L'exemple le plus éloquent est sans aucun doute l'Afghanistan⁷. Cette vision sombre de la réalité met en lumière la rationalisation d'une logique prédominante de la sécurité contre laquelle il devient difficile de s'extraire.

Quelques références à la sécurité dans la loi prouvent l'importance qu'elle occupe dans nos États de droit et confirme sa qualité de bien commun et individuel. La promotion et la défense des droits de la personne dans les années 70 et 80 n'a pas pour autant négligé les préoccupations sécuritaires⁸. La Guerre froide a fait planer la menace nucléaire comme l'épée de Damoclès sur tout l'Occident. À cette époque, l'isolement territorial du Canada ne pouvait plus constituer une protection acceptable. L'émergence d'une sécurité globale, c'est-à-dire dans tous les domaines du droit et au niveau international, a commencé à poindre dans les législations nationales⁹.

La sécurité se retrouve bien souvent utilisée comme une arme de conviction dans l'arène de la consommation et de la politique dont le reflet subjectif et émotif n'a pourtant rien à faire avec la réalité factuelle. Elle s'utilise plus qu'elle ne se définit, et il semble en aller de même avec le terrorisme¹⁰. Le concept de sécurité s'exprime plus aisément sous la force de la menace¹¹. Les

⁷ Noam CHOMSKY and Gilbert ACH.C.A.R, *Perilous Power: The Middle East and U.S. Foreign Policy: Dialogues on Terror, Democracy, War, and Justice*, London, Penguin, 2008.

⁸ Voir la sous-section 0.2.1.

⁹ Voir la deuxième sous-section de cette introduction (0.2).

¹⁰ Il existe sur le terrorisme une myriade d'ouvrages et d'auteurs aux expertises et aux analyses diverses, puisant tantôt dans la politique et le social, tantôt la criminologie et le droit. Faire la recension bibliographique sur le terrorisme pourrait en soi constituer l'objet d'une thèse. Pour les fins de la recherche, nous avons opté pour un livre aux tenants juridiques et affrontant la question de l'autodétermination des peuples et la lutte des minorités pour leur reconnaissance, voir Henri LAURENS et Mireille DELMAS-MARTY (dirs), *Terrorismes : Histoire et droit*, Paris, CRNS, 2010.

¹¹ Ce vaste domaine requiert l'expertise concertée des théoriciens s'intéressant à la sécurité publique et le terrorisme et des praticiens, souvent ex-fonctionnaires de haut niveau qui s'autorisent à poser un regard critique sur les politiques de sécurité nationale et les stratégies militaires et civiles mises en œuvre. Voir sur les limites des gouvernements à identifier les menaces Louise K. COMFORT, « Rethinking Security: Organizational Fragility in Extreme Events », (2002) 62 Suppl. 1 *Public Administration Review* 98-107; Louise K. COMFORT and Naim KAPUCU, "Inter-organizational coordination in extreme events : The World Trade center attacks, September 11, 2001", (2006) 39(2) *Natural Hazards* 309-327; sur les mécanismes de défense psychologique voir la recherche collective très intéressante de Joshua HART, Phillip R. SHAVER and Jamie L. GOLDENBERG, "Attachment, self-esteem, worldviews, and terror management : Evidence for a tripartite security system", (2005) 88(6) *Journal of personality and Social psychology* 999-1013. Sur la base de travaux antérieurs sur les théories de l'affection parentale et de la gestion de la terreur, les

médias ne sont pas sans responsabilité dans la construction fébrile d'un imaginaire sensible aux dangers environnants de notre société¹².

Ce que nous vivons aujourd'hui n'est pourtant pas banal, puisque l'imaginaire individuel et collectif est sans cesse avivé par des images d'une violence sans pareille. Le journal télévisé de 18h, insensible à ce qui se trouve dans notre assiette, défile des tirs de combats armés dans des pays lointains, des catastrophes naturelles : du cyclone à l'inondation, des scènes de crime de l'appartement du présumé criminel - serait-ce notre voisin ? - au contour corporel de la victime sur l'asphalte encore marqué au sang. Bref, la frontière entre la fiction et le *reality show* s'amenuise et c'est le NCIS qui prend des formes tangibles quasi réelles dans le salon de nos vies bien nanties. Ce qui préoccupe c'est notre indifférence qui croît proportionnellement avec la distance de ces événements pourtant bien réels et rapportés sur notre petit écran.

Et si pour trouver un bouc-émissaire de tous les problèmes quotidiens qui nous assaillent nous pointons du doigt quelqu'un qui vient de loin ? Cet autre, qui par sa dissemblance, nous conforte dans nos valeurs et dans nos choix politiques, parce qu'il est différent et qu'il représente un ennemi plus ou moins identifiable ? Plus cet autre personnifie la menace, et plus « je sais que je vis dans une bonne société et que je suis en droit de suivre ma saine conception de la prudence – je ne fais pas confiance à celui qui vient de loin, quand il fait noir je ne sors jamais, ... »¹³.

Un humoriste français, très connu, disait dans son dialogue sur la laïcisation des institutions en France (1905) : « L'autre ? C'est l'ennemi. »¹⁴. Trois mots incisifs qui résonnent et font réfléchir. Trois paroles, à la blague pour décrier une situation urgente dans nos sociétés occidentales, celle de la perception négative de l'étranger. Qui dit étranger présuppose le réfugié, celui que les pays occidentaux doivent gérer tant bien que mal, et qui n'a plus l'aura mythique des victimes qui sortaient des camps d'extermination. L'image confuse de celui qui émigre comprend à la fois l'immigré, l'enfant de seconde génération, le réfugié, le voyageur, le travailleur saisonnier et bien d'autres. Le glissement rapide entre menace et étranger s'est

chercheurs proposent un model d'une sécurité tripartite qui se forme autour de l'affection, l'estime de soi et la vision du monde. Les réactions devant la menace sécuritaire dériverait, selon ce model, d'une compensation défensive.

¹² Alvaro P. PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la judiciarisation de l'opinion publique », (2000) 23(1) *Sociologie et Sociétés* 179-204.

¹³ Enrico Ruggeri, chanteur italien, de la chanson *L'Americano Medio*, Album: Amore e Guerra, 2005.

¹⁴ Spectacle intégral de Dieudonné M'Bala M'Bala « 1905 », Bonnie Productions, 2005.

confortablement installé dans nos imaginaires et dans le discours politique. Faut-il pourtant se souvenir jusqu'où peut mener une telle association :

« A molti, individuali o popoli, può accadere di ritenere, più o meno consapevolmente, che « ogni straniero è nemico ». Per o più questa convinzione giace in fondo agli animi come una infezione latente ; si manifesta solo in atti saltuari e incoordinati, e non sta all'origine di un sistema di pensiero. Ma quando questo avviene, quando il dogma inespresso diventa premessa maggiore di un sillogismo, allora, al termine della catena, sta il Lager. »¹⁵

Le mythe entre *Nous autres* et *Les autres* s'est emparé de toutes les sphères sociales. Cette distinction est faussée par des données trop souvent incomplètes et nous fait oublier la richesse de la diversité et la valeur de la solidarité. L'approche envers l'*Autre* prend du temps et requiert, au quotidien, une certaine finesse d'âme et d'esprit. Notre expertise en droit ne nous permet pas de nous improviser sociologue ou anthropologue ou encore philosophe, mais nous faisons nôtre ces lignes écrites par Emmanuel Lévinas, afin d'introduire un sujet qui nous semble exiger l'effort d'une thèse. Un sujet, d'autant plus d'actualité, étant donné la croissance toujours plus importante des mouvements de population et des exigences que pose un tel phénomène envers les sociétés d'accueil :

« L'Autre n'est ni une tentation ni un problème ; ce n'est pas un objet ni de savoir ni de plaisir : « la proximité de l'autre en tant qu'autre » est une énigme, insoluble, qui m'est imposée dans une responsabilité pour l'autre que je n'ai pas désirée, que je subis dans une mise en retrait de moi-même, dans une inquiétude pour sa vie matérielle quotidienne. « Je suis à toi » : phrase imprononçable puisque je n'ai pas choisi d'être pour l'autre, phrase que j'aimerais te dire comme un aveu, comme un « je t'aime », mais cela est impossible car exprimer la responsabilité pour autrui sous la forme d'un vœu dévoilé neutraliserait la force concrète de ces mots, « être responsable pour l'autre » qui est leur signification même. La responsabilité pour autrui, désir insatiable, exigence infinie est une contrainte et non un divertissement. »¹⁶

Lévinas illustre le processus de rencontre entre nous-mêmes, en passant par une forte exigence et une responsabilité imposée et nécessaire à notre propre définition. Aujourd'hui, l'étranger se substitue à cet Autre. Le droit de l'immigration invite constamment à réviser

¹⁵ Primo LEVI, *Se questo è un uomo*, Torino, Einaudi, 2005., p. 9. TRADUCTION LIBRE : Pour beaucoup, individus ou peuples, il peut arriver de croire, plus ou moins consciemment, que « tout étranger est un ennemi ». Fort de cette croyance, il se trouve au fond de l'esprit comme une infection latente qui ne se manifeste que dans des actes isolés et non coordonnés, et qui n'est pas à l'origine d'un système de pensée. Mais quand cela se produit, lorsque le dogme inexprimé devient la prémisse majeure d'un syllogisme, alors, au bout de la chaîne, c'est le Lager.

¹⁶ Emmanuel LÉVINAS, *Le Temps et l'Autre*, Paris, PUF, 2011, p. 36.

l'application de nos normes et de nos règles internes face aux étrangers. Ce droit renvoie à une sphère d'activité instable, puisqu'il s'intéresse aux déplacements transfrontaliers où l'on distingue celui qui vient d'ailleurs de celui qui est membre de la communauté hôte. La porosité des frontières fluctue au gré des crises économiques et territoriales. Partant du principe de souveraineté, l'État et ses ressortissants font loi à l'égard des étrangers, et ces lois s'appliqueront à l'étranger dans les conditions préétablies par l'État et ses citoyens. Le problème se pose à l'égard des réfugiés qui devraient en principe recevoir le traitement dicté par le droit international et, plus particulièrement, par la *Convention relative au statut des réfugiés*¹⁷.

Ce manquement à la protection des réfugiés rappelle la triste affaire de M'Barek. Le 6 janvier 2001, un étudiant étranger, établi à Montréal depuis 7 ans, est renvoyé en Tunisie après avoir demandé l'asile politique à plusieurs reprises¹⁸. Quelques années plus tôt, en 1996, cet étudiant était reconnu coupable par les autorités tunisiennes de « formation de bande de malfaiteurs » et de « participation à un projet collectif visant à attaquer des personnes et des biens » dans un procès où il n'était pas présent. Son crime : s'être impliqué au sein de l'Union générale tunisienne des étudiants, une organisation non reconnue par le gouvernement et proche du mouvement islamiste tunisien. Sa sentence : 12 ans de prison. Ce que le Canada n'a pas réussi à faire c'est de protéger Haroun M'Barek de son incarcération et des actes de torture qui lui ont été infligés à son arrivée à Tunis en janvier 2001.

Le tribunal administratif fédéral, c'est-à-dire la Section de la protection du réfugié (à l'époque des événements Section du statut de réfugié) a jugé que les motifs de la demande d'asile de M. M'Barek manquaient de crédibilité¹⁹. Aucun risque de retour ne fut identifié par l'agent évaluant les demandes non reconnues du statut de réfugié du Canada²⁰. Le 7 février 2001, une vigile fut organisée à Québec mobilisant plus de 1000 personnes pour dénoncer la situation de

¹⁷ *Convention relative au Statut des Réfugiés*, 189 U.N.T.S.150, *entrée en vigueur* le 22 avril 1954.

¹⁸ En 1994, M. M'Barek a déposé une demande d'asile devant la Commission de l'Immigration et du statut de réfugié. Sa demande a été rejetée trois ans plus tard. Une demande de contrôle judiciaire a également été rejetée par la Cour fédérale. Haroun M'Barek a déposé une demande de résident permanent et une demande de considérations humanitaires. Toutes ses demandes ont reçu une réponse négative. Information disponible sur le site de *Rights & Democracy*, à l'adresse URL suivante : <http://www.ichrdd.ca/english/urgentActions/MBarekManleyEng.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹⁹ Summary of the Observation Mission in Tunisia of the Trial of Mr. Haroun M'Barek by Me Nathalie Blais, Lawyer on *Rights & Democracy* website, available on the following URL address: <http://www.ichrdd.ca/english/urgentActions/MBarek.html> (last check on Septembre 16, 2013).

²⁰ Une demande non reconnue du statut de réfugié au Canada est, maintenant, assimilée à une demande d'examen des risques avant renvoi (art. 346 du *Règlement de l'immigration et la protection des réfugiés* et art. 112 à 114 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*).

M'Barek en Tunisie²¹. Ce rassemblement cherchait à faire pression auprès du gouvernement fédéral, afin qu'une enquête publique soit menée par le ministère d'Immigration Canada dans le dossier de Haroun M'Barek. Malgré l'appui populaire, le jeune étudiant fut renvoyé en Tunisie.

En juin 2001, M'Barek revient au Canada, après un retour assisté par la diplomatie canadienne, dans un état de santé lamentable. Aucune enquête ne fut tenue. Bien que datant de plus d'une décennie, cet exemple est jusqu'à maintenant le plus explicite au sujet du mauvais traitement des réfugiés. En d'autres termes, il s'agissait d'un réfugié dont les actions politiques furent interprétés contre lui dans une perspective sécuritaire et inhumaine.

Dans le contexte sécuritaire, la force du pouvoir étatique s'impose sans trop d'obstruction à l'égard de ceux et celles qui ne sont pas ressortissants de l'État. Mais, malheureusement, le politique a réuni sous le même vocable sécurité et immigration. Les deux termes sont devenus indissociables, l'immigration étant la cause d'une sécurité renforcée, phénomène qui par ailleurs ne date pas d'hier. Les mesures sécuritaires visent particulièrement deux catégories d'étrangers : les réfugiés et les citoyens d'origine étrangère soupçonnés de terrorisme. À plus forte raison, nous avons du mal à reconnaître les droits fondamentaux des Canadiens d'origine étrangère, surtout s'ils ont été impliqués dans des actions terroristes contre les États-Unis comme, par exemple Omar Khadr, un Canadien d'origine afghane et mineur qui fut transporté et incarcéré à Guantanamo Bay²². L'affaire *Khadr* reflète ce traitement discriminatoire auprès, dans ce cas précis, des Canadiens d'origine étrangère impliqués dans la criminalité internationale.

i) L'enfant soldat Omar Khadr, jihadiste, et le refus du Canada de le rapatrier

L'affaire *Khadr* est fort complexe et détaillée, étant donné les nombreux recours devant les tribunaux américains (militaires et constitutionnels) et canadiens. Dans l'affaire *Khadr*, les tribunaux canadiens avaient donné raison à une demande de communication de documents au

²¹ Le soutien et la mobilisation des étudiants de l'Université de Laval à Québec permirent une couverture médiatique importante et exercèrent une pression populaire qui se fit entendre des autorités canadiennes. Voir l'article dans le journal universitaire « Au fil des événements », disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.scom.ulaval.ca/Au.fil.des.evenements/2001/02.15/haroun.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

²² D'autres dossiers, comme ceux de Maher Arar (Syrie) et Aboufian Abdelrazik (Soudan) rappellent également le cas de Khadr et constituent malheureusement une tangente jurisprudentielle du mauvais traitement des Canadiens d'origine étrangère. Voir les dossiers judiciaires: *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar)*, 2009 F.C. 1317, [2011] 1 F.C.R.105 and *Abdelrazik v. Canada (Foreign Affairs)*, 2009 F.C. 580.

jeune détenu canadien fait prisonnier par les forces armées américaines. D'abord incarcéré en Afghanistan puis à Guantanamo (Cuba), Omar Khadr fut blessé et incarcéré par l'Armée américaine à l'âge de 15 ans²³. D'abord accusé pour meurtre et autres actes liés au terrorisme devant une commission militaire américaine relative aux événements du 11 septembre 2001 et de la guerre faite en Afghanistan contre les Talibans, le jeune Khadr fut condamné, par les tribunaux militaires américains²⁴. Il fut détenu à *Guantanamo Bay* à partir 2002 jusqu'à son rapatriement par les autorités canadiennes en septembre 2012²⁵.

En 2003, des officiels canadiens, notamment des agents du Service canadien du renseignement de sécurité (le « SCRS »), sont venus interroger le prisonnier Khadr au sujet des événements précédents la journée fatidique du 11 septembre 2001. Le contenu de ces entretiens a été transmis aux autorités américaines qui ont, par la suite, mis en accusation Monsieur Khadr. Ce dernier a cherché à obtenir les transcriptions de ces entretiens afin d'assurer sa défense devant les tribunaux américains.

À l'extérieur du Canada, il est possible de faire fi de la *Charte canadienne des droits et liberté* (ci-après la *Charte*)²⁶ concernant les actes posés par des officiels en mission, puisque le droit international l'autorise en se fondant essentiellement sur le principe de courtoisie²⁷. En

²³ Les premières procédures intentées au Canada, contre le ministre des Affaires étrangères, ont débuté en 2004. Voir la première décision de la cour fédérale *Khadr v. Canada*, [2006] 2 F.C.R. 505. Sur la transmission des transcrits du service des renseignements canadiens: 23 avril et septembre 2009 en Cour d'appel (*Canada (Premier ministre) v. Khadr*, [2009] F.C.J. No. 893); sur la violation du droit international voir le jugement de la Cour suprême le 29 janvier 2010 (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 S.C.R. 44) et en fin sur la possibilité et l'obligation de rapatrier M. Khadr voir les développements plus récents devant la Cour fédérale et la Cour d'appel été 2010 (*Khadr v. Canada (Prime Minister)*, [2010] 4 F.C.R. 36 et *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, [2012] 1 F.C.R. 396).

²⁴ Les appels devant la commission militaire américaine furent nombreux de même que les poursuites civiles, la sélection suivante retrace les décisions clés, concernant les droits d'Omar Khadr, à travers parfois des décisions impliquant d'autres détenus : *O.K. v. George W. Bush, Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004) sur la limitation du droit au *due process*; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004) sur le droit de l'*habeas corpus*; *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006) sur la constitutionnalité des commissions militaires de Guantanamo. Sur le tribunal nouvellement constitué (known as the second tribunal) : Après que le *Military Commission Act of 2006* fut signé en octobre 2006, de nouvelles charges furent retenues contre Khadr le 2 février 2007 : « murder in violation of the Law of War, attempted murder in violation of the Law of War, conspiracy, providing material support for terrorism (explosive) and spying ». En 2010, Khadr accepta de plaider coupable avec en échange son retour au Canada dans l'année suivante.

²⁵ Michelle SHEPHARD, « Omar Khadr repatriated to Canada », *Toronto Star*, September 29, 2012. La journaliste Michelle Shephard est probablement la journaliste qui a fait la plus grande couverture du dossier Khadr. Pour un dossier complet, consulter le site du Toronto Star, accessible à l'adresse URL suivante : <http://www.thestar.com/news/world/OmarKhadr.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

²⁶ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.U., c.11)].

²⁷ La Cour admet d'emblée que la nature du problème soulevé devant elle porte « l'interaction entre les obligations nationales et internationales du Canada en matière de droits de la personne. » (*Khadr I*, par. 1) Dans son analyse, en trois temps, elle s'interroge, en premier lieu, de l'application de la *Charte* à l'extérieur du Canada (par. 15 à 26). Les

d'autres termes, un responsable canadien en sol étranger doit respecter le droit interne en vigueur dans le pays dans lequel il se trouve, au détriment, en cas de conflit, de son droit national. Toutefois, cette exception importante à ce principe a été dégagée dans *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292 et fut retenue par les juges de la Cour fédérale dans *Khadr*²⁸. En effet, l'application du droit interne étranger ne peut résulter en la violation d'obligations internationalement contractées par le Canada ou de son droit constitutionnel, y compris les droits fondamentaux.

En 2006 et en 2010, la Cour fédérale a conclu que le Canada avait transgressé le droit international en vigueur, parce que le détenu Kadhr n'a pas pu recourir à l'*habeas corpus*, c'est-à-dire le droit de comparaître devant un juge dans les 48 heures suivant son arrestation. Par conséquent, la procédure entourant la poursuite violait les quatre *Conventions de Genève de 1949* régissant le droit en temps de guerre²⁹. Cette conclusion se fonde sur les arrêts du plus haut tribunal américain dans des affaires impliquant des prisonniers de guerre de Guantanamo, soit sur la légalité de leur détention, de leurs conditions de détention et de leur mise en accusation³⁰. C'est à juste titre, à notre avis, que la Cour fédérale termine son analyse sur l'application de la *Charte*

juges reconnaissent que M. Khadr aurait eu droit à une communication complète des transcriptions si les entretiens avaient eu lieu au Canada, selon les principes reconnus dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

²⁸ La Cour, en commentant *Hape*, écrit au paragraphe 18: « Bien que les juges n'aient pas tous convenu des principes régissant l'application extraterritoriale de la *Charte*, ils ont estimé à l'unanimité que la courtoisie ne pouvait justifier la participation du Canada aux activités d'un État étranger ou de ses représentants qui vont à l'encontre des obligations internationales du Canada. Ainsi, le respect que commande la courtoisie « cesse dès la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne » (*Hape*, par. 51, 52, 101, le juge LeBel). Notre Cour a ajouté que le tribunal appelé à déterminer la portée de la *Charte* et à se prononcer sur son application doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international (par. 56, le juge LeBel). » *Khadr c. Canada*, [2006] 2 F.C.R. 505.

²⁹ Le droit humanitaire intervient lors d'un conflit armé, interne ou international. Il permet la suspension de certains droits de la personne, dont l'application est possible seulement en temps de paix, et conserve dans son corpus des droits fondamentaux qui touchent la dignité humaine dans la conduite des actions militaires. Les quatre Conventions de Genève et les deux Protocoles additionnels constituent le corps du droit humanitaire : Les quatre Conventions de Genève ont été adoptées lors de la Conférence diplomatique de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels de 1977 et de 2005. Les références exactes sont Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 septembre 1949, R.T. Can. 1965 no 20 (signé par le Canada : 8 décembre 1949, entrée en vigueur : 21 octobre 1950, ratifié par le Canada : 14 mai 1965) [ci-après Convention de Genève I]; Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 septembre 1949, R.T. Can. 1965 no 20 (signé par le Canada : 8 décembre 1949, entrée en vigueur : 21 octobre 1950, ratifié par le Canada le 14 mai 1965) [ci-après Convention de Genève II]; Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 septembre 1949, R.T. Can. 1965 no 20 (signé par le Canada le 8 décembre 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, ratifié par le Canada le 14 mai 1965) [ci-après Convention de Genève III]; Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 septembre 1949, R.T. Can. 1965 no 20 (signé par le Canada : 8 décembre 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, ratifié par le Canada : 14 mai 1965) [ci-après Convention de Genève IV]. Lorsque nous nous référons aux quatre instruments : ci-après les Conventions de Genève.

³⁰ Voir les affaires *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004) et *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006).

en affirmant que « [I]es violations des droits de la personne relevées par la Cour suprême des États-Unis sont de nature à nous permettre de conclure que les règles relatives à la détention et à la tenue d'un procès, qui s'appliquaient à M. Khadr lorsque le SCRS l'a interrogé, constituaient une atteinte manifeste aux droits fondamentaux de la personne reconnus en droit international » (*Khadr*, par. 24 et 25)³¹.

Par conséquent la Cour fédérale, dans une décision soutenue et très bien articulée, a reconnu que le Canada avait contribué à la procédure entachée, puisque les officiels canadiens ont remis le contenu des entretiens aux autorités américaines (par. 27). L'étude des conséquences de cette participation sur les recours en réparation par Monsieur Khadr ont permis de reconnaître son droit à la divulgation des informations (par. 28 à 36)³².

Pourtant, le gouvernement canadien, en désaccord avec les conclusions de la Cour fédérale, a demandé un avis aux juges de la Cour suprême du Canada. Le 23 mai 2008, la Cour suprême rendait une décision favorable au jeune prisonnier. Malheureusement, cette décision portait son attention sur les conditions des détentions précédant les entretiens effectués lors d'une deuxième visite par le SCRS plutôt que sur le respect des droits de la personne par les autorités canadiennes à l'étranger.

Dans sa décision de 2008, la Cour suprême jugea que les conditions de l'interrogatoire de 2004, devant les services secrets canadiens, enfreignaient les obligations du Canada³³. En effet, dans cette seconde ronde d'interrogatoires, les officiers canadiens savaient que Khadr avait subi une privation de sommeil qui le rendait moins résistant aux questions posées. La Cour suprême a alors ordonné que soient divulguées les transcriptions au profit de la défense de Khadr devant les tribunaux américains. Ce que le gouvernement canadien a finalement fait.

³¹ En effet, le Canada est signataire des quatre Conventions de Genève de 1949. Par conséquent, depuis sa ratification en 1965, le Canada est tenu au respect des obligations qui en découlent. Si la participation du Canada à une procédure violant les Conventions de Genève est établie, alors le gouvernement canadien contrevient aux obligations qu'il a contractées en 1965. Voir les paragraphes 24-26 du jugement dans *Khadr c. Canada*, [2006] 2 F.C.R. 505. Voir aussi *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, [2010] 4 F.C.R. 36.

³² En effet, comme le résume la Cour : « La réparation accordée à M. Khadr résulte du manquement à l'obligation constitutionnelle qu'a fait naître la participation de responsables canadiens à une procédure qui contrevient aux obligations internationales du Canada. Qu'il ait droit ou non à la même mesure aux États-Unis, une réparation doit lui être accordée en raison de l'omission de l'État canadien de lui communiquer l'information relayée aux autorités américaines après les entretiens, dans des circonstances emportant l'application de l'art. 7. » (*Khadr v. Canada*, [2006] 2 F.C.R. 505, par. 36)

³³ *Canada c. Khadr*, [2008] 2 R.C.S. 125.

De plus, devant l'insistance du jeune Khadr à vouloir être rapatrié au Canada, le gouvernement a également demandé un avis à la Cour suprême quant aux obligations auxquelles il est soumis. La Cour suprême a reconnu la violation des droits à la vie, à la sécurité et à la liberté de Monsieur Khadr. Néanmoins, la Cour suprême a conclu qu'elle ne peut se permettre d'ordonner la conduite du gouvernement devant les États-Unis, car les tribunaux canadiens ne peuvent s'immiscer dans le délicat domaine des relations internationales³⁴. La prérogative du pouvoir exécutif était ainsi protégée par la Cour, alors qu'elle fait appel à la doctrine des opinions politiques, préalablement rejetée par la Cour suprême du Canada en 1985 dans *Operations Dismantle*³⁵.

Malgré plusieurs demandes de rapatriement au Canada, et surtout suite à la demande du gouvernement américain de voir le plus de prisonniers possibles rapatriés dans leur pays, le Premier Ministre canadien a tout de même décidé de ne pas faire venir Omar Khadr au Canada pour qu'il y soit jugé, laissant le soin aux Américains de le faire. Khadr a contesté la décision du Premier Ministre devant la Cour fédérale. En 2009, la Cour fédérale a reconnu le droit au rapatriement de M. Khadr, étant données les circonstances particulières entourant ce dossier. La Cour d'Appel a maintenu la décision de la Cour fédérale, mais a plutôt confirmé la violation de l'article 7 due aux conditions inhumaines de l'interrogatoire de 2004, et a reconnu conséquemment le droit au rapatriement de M. Khadr³⁶. L'affaire est remontée jusqu'en Cour suprême³⁷.

En 2010, la Cour suprême a réitéré sa décision antérieure fondée sur la violation des droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de M. Khadr. Les juges ont admis également que les actes des officiers canadiens étaient étroitement liés aux conditions de détention et aux actions des Américains à l'encontre de Khadr³⁸. De plus, les juges se sont ralliés à la décision de la Cour fédérale de 2008 sur le remède demandé par Khadr, en vertu de l'article 24 de la *Charte*³⁹. Toutefois, la Cour suprême a conservé sa position initiale et cassé l'ordre du tribunal inférieur en

³⁴ *Canada c. Khadr*, [2008] 2 R.C.S. 125.

³⁵ Voir *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 et le quatrième chapitre, sous-section 4.2.2, au point i).

³⁶ *Canada (Premier ministre) v. Khadr*, [2009] F.C.J. No. 893.

³⁷ *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, [2010] 1 S.C.R. 44.

³⁸ *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, [2010] 1 S.C.R. 44, par. 16.

³⁹ En droit constitutionnel, la réparation exigée doit avoir un lien suffisant avec la gravité de l'acte subi.

invitant les autorités fédérales à rapatrier le prisonnier⁴⁰. Les intérêts sécuritaires prévalent sur la mise en œuvre des droits fondamentaux, alors que ces derniers auraient dû faire l'objet d'un examen détaillé. Par conséquent, la Cour reste sur sa réserve et refuse de s'ingérer dans les affaires étatiques et les relations internationales, pouvoir puisant dans la prérogative royale du Premier Ministre. Cette posture s'inscrit dans l'affirmation du pouvoir de l'État en matière sécuritaire et favorise la retenue judiciaire⁴¹.

La conclusion de la Cour suprême et l'inaction du gouvernement canadien illustrent le traitement inégal et injuste des Canadiens d'origine étrangère, surtout lorsque que des actions criminelles et terroristes sont en cause. Les larges pouvoirs discrétionnaires prévus dans la loi sur l'immigration laissent une porte ouverte à de telles actions politiques⁴². Cette déresponsabilisation de l'État à l'égard des étrangers se reflète également dans l'opinion de la population canadienne. Une étude journalistique a fait part des sentiments partagés de la population au sujet de Khadr⁴³. Cette étude souligne le rôle des médias et expose la fluctuation des sentiments négatifs ou positifs en fonction du contexte sociopolitique. À notre avis, cette désappropriation déresponsabilise le pouvoir exécutif et entache la légitimité du pouvoir judiciaire qui devrait pourtant participer activement au maintien des droits de la personne, comme certains juges courageux des instances inférieures l'ont fait.

ii) La tragédie du vol 182 et l'affaire judiciaire *Air India* de 1985 : la sécurité publique dans le contexte de l'immigration

En opposition avec l'affaire Khadr, voici un résumé cette fois sur l'acte terroriste le plus grave que le Canada ait connu, et considéré comme le deuxième en importance au monde, après celui du *World Trade Center* à New York⁴⁴. Le 22 juin 1985, le Boeing 747 à destination de

⁴⁰ Néanmoins, la Cour suprême demandera au gouvernement d'accorder un remède étant donné la reconnaissance des fautes commises par le Canada, en invitant presque ce dernier à rapatrier M. Khadr, sans toutefois l'imposer.

⁴¹ La distinction entre interventionnisme judiciaire et retenue judiciaire sera détaillée dans la deuxième sous-section et constitue une question centrale de cette recherche qui sera développée dans le premier chapitre.

⁴² L'article 25 de la *Loi* est le pouvoir discrétionnaire le plus grand qui existe en droit administratif canadien.

⁴³ Michelle SHEPHARD, "Only 33% believe Khadr trial will be fair", *Toronto Star*, April 25 2008, selon les statistiques relevées par Angus Reid Global Monitor le 14 mars 2008 dans un rapport intitulé "Omar Khadr Case Still Splits Views in Canada". Voir Michelle SHEPHARD, "Canadians still split on Omar Khadr, poll shows", *Toronto Star*, September 2, 2009.

⁴⁴ Ken MacQueen et John Geddes du *Macleans* ont affirmé que l'attentat *Air India* a déjà été entrevu comme le « Canada's 9/11 ». Les journalistes démentirent cette affirmation en dressant les différences entre les deux événements : « In truth, it was never close to that. The date, 23 June 1985, is not seared into the nation's soul. The

Delhi quitte l'aéroport de Montréal avec à son bord plus de 300 passagers. C'est dans l'espace aérien irlandais que l'avion explosera. Vingt ans après cette tragédie, le 16 mars 2005, un juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique acquitte les responsables de l'attentat du vol 182, soit Mrs Ripudaman Singh Malik et Ajaib Singh Bagri contre qui pesaient huit charges criminelles⁴⁵.

329 personnes ont péri, dont 268 Canadiens, 27 Anglais et 24 Indiens, parce deux valises remplies d'explosifs n'ont pu être interceptées. De plus, justice n'a pu être rendue à cause du manque de divulgation des preuves provenant de la Couronne, en dépit des coûts faramineux relatifs à l'enquête et à la poursuite des accusés, probablement les plus élevés de toute l'histoire judiciaire canadienne⁴⁶. Les membres des familles ont demandé des explications au gouvernement canadien. Une enquête publique, conduite par le gouvernement fédéral, fut menée et est connue sous le nom de l'affaire *Air India*.

Suite à l'acquiescement des responsables par le juge Josephson, en 2005, et suite aux pressions des familles, le gouvernement a mis sur pied une équipe de fonctionnaires. Des audiences ont été tenues devant la *Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India*, dans le but de comprendre les obstacles à la divulgation des documents ayant menés au verdict de non culpabilité des individus en cause⁴⁷. Le rapport final de cinq volumes, déposé le 17 juin 2010, recommande une meilleure coordination des poursuites pénales en matière de terrorisme étant donné le manque de coordination entre les organismes gouvernementaux du renseignement et le bureau du procureur général, c'est-à-dire la poursuite. En d'autres termes, le rapport propose des aménagements administratifs afin de relier le renseignement et la preuve à soumettre devant les tribunaux.

events of that day snuffed out hundreds of innocent lives and altered the destinies of thousands more, but it neither shook the foundations of government, nor transformed its policies. It was not, in the main, even officially acknowledged as an act of terrorism." Cette conclusion un peu rapide souligne les décalages entre une action criminelle posée contre des étrangers, même des Canadiens d'origine étrangère, et celle qui vise ses propres citoyens. Il va sans dire que l'envergure des victimes est différente, mais idéologiquement les auteurs des deux attentats, au Canada en 1985 et aux États-Unis en 2001, avaient des objectifs politiques Ken MACQUEEN and John GEDDES, « *Air India* : after 22 years, now's the time for truth », *Macleans*, Toronto, 28 May 2007.

⁴⁵ Toutes les informations concernant l'affaire *Air India* apparaissent dans le rapport final de la Commission d'enquête, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.majorcomm.ca/> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁴⁶ Voir le dossier très complet sur les événements de la CBC dans le dossier *Air India Flight*, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.cbc.ca/news/airindia/> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁴⁷ Pour plus d'information sur la Commission d'enquête *Air India* consulter le site officiel à l'adresse URL suivante : <http://www.majorcomm.ca/> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

Les deux récits, que sont les affaires *Khadr* et *Air India*, font ressortir les questionnements épineux que présente la sécurité publique dans le contexte de l'immigration. Cette problématique est encore plus délicate puisqu'elle s'inscrit dans le droit administratif où les droits fondamentaux sont interprétés avec plus ou moins de souplesse par l'administration publique. L'absence des garanties les plus exigeantes que connaît, par exemple le droit pénal, ne permet pas une mise en œuvre cohérente et rigoureuse des droits fondamentaux. En témoignage, la mise en accusation d'un avocat sénior du ministère fédéral de la Justice contre son employeur, afin de forcer le gouvernement à établir un standard de révision de la constitutionnalité des projets de loi au-dessous des critères de compatibilité constitutionnelle⁴⁸.

Un des défis pour les États consiste à gérer la mixité des populations des arrivants, qu'ils aient ou non les autorisations nécessaires pour entrer au pays. L'augmentation des immigrants irréguliers, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas d'autorisations, exerce une pression sur la capacité d'un État à accueillir les nouveaux arrivants, tant pour des raisons économiques qu'humanitaires. Selon les gouvernements, la capacité de fournir une assistance humanitaire aux réfugiés est compromise par l'arrivée en masse des migrants qui n'ont pas le droit d'entrée.

Annuellement, le Canada accueille, en moyenne 220 000 immigrants et réfugiés, contre environ 9000 personnes renvoyées du pays parce qu'elles n'ont plus l'autorisation de demeurer au Canada ou pour des raisons criminelles⁴⁹. Dans la dernière décennie, on estime à plus de 350 000 le nombre de demandes d'asile, avec un taux d'acceptation avoisinant les 50%⁵⁰. Toutefois,

⁴⁸ La loi proposée doit être certainement ou manifestement compatible avec la *Charte*. L'avocat général Edgar Schmidt reproche au gouvernement de ne considérer que 5% des articles où il ne fait aucun doute qu'ils contredisent la *Charte*. Même si d'autres dispositions contreviennent au droit constitutionnel, leur évaluation par les avocats du ministère de la Justice sera minimisée à un niveau de risque de contestation très peu élevé, afin de les proposer aux Parlementaires. Voir *Edgar Schmidt v. Attorney General of Canada*, F.C. T-2225-12, déposé devant la cour fédérale le 13 décembre 2012. La demande introductive d'instance est disponible à l'adresse URL suivante : http://www.slaw.ca/wp-content/uploads/2013/01/Edgar_Schmidt_Statement_of_Claim.pdf (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁴⁹ Moyenne établie entre 2003-2012, par le ministère Citoyenneté et Immigration Canada dans son rapport annuel des Faits et Chiffres de 2012 et disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/statistiques/faits2012/index.asp> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Voir CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Canada Faits et Chiffres 2012, Aperçu de l'immigration, résidents permanents et temporaires*, Ottawa, 2012.

⁵⁰ Pour le nombre des demandeurs voir en Annexe A, l'entrées totales des demandeurs d'asile selon le sexe et l'âge entre 2003-2012; dans la première décennie, l'année 2001 a enregistré l'entrée la plus importante, soit 44 457 demandeurs par rapport à 19 666 demandeurs en 2005, avec une nette diminution en 2012 par rapport aux années 90. En 2013, l'arrérage est prévu de s'élever à plus de 140 000 demandes, pour une moyenne de 25 000 de cas réglés par année. Voir CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Canada Faits et Chiffres 2012, Aperçu de l'immigration, résidents permanents et temporaires*, Ottawa, 2012.

si l'on en croit l'intention claire du législateur dans loi C-11 adoptée en 2012, et en partie mise en vigueur en 2013, ce taux d'acceptation diminuera⁵¹.

Cette diminution du taux d'acceptation recherchée par le gouvernement canadien va à l'encontre des statistiques concernant le nombre de personnes déplacées à travers le monde. En effet, le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (ci-après HCR) évaluait à la fin de l'année 2012 à 45,8 millions le nombre de personnes déplacées à cause de la persécution, des conflits, de la violence généralisée ou de violations des droits de l'homme⁵². Cette estimation est la plus importante depuis 1994, qui enregistra le nombre le plus élevé de personnes déplacées à 47 millions⁵³. Selon l'organisme onusien, en 2012, il y avait plus de 15.4 millions de réfugiés dans le monde, dont près d'un million de demandeurs d'asile, la plupart sont des femmes et des enfants vivant au-delà de toute assistance possible⁵⁴.

Par conséquent, beaucoup de réfugiés sont privés d'aide et les pays limitrophes peinent à héberger les mouvements de masse. Ces pays possèdent souvent très peu de mécanismes en place leur permettant d'offrir une assistance appropriée. Des solutions s'imposent pour assurer une mise en œuvre adéquate de la protection des réfugiés. Toutefois, avant même de s'interroger sur ces solutions, force est de constater la présence d'une mentalité sécuritaire qui nuit à l'énonciation et à l'application de politiques existantes de protection conformes au maintien des droits fondamentaux des réfugiés, énoncés par le droit international et le droit constitutionnel canadien.

La force déployée par l'État ne trouve pas toujours une justification rationnelle à ses actions et il faut analyser dans quelle mesure les actions de l'État sont justifiées afin de prévenir des situations aux conséquences graves sur un être humain, telles que décrites précédemment dans l'exemple de M'Barek. L'État comme « monopole de la violence légitime » doit se doter d'une politique d'action à l'intérieur d'une justice qui régularise les rapports sociaux, mais aussi les

⁵¹ Il s'agit de la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés* (projet de loi C-11), L.C. 2010, ch. 8 et de la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada* (projet de loi C-31) L.C. 2012, ch. 17.

⁵² Dans le rapport onusien UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Displacement, The New 21st Century Challenge*, Geneva, 19 June 2013, p. 3 disponible à l'adresse URL suivante: <http://www.refworld.org/docid/51c169d84.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁵³ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Displacement, The New 21st Century Challenge*, Geneva, 19 June 2013, p. 3 disponible à l'adresse URL suivante: <http://www.refworld.org/docid/51c169d84.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁵⁴ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Displacement, The New 21st Century Challenge*, Geneva, 19 June 2013, p. 3 disponible à l'adresse URL suivante: <http://www.refworld.org/docid/51c169d84.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

rapports des individus avec de l'État⁵⁵. Le gouvernement doit s'intéresser à la sphère pénale en ce qu'il est responsable doit s'occuper de la protection des individus, de l'intégrité physique, psychologique et économique de la collectivité. Pour ce faire, les politiques publiques doivent rechercher à atteindre un sens du bien commun dans le but d'une cohabitation pacifique entre les différentes communautés qui composent la société. Les valeurs et l'identité d'une collectivité sont le développement du politique. L'intégration de groupes culturels et religieux différents constitue un défi pour le gouvernement et pour les citoyens.

La sécurité ne pardonne pas l'erreur dans l'esprit collectif, et ce malgré les abus flagrants à l'égard des droits fondamentaux, comme il a été relevé dans les affaires impliquant Mss M'Barek et Khadr. La notion de sécurité dispense les actes gouvernementaux, dont la rationalité fluctue en fonction d'un thermomètre sentimental alimenté par l'imaginaire populaire et la peur. L'intolérance au risque conduit à une vision déformée. Ce prisme déformateur porte à voir le noir, le jaune, le mulâtre comme une menace à notre quiétude, par une rationalité « dictatrice » dont le terreau fertile de la protection identitaire et la menace terroriste permettent une montée facile de la droite.

Pourtant, le droit des réfugiés s'inscrit classiquement dans la logique du droit de coopération et la *Charte canadienne des droits et libertés* s'inspire, dans ses fondements, de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*⁵⁶. Le droit de coopération s'est élaboré autour de l'idée de l'existence des intérêts supérieurs communautaires⁵⁷. Il s'ensuit que certaines valeurs impératives reconnues par les droits de l'Homme doivent être prises en compte lorsqu'il faut trancher entre les intérêts étatiques et ceux de l'individu. Nous croyons que l'application du droit interne aux demandeurs d'asile devrait procéder d'un jugement « en légitimité » comparable à celui des normes du droit international de coopération et non uniquement d'un jugement « en

⁵⁵ L'esprit wébérien prend toute sa pertinence sur un sujet comme le nôtre. Bien que nous ayons choisi une théorie constitutionnelle appliquée, la théorie de Weber est éclairante sur l'emprise de la sécurité dans le droit. Le monopole de la violence physique légitime est la définition sociologique de l'État telle que l'a conçue Max Weber et exposée lors d'une conférence intitulée *Le savant et le politique* et dont la portée continue de croître en philosophie du droit et en philosophie politique. Selon Weber, l'État, constituant un groupement politique, est le seul titulaire légitime du droit à l'exercice de la violence physique sur son territoire. L'institution étatique, dans ses ramifications administratives à travers la délégation de ses pouvoirs au sein des fonctionnaires qui la constitue, est alors autorisée à défendre « avec succès (moral et pratique) une revendication sur le monopole de l'utilisation légitime de la violence en vue de renforcer l'ordre en son sein » Max WEBER, *The theory of social and economic organization* (1964), New York, Free Press, 2009, p. 154.

⁵⁶ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G.res.217A (III), U.N.Doc A/810 à 71 (1948).

⁵⁷ Wolfgang FRIEDMAN, *The Changing structure of International Law*, London, Stevens and Sons, 1964.

validité »⁵⁸. Dans ce contexte, la recherche va s'intéresser aux pistes dégagées par la Cour suprême en référence aux lois canadiennes reposant sur des valeurs morales, et ce, surtout en matière constitutionnelle⁵⁹.

Cette introduction générale est divisée en trois parties afin de relater l'analyse comparative historique qui sert à démontrer le traitement judiciaire inégal dans l'interprétation des droits fondamentaux des réfugiés. Pour ce faire, l'introduction aborde, dans un premier temps, la reconnaissance du statut de réfugié qui se traduit par l'obtention du statut suite à une procédure administrative plus ou moins élaborée et qui fragilise la personnalité juridique du réfugié. Dans un deuxième temps, le choix des dossiers judiciaires des affaires *Singh* et *Suresh* pour leur posture judiciaire opposée entre l'interventionnisme de la Cour en 1985 (*Singh*), d'une part, et, d'autre part, la retenue judiciaire en 2002 (*Suresh*) est détaillé⁶⁰. Enfin, dans un troisième temps, les théories politiques et constitutionnelles qui soutiennent notre démarche ainsi que l'élaboration de l'hypothèse sont exposées.

Plus précisément, la première partie expose le régime des droits des réfugiés et profite de cette description pour relater les origines et le compromis des États dans l'adoption de la *Convention relative au statut des réfugiés*. En effet, diverses stratégies ont été mises en place par les États pour éviter de tronquer leur souveraineté dans l'accueil réservé aux réfugiés. La faille la plus grande dans la mise en œuvre du droit des réfugiés est la création d'une fiction juridique, par les gouvernements, de la personne du demandeur d'asile (section 0.1.1).

La deuxième partie de l'Introduction générale détaille l'hypothèse portant sur le traitement juridique inégal des réfugiés. La recherche s'intéresse surtout au croisement entre sécurité et immigration et l'impact négatif des enjeux sécuritaires sur l'interprétation des droits fondamentaux des réfugiés. Il sera question de la méthodologie, c'est-à-dire de l'analyse comparative de deux décisions judiciaires, ayant mené à une mise en œuvre différente du droit à la vie et à la sécurité des réfugiés.

En effet, les dossiers de *Singh* (1985) et *Suresh* (2001) décrivent deux situations similaires aux conséquences contradictoires sur les réfugiés. Dans les années 80, la promotion des droits

⁵⁸ Pour les différences entre légitimité et validité, voir la deuxième sous-section 0.2.

⁵⁹ Voir l'exemple le plus éclairant sur l'admission des valeurs dans le droit, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

⁶⁰ *Singh c. Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration)*, [1985] 1 R.C.S. 177 et *Suresh c. Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration)*, [2002] 1 R.C.S.3.

fondamentaux pour tous et la mise en œuvre réelle du droit des réfugiés telle que contemplée par la *Convention relative au statut des réfugiés*, furent reconnues dans *Singh*. Alors que dans le contexte post-septembre 2001, l'affaire *Suresh* confirme la prévalence de la sécurité de l'État sur le droit des réfugiés (section 0.2).

La dernière section expose les théories qui permettent d'affronter l'analyse constitutionnelle des affaires *Singh* et *Suresh* et de démontrer les motifs et les faiblesses de l'argumentaire judiciaire (section 0.3). La sécurité comme légitimisation de l'État et comme bien politique touche à la conception de la sécurité dans l'histoire. L'évolution historique de la sécurité permet d'explorer brièvement ses fondements et de comprendre les politiques publiques qui en découlent dans le domaine de l'immigration. Les éléments prédéterminant à la conception contemporaine de la sécurité, qui sont examinés dans la recherche, permettent de saisir les obstacles à l'interprétation favorable des droits fondamentaux pour les réfugiés et font ressortir les conséquences d'une vision de la sécurité sur la promotion des droits de l'homme.

Section 0.1 L'établissement de la Convention relative au statut des réfugiés : le compromis politique occidental entre le droit d'entrée et la limitation de circulation des réfugiés

La *Convention relative au statut des réfugiés* (ci-après la *Convention*) et son *Protocole* (en 1966) furent signés et ratifiés par le Canada en 1969, soit 18 ans après l'adoption par la Conférence de plénipotentiaires de l'Organisation des Nations Unies de la *Convention*, le 28 juillet 1951⁶¹. Sa nécessité provient des deux Guerres mondiales et porte sur l'accueil et la protection dont les réfugiés politiques et religieux devaient se prévaloir. La *Convention* voulait répondre à une réalité temporaire et offrir une aide concrète et structurée aux milliers d'exilés Juifs et aux personnes opprimées par le régime communiste. Elle faisait ainsi écho aux articles 13 et 14 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* de 1948 (ci-après la *Déclaration universelle*). Ces articles protègent le droit à la libre circulation des personnes (article 13) et permettent surtout à celles-ci de quitter leur pays de résidence en cas de persécution afin de trouver refuge dans un autre pays (article 14)⁶². Toutefois, en dépit de leur désir de répondre aux

⁶¹ *Convention relative au Statut des Réfugiés*, 189 U.N.T.S. 150, entrée en vigueur le 12 avril 1954. La Convention prévoit encore aujourd'hui six motifs de persécution.

⁶² Article 13 : 1) Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État. 2) Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays. Article 14 : 1) Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays. 2) Ce droit ne peut être

préoccupations soulevées par les atrocités de la Deuxième Guerre et la persécution causée par l'imposition du Mur de Berlin, la *Convention* reflète un compromis subtil à la souveraineté des démocraties occidentales désireuses de préserver le contrôle de leurs frontières et du flux des populations⁶³.

Cette dernière remarque est importante pour comprendre alors le choix des États de n'enchâsser que l'article 14 de la *Déclaration universelle* dans le texte international. En mettant l'accent sur la persécution et le droit de réclamer l'asile une fois à l'extérieur des frontières du pays de résidence, les États ont privilégié l'approche la plus simple et la plus pratique en vertu de leurs intérêts. En effet, aucune assistance n'est apportée aux réfugiés pour quitter leur pays d'origine et se rendre dans le pays hôte. Ce passage frontalier est crucial puisque l'individu persécuté devient réfugié dès lors qu'il traverse les frontières de son pays d'origine. Pour répondre à une demande d'asile, les États ont donc accordé une dérogation à la fermeture des frontières en permettant la demande d'asile dans un pays tiers. Les signataires de la *Convention* n'ont toutefois pas réglé la question de la libre circulation, c'est-à-dire pouvoir sortir du pays et se rendre dans le pays hôte. Les réfugiés doivent pourtant avoir la possibilité de sortir de leur pays et de transiter vers le pays d'accueil pour demander l'asile⁶⁴.

A partir 1951, les États ont entrepris d'établir un processus national de détermination du statut de réfugié⁶⁵. Les désaccords politiques et la difficulté de gérer une détermination internationale, exercée d'abord par l'Administration des Nations Unies pour le secours et la reconstruction (entre 1943 et 1947) et, ensuite, par l'Organisation internationale pour les réfugiés (entre 1947 et 1950), ont poussé les États à élaborer un mécanisme visant l'examen des demandes

invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

⁶³ François CRÉPEAU, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1995, voir le Chapitre II : le droit de l'asile occulté par le droit des réfugiés, aux pages 70 et suivantes.

⁶⁴ C'est ce qu'on appelle dans le jargon du droit des réfugiés le droit d'asile axiologique en opposition au droit d'asile dérogoire, plus restrictif. Voir Jérôme VALLUY, *Rejet des exilés. Le grand retournement du droit de l'asile*, Broissieux, Éditions Du Croquant, 2009, p. 92.

⁶⁵ Au lendemain de la Deuxième Guerre Mondiale, l'Organisation internationale pour les réfugiés (connue sous le vocable OIR) était chargée de la détermination du statut et le réfugié était reconnu par des organismes internationaux. Rapidement, la responsabilité d'octroyer le statut de réfugié et, donc, d'offrir une protection contre la persécution, a été remise aux juridictions nationales et change d'un État à l'autre. Les États ont mis en place des mécanismes internes de reconnaissance lesquels ne sont pas assujettis à aucune norme internationale contraignante et reposent entièrement sur les législations nationales.

d'asile dans leur juridiction respective⁶⁶. En récupérant la responsabilité de déterminer qui peut se voir accorder le statut de réfugié, les États parties à la *Convention* se sont toutefois heurtés à d'autres obstacles, telle la mise en œuvre d'un processus interne qui soit efficace et accessible tout en préservant l'intégrité du processus. Pour contourner l'accès rapide d'une détermination sommaire et déclaratoire, comme il survient parfois dans les camps de réfugiés à l'étranger, les États ont créé la personne du demandeur d'asile, personnalité juridique inexistante en droit international (point ii).

Structurellement, la *Convention* est divisée en sept chapitres et pose surtout les droits auxquels peuvent prétendre les réfugiés. Elle définit avant tout ce qu'est un réfugié en son article premier (al. 1A) et prévoit trois (3) types d'exclusion (al. 1F) ainsi que la possibilité d'expulser un réfugié criminel (art. 32). La définition du réfugié se lit comme suit :

« Un réfugié est une personne qui craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain 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... »⁶⁷ [Nous soulignons.]

En 1969, le Canada dut modifier sa législation afin d'incorporer ses nouvelles obligations internationales. Cette incorporation du droit des réfugiés en droit interne s'est accompagnée d'une réforme législative du droit de l'immigration⁶⁸. C'est ainsi que la première loi sur l'immigration voit le jour en 1976 et pose les assises des lois successives qui définissent le droit de l'immigration au Canada⁶⁹. Un processus administratif de détermination du statut des réfugiés fut établi ainsi que les divers mécanismes de nature pénale et d'expulsion dans les cas de criminalité sérieuse des étrangers. Le mode de détermination fut revisité suite à une décision majeure de la Cour suprême dans l'affaire *Singh*. Aujourd'hui, c'est la *Loi sur l'immigration et la*

⁶⁶ HAUT COMMISSARIAT POUR LES RÉFUGIÉS, *Les réfugiés dans le monde*, Paris, Autrement, 2000, pp. 13 à 35.

⁶⁷ Article 1(A) de la *Convention*.

⁶⁸ Dans les années 70, la réforme du droit de l'immigration fut introduite par le livre vert sur l'immigration et le rapport parlementaire de 1975 à travers la constitution du Comité conjoint du Sénat et de la Chambre des communes. La promotion démographique, économique, sociale et culturelle, la réunification familiale, la non discrimination, la coopération des divers niveaux étatiques (entre le fédéral et les provinces et territoires) et le respect des obligations canadiennes en matière des droits de la personne étaient au centre des préoccupations de la loi sur l'immigration de 1976.

⁶⁹ Le troisième chapitre relate en détails l'histoire législative de l'état du droit canadien en matière d'immigration, voir en particulier la sous-section 3.1.2.

protection des réfugiés (ci après « la Loi » ou LIPR), entrée après le 11 septembre 2001, qui légifère le droit de l’immigration au Canada⁷⁰.

Au Canada, la LIPR adoptée en 2002, a incorporé en ses articles 95 à 115 les obligations internationales en matière de protection des réfugiés⁷¹. La *Convention* prévoit la définition du terme réfugié et les droits relatifs aux réfugiés qui se retrouvent aux articles 96 et 97(1) de la LIPR, avec une définition plus élargie par rapport au texte de la *Convention*, ce qui représente une avancée. En effet, la LIPR a introduit le concept de personnes protégées, incluant aussi les victimes potentielles de la torture et de mauvais traitements:

Convention refugee	96. A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion, (a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or (b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.	96. A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques: a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays; b) soit, si elle n’a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.	Définition de « réfugié »
-----------------------	--	---	------------------------------

⁷⁰ Voir Partie 9 (résidents temporaires) des règlements. Il existe quelques spécificités en matière de santé par rapport aux résidents temporaires qui diffèrent du régime général des étrangers.

⁷¹ *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27. Cette loi est entrée en vigueur le 27 juin 2002.

Person in need of protection	<p>97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally to any of the following: or</p> <p>(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or</p> <p>(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if</p> <p>(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,</p> <p>(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,</p> <p>(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and</p> <p>(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.</p>	<p>97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :</p> <p>a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;</p> <p>b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant:</p> <p>(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,</p> <p>(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,</p> <p>(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,</p> <p>(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.</p>	Personne à protéger
------------------------------	---	--	---------------------

Au Canada, comme il a été précisé plus haut, environ un réfugié sur deux se voit reconnaître le statut de réfugié⁷². Toutefois il n'existe pas de définition ou de régime juridique portant sur le demandeur d'asile dans la *Loi*. De plus, à notre connaissance, aucun pays ne prévoit de statut juridique propre aux demandeurs⁷³. Le statut juridique indique les droits et obligations qui s'attachent à l'état civil de la personne présente sur un territoire donné. Ces règles régissent la légitimité, les libertés et les devoirs des demandeurs. En effet, on remarque que les droits des demandeurs d'asile sont généralement ceux que reçoivent, en général, les non-citoyens, c'est-à-dire les étrangers. Il existe tout de même dans certains décrets et réglementations provinciales des

⁷² Voir les documents d'information du ministère Citoyenneté et Immigration Canada disponibles sur le site officiel à l'adresse URL suivante :

<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/media/documents-info/2010/2010-03-30d.asp>

<<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/media/documents-info/2010/2010-03-30d.asp>> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁷³ Un statut de protection temporaire existe en Angleterre, mais ce statut diffère d'un statut juridique propre aux revendicateurs. En Europe, une directive fut émise afin d'uniformiser et de réunir les droits et obligations qui s'attachent à l'état civil de la personne du demandeur d'asile: Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0009:FR:NOT>) (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

attributs disparates appartenant en propre à ceux qui demandent le statut de réfugié, notamment l'accès au travail, aux études supérieures et aux soins de santé. On peut y voir dans cette formation fragile des droits l'amorce d'un statut. Quoiqu'il en soit, les droits des demandeurs se réfèrent plutôt aux privilèges accordés aux visiteurs de courtes périodes : travailleurs saisonniers, membres d'équipage, artistes, sportifs, prospecteurs commerciaux, diplomates et étudiants.

La *Convention* a une incidence particulière sur le statut juridique des réfugiés, puisqu'elle préserve leurs droits les plus fondamentaux tant sur le plan personnel que social. La *Charte des droits et libertés* vient également compléter la protection juridique des réfugiés au Canada. Cette protection correspond aux droits à la vie et à la sécurité déjà prévus par le droit international des réfugiés.

En effet, du seul fait de sa présence sur le territoire canadien, le demandeur bénéficie de certains droits fondamentaux prévus par la *Charte*. L'interprétation de ces droits par les tribunaux est nécessaire et les juges ne cessent de les revisiter⁷⁴. Le plus important des droits, pour un demandeur, est celui prévu à l'article 7 : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » dont l'application fut reconnue aux demandeurs d'asile dans l'affaire *Singh*.

Des libertés fondamentales et le droit à l'interprète sont également des droits reconnus à toute personne se trouvant au Canada (articles 2 et 14 de la *Charte*). Par opposition, il existe seulement un droit qui est uniquement conféré au citoyen canadien, soit le droit de vote aux élections inscrit à l'article 3 de la *Charte*. Bien que l'article 6 ne vise que les citoyens et les résidents permanents, quant à leur liberté de circulation et d'établissement, les réfugiés sont autorisés à entrer au pays du moment où ils se réclament de la protection du Canada, en vertu du droit international des réfugiés.

Cette section de l'introduction traite d'abord des enjeux à la fois humanitaires et sécuritaires qui existaient au moment de l'adoption de la *Convention*, suite au traumatisme des deux guerres mondiales et à l'établissement du Bloc communiste. La première sous-section insiste sur la création d'une fiction juridique qui a permis aux États de répondre partiellement à la problématique des réfugiés. Ce décalage, entre le demandeur d'asile (création du droit national) et le droit international des droits de la personne et du droit des réfugiés, fragilise le statut du réfugié et laisse place à des abus de la part des pays hôte (deuxième sous-section). Cette réflexion

⁷⁴ Pour plus de détails sur cette question voir les premier et quatrième chapitres.

est cruciale et fait ressortir les intentions réelles de réguler l'accueil des réfugiés en Occident. La création du demandeur d'asile permet de comprendre la vulnérabilité juridique des réfugiés en droit interne à travers une manipulation de l'identité du réfugié qui prend peu à peu les traits de la menace.

Sous-section 0.1.1. La Convention de 1951 au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale : une mise en œuvre incomplète préservant la souveraineté des États

Généralement, la première question à affronter dans le domaine de l'immigration est la notion de l'étranger. Sa définition est primordiale puisqu'elle marque la distinction de celui qui appartient à la communauté de celui qui veut s'y intégrer. Le concept de l'étranger remonte à des temps très anciens. Déjà le droit romain légiférait abondamment sur le sujet. Il s'agissait de la loi sur l'hospitalité qui permettait d'accueillir des gens qui n'étaient pas citoyens romains⁷⁵. L'étranger qui pénétrait dans Rome devait être prémuni ou d'un traité *hospitium publicum* ou d'une permission venant d'un Romain caractérisée par un traité privé, *hospitium privatum*. Le droit privé pouvait donc lever l'interdiction d'entrée à l'étranger et lui permettre de jouir de certains privilèges relationnels et commerciaux à l'intérieur de la cité romaine⁷⁶. L'État ou le citoyen devait garantir le bien-être matériel de l'étranger, lui offrir également une protection juridique indirecte, en ce sens que les institutions légales n'étaient pas ouvertes à l'étranger, mais bien au citoyen garant. Il était aussi prévu un régime de droit propre aux pèlerins qui s'arrêtaient à Rome. La cessation de leur itinérance se concrétisait par l'acquisition de la citoyenneté romaine.

La notion de l'étranger révèle donc plusieurs facettes, qu'elle soit commerciale, politique, idéologique ou qu'elle se comprenne en termes de libertés individuelles. L'identité de l'étranger est aujourd'hui fragmentée en diverses acceptations, ce qui peut freiner la reconnaissance de ses droits fondamentaux :

Il processo di decolonizzazione, la formazione di nuovi Stati e le istanze per un nuovo ordine economico internazionale hanno concentrato l'interesse sull'affermazione della libertà dello Stato di scegliere, organizzare, sviluppare il proprio sistema economico nazionale anche mediante espropriazione e

⁷⁵ Alberto MAFFI, s.v. *Straniero* (dir. rom.), Milano, Ed. XLIII, 1990, p. 1139.

⁷⁶ Il existait également une reconnaissance juridique archaïque, puisée de l'organisation grecque de la Cité, qui consistait à offrir la tutelle juridique de l'étranger à travers la sphère commerciale exclusive aux citoyens. Alberto MAFFI, s.v. *Straniero* (dir. rom.), Milano, Ed. XLIII, 1990, p. 1139.

nazionalizzazione di biens, droits et intérêts de étrangers : l'argument a ormai una propria autonomia, caractérisé com'è, nel dibattito sui limiti di quella liberté, da motifs politiques et idéologiques. La tendance, toutefois, a réduire le thème principal ad une des ses aspects, celui de la propriété de l'étranger et du droit (et des limites) du pouvoir d'expropriation de l'État, n'a pas facilité les initiatives pour une divers considération des obligations de l'État, conformément au droit international général, dans le cadre de la liberté personnelle de l'individu-étranger⁷⁷.

Le droit de l'immigration au Canada remonte quant à lui à l'époque de la fin de la colonisation⁷⁸. En 1906 fut votée la première loi d'immigration, précédée toutefois d'autres lois de nature générale, entre 1869 et 1889, qui excluaient certaines catégories d'immigrants au pays⁷⁹. En 2002, la *Loi* reprendra essentiellement les mêmes catégories d'exclusion, par ailleurs inscrites dans la première loi sur l'immigration en 1976. Légalement, au Canada toute personne, autre qu'un citoyen canadien ou un résident permanent (c'est-à-dire une personne dans le processus d'acquérir la citoyenneté canadienne), est un étranger (par. 2(1) de la *Loi*). Cette définition de l'étranger s'apparente à une clause résiduaire et comprend les apatrides, les demandeurs d'asile, les réfugiés, les visiteurs, les travailleurs saisonniers, les étudiants, les diplomates et les artistes itinérants. Le droit national ne prévoit aucune reconnaissance particulière à l'individu qui demande l'asile. Aucune protection légale n'est également inscrite dans la Constitution canadienne pour y reconnaître les droits fondamentaux des étrangers et des demandeurs d'asile.

Néanmoins, dans l'affaire *Singh*, la Cour suprême a interprété le mot « personne » dans la *Charte*, comme toute personne se trouvant sur le territoire canadien, c'est-à-dire les Canadiens

⁷⁷ Bruno NASCIMBENE, *Straniero* (dir. Internaz. Pubbl.), Milano, Ed. XLIII, p. 1144. TRADUCTION LIBRE: Le processus de décolonisation, la formation de nouveaux États et les instances d'un nouvel ordre économique international ont porté un intérêt sur la demande de la liberté de l'État de choisir, d'organiser, de développer son économie nationale, y compris par voie de nationalisation et d'expropriation des actifs, des droits et des intérêts légitimes des étrangers: l'argument a maintenant sa propre autonomie, caractérisé tel qu'il est, dans le débat sur les limites de cette liberté par des raisons politiques et idéologiques. La tendance, cependant, de réduire le thème principal de chacun de ses aspects, celui de la propriété de l'étranger et du droit (et des limites) du pouvoir d'expropriation de l'État, n'a pas facilité les initiatives pour un regard différent sur les obligations de l'État, conformément au droit international général au sujet de la liberté personnelle de l'individu-étranger.

⁷⁸ Pour plus de détails sur l'histoire du droit de l'immigration au Canada, consulter le troisième chapitre, en particulier les sous-sections 3.1.1 et 3.2.1.

⁷⁹ Voir les fiches informatives sur l'histoire de l'immigration au Canada sur le site officiel du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, disponibles à l'adresse URL suivante : <http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/publications/patrimoine/chap-3.asp> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Sur l'histoire détaillée des renvois et des exclusions dans le droit d'immigration canadien, consulter le troisième chapitre, à la sous-section 3.2.2.

mais aussi les étrangers⁸⁰. Le régime juridique des demandeurs d'asile repose donc sur celui de l'étranger et prévoit quelques spécificités afin de pourvoir aux besoins sanitaires, linguistiques et matérielles durant l'attente d'une décision de son statut. Ce régime est également complété par le droit international des droits de l'Homme et les obligations contractées par le Canada concernant la reconnaissance des droits fondamentaux de tout homme et de toute femme⁸¹.

i) La création d'une fiction juridique du demandeur d'asile : une manipulation possible des droits des réfugiés par les États signataires

La *Convention* n'a pas été créée pour répondre aux problèmes de détermination des systèmes juridiques nationaux, mais bien pour la protection des populations déplacées et persécutées. Un demandeur d'asile n'a pas le droit d'entrer et de rester au Canada comme le prescrit l'article 6 de la *Charte*. Toutefois, en vertu de l'article 33 de la *Convention* et l'article 115 de la *LIPR*, le gouvernement canadien ne peut refouler un demandeur du statut de réfugié. De plus, l'article 31 de la *Convention* insiste sur l'absence de sanction contre toute entrée irrégulière, ce qui en soit ne confère pas de droit d'entrée. Le principe affirmé à l'article 31 de la *Convention* se positionne contre les mesures coercitives du gouvernement conservateur envers les personnes voyageant illégalement en groupe ou ayant recours à des passeurs⁸². Ces normes, nouvellement adoptées, de nature pénale s'inscrivent dans un processus de pénalisation du droit des réfugiés, phénomène qui sera plus amplement exposé dans le cadre théorique de cette Introduction générale⁸³.

⁸⁰ *Singh c. Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration)*, [1985] 1 R.C.S. 177.

⁸¹ Pour une discussion plus approfondie sur les obligations internationales du Canada en matière des droits de l'Homme qui visent les réfugiés, voir le dernier chapitre à la sous-section 4.2.2.

⁸² *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada* permet au gouvernement de « lutter contre le passage de clandestins » en accordant les pouvoirs suivants : au ministre de la Sécurité publique de désigner comme une arrivée irrégulière l'arrivée au Canada d'un groupe de personnes et en assujettissant toutes les personnes impliquées aux dispositions de la *Loi*; facilite les poursuites contre les passeurs de clandestins; impose des peines d'emprisonnement minimales obligatoires pour les personnes reconnues coupables d'avoir fait passer des clandestins; punit les propriétaires et exploitants de navires ayant servi à des opérations de passage de clandestins. Enfin et plus inquiétant, la législation canadienne légifère la détention des participants à une arrivée irrégulière désignée. Le gouvernement espère effectuer le contrôle des motifs de détention 14 jours suivant la mise en détention (outrepassant le droit à l'habeas corpus) et tous les six mois par la suite jusqu'à ce qu'une décision favorable soit rendue par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié relativement à la demande d'asile, ou jusqu'à ce que la libération soit ordonnée par la CISR ou par le ministre. La détention exclue les enfants de moins de 16 ans, même si l'âge de la majorité au Canada est fixée à 18 ans. Ces mesures sont longuement étayées au troisième chapitre.

⁸³ Voir la sous-section 0.2.2.

Depuis la mise en vigueur de la *LIPR* en juin 2002, le gouvernement émet des documents de voyage aux personnes reconnues réfugiés, et ce, conformément à la *Convention*⁸⁴. Or qu'en est-il de la personne qui a déposé sa demande d'asile en attente d'une décision et qui quitte, par exemple, le Canada pour visiter sa famille aux États-Unis? Il n'existe aucune disposition à cet effet ni même de limitation. Cependant, les déplacements internationaux sont souvent retenus contre le demandeur et affectent le bien-fondé de sa crainte. Avec les modifications législatives adoptées en 2012 et 2013, sur la dite réforme au droit des réfugiés, le gouvernement conservateur a accentué les suspicions retenues contre les demandeurs et tous déplacements à l'étranger seront suspects⁸⁵. Cette considération est particulièrement importante lorsque l'on considère le temps de traitement des dossiers de demande d'asile qui, dans le meilleur des cas, varie de deux à trois ans, mais peut prendre jusqu'à cinq années⁸⁶.

La *Convention* reconnaît le statut personnel du statut de réfugié (art. 12). Par exemple, le statut matrimonial devra être reconnu par les autorités canadiennes, sauf en cas de polygamie⁸⁷. Bien que la *Convention* porte sur les réfugiés et que les États ont sciemment séparé juridiquement la personne du réfugié de la personne du demandeur d'asile, il serait absurde de reconnaître les droits seulement en regard des réfugiés et non pas aux demandeurs d'asile⁸⁸. La construction cohérente de l'affirmation du droit des réfugiés en droit national nécessiterait quelques adaptations : pour des raisons pratiques évidentes, par exemple le rapatriement familial ne pourra

⁸⁴ Article 31 de la *LIPR*, et le paragraphe 50(1)c) des *Règlements*.

⁸⁵ Pour le détail des nouvelles mesures adoptées par le gouvernement conservateur en 2012 et en 2013 et les critiques soulevées, voir le troisième chapitre, à la sous-section 3.2.1, au point ii).

⁸⁶ Suite à une demande d'information soumise par la député Mendes (Brossard – La Prairie) auprès du gouvernement, il appert que le temps d'attente avant qu'une demande d'asile soit entendue devant la CISR est passé de 12 mois et demi en 2005 à 17,7 mois en 2009. Voir la question 419 inscrite au Feuilleton no 88 de la Chambre des Communes du gouvernement fédéral, en date du 1 octobre 2009. Cette moyenne d'une année à une année et demi ne comprend pas les délais initiaux de traitement de la demande par CIC, puis la prise de décision de la SPR et l'éventuelle contestation judiciaire devant la Cour fédérale. Le renvoi procède lui aussi en différentes étapes, dont l'entrevue initiale, la possibilité d'un examen bureaucratique avant renvoi et le renvoi en soi. Dans sa dernière mise à jour, le 4 septembre 2013, le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, informe que le délai est de 21 mois. Voir sur le site officiel du ministère, à l'adresse URL suivante : <http://www.cic.gc.ca/francais/information/delais/perm-autre.asp> (dernière consultation le 10 septembre 2013).

⁸⁷ En effet, la polygamie est considérée un acte criminel au Canada, comme une offense aux mœurs des Canadiens et Canadiennes (239 C.cr.). À juste titre, le réfugié se doit de respecter les règles et politiques internes. La polygamie est un motif d'exclusion (par. 36(2) *LIPR*).

⁸⁸ Il est à noter que certains droits sont reliés au statut de réfugié, tels que les titres de voyage (art. 28).

s'effectuer qu'au moment de la reconnaissance du statut de réfugié de l'individu, et ce, après un filtrage de sécurité⁸⁹.

En 1989, le gouvernement canadien s'est conformé à la position de la Cour suprême dans l'arrêt *Singh c. Ministère de la Citoyenneté et de l'immigration* (ci-après « l'affaire *Singh* »). Dans cet arrêt rendu en 1985, la Cour avait exigé que le droit d'être entendu comprenne celui de l'audition, lorsque la crédibilité du demandeur est en jeu, c'est-à-dire dans la majorité des cas. A l'époque, M. Gunther Plaut fut chargé d'examiner le processus afin qu'il soit conforme au droit constitutionnel et au droit international⁹⁰. C'est ainsi que la Commission sur l'immigration et le statut pour le réfugié (ci-après la CISR ou Commission) fut créée permettant aux demandeurs de se faire entendre oralement devant deux commissaires, bien que depuis plusieurs années, il ne s'agisse plus que d'un seul commissaire⁹¹.

ii) La fragilisation du statut de réfugié dans le régime de détermination canadien devant la présence des intérêts sécuritaires

Le contexte historique dans lequel s'inscrit la *Convention* permet de comprendre la préoccupation première envers les réfugiés et le désir de la communauté internationale d'affirmer, dès les premiers efforts internationaux officiels en 1921, le statut juridique des réfugiés dans les pays hôtes⁹². Il fallait rapidement répondre à l'exode des populations persécutées et à leurs besoins. La détermination s'effectuait rapidement au profit d'un grand nombre de civils persécutés. Ce qui n'a pas empêché la poursuite des criminels de guerre et l'étonnant développement des tribunaux pénaux internationaux et du droit international humanitaire dans la deuxième partie du XX^e siècle⁹³.

Les objectifs de la *Convention* sont clairs : préciser, notamment, les normes internationales dans le traitement des réfugiés et établir les principes protégeant les droits des réfugiés dans le domaine du travail (art. 17 à 19 et 24), de l'éducation (art. 22), de l'assistance

⁸⁹ L'article 175 des règlements prévoit un délai de 180 jours pour faire une demande de résidence permanente. Les membres de la famille et les interdictions de territoire sont prévus à l'article 176 des Règlements.

⁹⁰ Sur les conclusions principales du rapport Plaut, voir dans la première partie du troisième chapitre, sous-section 3.1.1.

⁹¹ Voir l'alinéa 171c) de la *LIPR*. Sur la transformation de la détermination du statut de réfugié, voir le troisième chapitre.

⁹² Fridtjof Nansen a défini le statut juridique des réfugiés qui constitua les bases de la *Convention*. Voir HAUT COMMISSARIAT AUX RÉFUGIÉS, *Les réfugiés dans le monde*, Paris, Autrement, 2000, p. 15.

⁹³ Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2006.

publique (art. 23), de la liberté de mouvement (art. 26), de l'accès à la justice (art. 16), de la naturalisation et d'empêcher le refoulement des réfugiés (art. 33).

Cependant, comme il a été souligné plus tôt, la volonté des États occidentaux de contrôler les flux de populations et de protéger leurs frontières contre des intrusions indésirables ont eu raison de l'entraide humanitaire. Ce désir politique s'est reflété dans la *Convention*. En effet, il convient aux États de ne ratifier que le droit de demander l'asile plutôt que de favoriser l'ouverture des frontières, c'est-à-dire de légaliser le droit de quitter son pays et de chercher refuge. Ce que l'on nomme le droit d'asile axiologique aurait pu voir le jour, si une volonté réelle et une compassion à l'égard des victimes de persécution avaient été affirmées⁹⁴. En opposition au droit à la libre circulation, qui définit le droit axiologique, c'est plutôt un droit dérogatoire qui s'est vite imposé par la logique protectionniste des États.

Au Canada, il y a deux façons d'obtenir le statut de réfugié, l'une est de se voir reconnaître le statut à l'extérieur des frontières canadiennes, par exemple, dans un camp de réfugiés avec la collaboration du HCR. La deuxième façon de procéder consiste à obtenir une décision favorable en passant par le système de détermination au Canada (art. 95 et 99 *LIPR*). La demande peut être faite au point d'entrée ou encore, par une personne si elle est déjà au pays, auprès des bureaux du ministère de la Citoyenneté et Immigration Canada, en tant que visiteur ou à l'expiration de son permis de séjour. Ce principe est également applicable dans les cas où la personne est entrée irrégulièrement au pays.

Au point d'entrée, à l'aéroport, au port ou à la frontière terrestre canado-américaine, l'agent d'immigration reçoit la demande et pose des questions préliminaires portant sur les raisons du départ de son pays d'origine du demandeur d'asile. Dès que la personne affirme être à risque de persécution en cas de retour, elle est considérée comme un demandeur de statut de réfugié⁹⁵. Au demandeur qui n'a pas, à proprement parler, le droit d'entrer au Canada en vertu du droit interne, on suspend son inadmissibilité *de facto* pour lui permettre d'entrer. En ce sens, le réfugié bénéficie de la clause de « non refoulement », prévue par la *Convention relative au statut*

⁹⁴ Sur les raisons ayant poussé les États à préconiser un droit dérogatoire, voir Jérôme VALLUY, *Rejet des exilés. Le grand retournement du droit de l'asile*, Broissieux, Éditions Du Croquant, 2009, pp. 92 et ss.

⁹⁵ Précisons que c'est l'individu qui doit exprimer son droit à l'asile. Cette procédure crée des problèmes, puisque les différences culturelles (soient celles associées à l'autorité), juridiques et linguistiques ne permettent pas aux réfugiés de faire valoir leur droit à la première occasion possible, comme le souhaitent tous les États occidentaux. Ce silence au point d'entrée a souvent une incidence négative sur la crédibilité du demandeur devant la Commission.

des réfugiés, et ne peut être puni pour une entrée irrégulière. A la suite de l'étude de son dossier, une décision est rendue par la Commission. Dans le but de trier les demandes, le demandeur doit cependant être reconnu éligible à voir sa demande examinée par cette Commission (par. 101(1) LIPR)⁹⁶. Par souci d'efficacité bureaucratique, la *Loi* prévoit le transfert du dossier à la Commission au plus tard trois jours ouvrables suivant la réception de la demande d'asile (art. 100 LIPR).

De plus, le processus d'éligibilité de la demande de réfugié est discutable, puisqu'il consiste à exclure les demandeurs d'asile, dans un premier temps, par l'étude du passé criminel de l'individu. L'application des motifs de persécution est considéré dans un deuxième temps. Cet inversement de logique, par rapport à l'examen préconisé par l'esprit de la *Convention* et le HCR, semble être justifié par un désir d'efficacité du système. Toutefois, il arrive souvent que les motifs de persécution soient liés à la condamnation d'individus qu'un État cherche à contrôler ou à faire taire les revendications.

Ce qui ressort de l'étude du passé criminel des réfugiés avant même d'avoir entendu leur demande, c'est l'accélération des mécanismes de renvoi et l'étude superficielle des dossiers menant à une moins grande protection. De plus, dans un contexte défavorable aux réfugiés, on peut se questionner sur les effets occasionnés par l'exclusion, d'abord, des demandeurs pour ensuite étudier leur inclusion à la *Convention*. D'ailleurs, le HCR ne préconise-t-il l'analyse par l'inclusion à la définition du statut au moment de la détermination et pour procéder, par la suite, à l'appréciation des motifs d'exclusion⁹⁷ ?

⁹⁶ Les exclusions sont celles de la *Convention* et les exclusions 1F(b) et (c) seront détaillées au quatrième chapitre, à la sous-section 4.1.2. Elles concernent en particulier les crimes de droit commun et le terrorisme. Un long débat sur l'interdiction de faire plusieurs demandes d'asile a lieu et revient souvent à l'agenda. Heureusement, cette exclusion n'a jamais vu le jour. Une grande préoccupation porte sur les pays tiers-sûrs qui empêchent une personne de faire une demande au Canada si elle arrive, par voie terrestre, des États-Unis. Voir le troisième chapitre sur le refoulement des réfugiés par le truchement de l'élargissement des frontières par des ententes bilatérales entre les pays occidentaux, sous-section 3.2.1.

⁹⁷ Dans la détermination de celui ou celle qui est réfugié(e), le Haut-Commissaire aux réfugiés préconise l'analyse des critères d'éligibilité en premier lieu. Les gouvernements pour accélérer la détermination, mais également dans une philosophie répressive, préfèrent analyser les critères d'exclusion et ensuite les critères d'éligibilité. Le problème majeur de cette inversion analytique est la perte de vue de l'histoire globale du demandeur qui, par exemple, peut avoir commis un délit ou pris part à des actes considérés illégaux par un régime communiste ou dictatorial. Pour la détermination selon le HCR voir : www.unhcr.org/refworld/pdfid/435d05384.pdf (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Voir également dans la littérature les articles de Mike KING, « Le contrôle des différences en Europe : l'inclusion et l'exclusion comme logiques sécuritaires et économiques », (2001) 26-27 *Cultures & Conflits* 35-49 et Joseph NIESSEN and R.Z. DE BEIJ, « International Migration, Economic Development and Human Rights, Churches Commission for Migrants in Europe (CCME) », Briefing Paper, No. 18, Brussels, 1994.

La reconnaissance en droit interne du réfugié a forcé une dissociation de principe entre réfugié et demandeur d'asile. Cette séparation et l'absence de définition du demandeur d'asile amènent une confusion dans l'interprétation du concept de réfugié en droit interne. En effet, en droit canadien, il n'existe que la définition du réfugié (art. 96). Selon nous, ce qui fragilise la position du demandeur, c'est le processus de détermination qui doit répondre à des garanties procédurales tout en demeurant efficace. La complexité du processus et le manque de ressources injectées dans la détermination du statut de réfugié posent d'importants problèmes de précarité. Le demandeur est souvent laissé à lui-même. Il se voit confronté à un régime juridique et une culture juridique dont il ignore l'existence et à plus forte raison les spécificités⁹⁸. Tous ces mécanismes jouent en défaveur du réfugié.

Sous-section 0.1.2 La transposition de la personne du réfugié en la figure du demandeur d'asile en droit national : caractérisation du « faux » réfugié induite par les gouvernements

La *Convention* a été créée, comme il a été exposé précédemment, dans le but de combler l'absence de protection des États envers des groupes ciblés. Dans le cas du réfugié, son rapport avec l'État d'origine est miné par l'absence de protection, du fait que l'État lui-même persécute un groupe, ou encore, du fait qu'il soit incapable de protéger ses ressortissants contre des actions persécutrices d'agents non-étatiques⁹⁹. Le réfugié doit donc s'exiler pour se réclamer d'une protection dite auxiliaire auprès d'un autre État. La *Convention* prescrit les droits desquels peuvent se prévaloir les réfugiés envers un pays hôte. Elle fixe de nouvelles obligations en droit international à l'égard des États signataires, dont le Canada, et impose aux pays d'asile un devoir de protection et d'assistance des réfugiés. À l'article 33, elle contraint également les États à ne

⁹⁸ Il est de croyance populaire que les étrangers connaissent la protection offerte par le Canada aux personnes persécutées. Certes les personnes venant de l'extérieur du pays auront entendu parler d'un système humanitaire, grâce à la technologie et aux communications toujours plus performantes, mais peu d'entre eux et elles ont des informations exactes et précises de la constitution du régime de protection des réfugiés. La complexification des mesures coercitives et de la détermination brouille également les informations concernant la détermination du statut de réfugié.

⁹⁹ Sur les agents non étatiques, voir l'abondante jurisprudence de la Commission de l'immigration et du statut pour les réfugiés, dans les références juridiques de la Commission voir sur la jurisprudence de la définition de réfugié au sens de la Convention au chapitre 6 sur la Protection de l'État, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.irb-cisr.gc.ca/fra/brdcom/references/legjur/Pages/Def2010Chap06.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

pas refouler, par la force, une personne qui craint avec raison d'être persécutée, sauf si le réfugié menace la sécurité nationale¹⁰⁰.

La *Convention* fut également mise sur pied pour favoriser l'accueil et l'intégration des réfugiés dans les pays tiers, comme l'indique le préambule qui porte sur les idéaux de ce traité, dont la solidarité internationale, la reconnaissance des droits fondamentaux pour les réfugiés (ce qui inclut les demandeurs d'asile) et la reconnaissance du « caractère social et humanitaire du problème des réfugiés »¹⁰¹. Les États, en ratifiant la *Convention* et son *Protocole*, reconnaissent l'existence de victimes d'actes de persécution et s'engagent à les recevoir sur leur territoire. L'établissement d'un statut juridique des réfugiés légitime ainsi la présence des personnes qui revendiquent le statut de réfugié, sur un territoire étranger.

Pour une analyse plus poussée de cette problématique, il faudrait explorer les possibilités et les paramètres théoriques de la personnalité juridique. Cette analyse nécessiterait de définir le sujet de droit comme une personne titulaire de droits et d'obligations, et ce, dans ses dimensions personnelles et humaines¹⁰². Il faut retenir pour les fins de cette recherche que le passage du droit international au droit interne, tel que détaillé précédemment, pose un défi de dosage entre le contrôle d'un État sur la mise en œuvre de la *Convention* dictée par les intérêts étatiques et la protection réelle et effective des réfugiés et des demandeurs d'asile.

Il existe des droits reconnus aux réfugiés. Le concept de demandeur d'asile est né de la procédure interne des États dans le traitement des demandes. Il y a toutefois peu de droits directement reconnus aux demandeurs d'asile en droit canadien et la notion de demandeurs d'asile n'existe pas en droit international¹⁰³. Toutefois, selon le droit international, la condition du statut de réfugié ne dépend pas de sa reconnaissance par le droit national. Très souvent, il faut déduire les droits pour les réfugiés à travers le statut de l'étranger. L'absence de droits

¹⁰⁰ Le concept de sécurité nationale sera exposée au premier chapitre et l'exception prévue par la *Convention* sera étudiée à travers les exclusions prévues à l'article 1F de la *Convention*, en particulier sur le terrorisme, au quatrième chapitre, à la sous-section 4.1.2.

¹⁰¹ Voir le préambule de la *Convention*.

¹⁰² Jean RIVERO, « Le domaine de la loi et du règlement. L'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958. Bilan et perspectives », dans Rapport de synthèse du colloque organisé par la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille les 2 et 3 décembre 1977, P.U.A.M., 1978 (repris dans *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, P.U.A.M. Economica, 1984.).

¹⁰³ Au Canada, en vertu de la *LIPR*, le demandeur d'asile possède une existence juridique en ce sens qu'il est prévu le processus de revendication auprès du gouvernement afin que sa demande y soit étudiée et que son statut soit reconnu (articles 99 et suivants de la *LIPR*). Ce sont toutefois les lois provinciales et autres lois fédérales (comme, par exemple, le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 qui octroient les droits, services et obligations à respecter pour cette catégorie de personnes.

spécifiquement attribués au réfugié en tant que demandeur d'asile, dans le droit canadien, ajoute à la confusion entre réfugié et étranger. Par exemple, un demandeur d'asile demeurant au Québec a des droits en vertu de son statut de résident québécois. Le demandeur d'asile bénéficie également de certains droits et privilèges accordés aux étrangers, tel que l'accès aux services de santé en cas d'urgence. Les droits, qui sont reconnus en tant que résident et en tant qu'étranger, s'apparentent à une protection minimale.

i) La déresponsabilisation des États envers les réfugiés à travers l'absence d'un statut juridique formel du demandeur d'asile

Le problème dans la qualification ou la personnification d'un sujet de droit, comme le demandeur d'asile, réside dans la difficulté de définir ce qu'il représente aux yeux de l'État et du droit. Par ailleurs, la rencontre du droit international et du droit national complexifie la compréhension du phénomène du demandeur d'asile, puisqu'elle ouvre la voie à des failles, pénalisant les demandeurs du statut de réfugié surtout dans une conjoncture où l'étranger est mal perçu et où la sécurité brouille le regard de celui qui protège¹⁰⁴. Le point de convergence entre les deux droits accentue la tension entre les intérêts étatiques et les droits fondamentaux, dans la mesure où les intérêts des États s'opposent parfois au droit des réfugiés et l'emportent quasiment toujours sur celui-ci, et ce, même devant les tribunaux¹⁰⁵.

Par conséquent, la distinction entre « réfugié » et « demandeur » revêt toute son importance pour les pays hôtes, puisque c'est à eux que reviennent la responsabilité de protéger et d'assister les réfugiés. Cette interprétation du droit des réfugiés ne génère pas en soi d'obligations pour les États qui profitent souvent de cette vulnérabilité et, ainsi, participent à la précarisation des réfugiés. Cette distinction juridique permet également aux États de gérer les

¹⁰⁴ Voir Didier BIGO, « Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par l'inquiétude ? », dans *Cultures & Conflits*, 31-32, 1998, pp. 13-38. Nous reviendrons plus tard sur cette perception, voir la deuxième partie de cette introduction. Voir également le phénomène de pénalisation et d'incrimination des migrants développé et critiqué chez les auteurs suivants : Didier BIGO, *Polices en réseaux, l'expérience européenne*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des sciences politiques, 1996; Jef HUYSMANS, "The European Union and the securitization of migration", (2000) 38 *JCMS* 751-777; Anastassia TSOUKALA, "Looking at migrants as enemies", dans Didier BIGO et Elspeth GUILD (éd.), *Controlling frontiers. Free movement into and within Europe, Aldershot, Ashgate, 2005*; Andrew GEDDES, *Immigration and European integration. Towards fortress Europe?*, Manchester, Manchester University Press, 2000; Ole WAEVER, Barry BUZAN, Morten KELSTRUP, Pierre LEMAITRE, *Migration and the new security agenda in Europe*, Londres, Pinter, 1993; et plus spécifiquement le lien avec les réfugiés voir Sandra LAVENEX, *The Europeanisation of refugee policies: between human rights and internal security*, Burlington, Ashgate, 2001.

¹⁰⁵ L'exemple le plus éclatant est le cas de *Suresh c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3 analysé au quatrième chapitre, voir la sous-section 4.2.2.

demandeurs d'asile comme on gère n'importe quel étranger, sauf en matière d'expulsion. Plus encore, devant la nécessité de trouver refuge et l'accroissement des mouvements migratoires, les gouvernements occidentaux n'hésitent pas à prolonger leurs frontières et à bloquer préalablement l'accès à leur territoire aux demandeurs dans les aéroports de transit les plus fréquentés. Par conséquent, les États se déresponsabilisent de leur obligation de protéger les réfugiés.

Si l'on compare ce régime à celui d'un visiteur, nous constatons que les deux sont identiques à quelques différences près au niveau de la couverture médicale et sociale : le visiteur doit se procurer une couverture privée avant de venir au Canada et doit obtenir au préalable les autorisations nécessaires s'il veut étudier dans un programme d'une durée de six mois ou pour travailler. En soi, le Canada ne fait que répondre à l'article 7.1 de la *Convention* qui oblige les États à offrir le même statut que celui prodigué aux étrangers, c'est-à-dire aux visiteurs.

Le cadre normatif du visiteur est clairement indiqué dans la *Loi* alors que celui du demandeur d'asile butine ici et là dans les lois provinciales et fédérales¹⁰⁶. Toutefois, ce qui provoque des réactions auprès de la population canadienne, c'est l'existence des droits sociaux accordés à des gens qui ne sont pas encore reconnus « réfugiés », donc qui résident « illégalement » au Canada. Ces demandeurs d'asile deviennent, dans l'imaginaire populaire, des gens qui profitent de la générosité du système sans même y avoir contribué financièrement et qui occupent des emplois que des citoyens pourraient avoir. Cette fausse vision du réfugié n'est pas redressée ni par les médias ni par les politiciens.

Au contraire, la personnification du réfugié est alimentée et manipulée à un tel point que nous nous permettons aujourd'hui d'associer, sans scrupule, terreur et étranger, mensonge et réfugiés. Il est souvent entendu que le « vrai » réfugié n'a pas les moyens de se rendre dans un pays étranger autre qu'un pays limitrophe. Une structure imprécise autour de la personnalité juridique du demandeur d'asile laisse flotter une confusion et alimente une fausse perception du demandeur du statut de réfugié. À moins que cette imprécision soit maintenue à dessein¹⁰⁷...

Bref, on peut affirmer, qu'au Canada qu'il n'existe pas de principe conducteur du moment où la personne se réclame de la protection, jusqu'à la décision prise sur le statut de réfugié de la

¹⁰⁶ Le résident temporaire recoupe la notion du visiteur qui possède les droits d'un étranger en visite, sans droit d'étude, sans permis de travail, avec des assurances médicales déjà pré-arrangées et avec l'obligation de repartir dans un délai imparti par la loi (article 29 de la *LIPR*).

¹⁰⁷ Voir Didier BIGO, « Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par l'inquiétude ? », (1998) 31 *Cultures & Conflits* 13-38.

personne. La conceptualisation équivoque des demandeurs d'asile pose, à notre avis, une difficulté majeure dans l'appropriation du droit des demandeurs d'asile et à la compréhension de leur réalité au moment de leur arrivée et au cours de leur séjour qui précède la détermination de leur statut.

De plus, à l'intérieur même du processus décisionnel, le demandeur d'asile ne semble pas être à l'abri des préjugés construits par l'image négative, voire menaçante, de l'étranger¹⁰⁸. Ainsi, comme il a déjà été souligné, le demandeur n'obtiendra le statut de réfugié qu'au moment où les autorités compétentes détermineront sa qualité de réfugié. L'octroi du statut juridique de réfugié confirme de fait que la personne a quitté son pays pour fuir une situation de persécution, dans une décision que l'on pourrait qualifier de déclaratoire¹⁰⁹. Toutefois, le temps passé entre l'instant où la personne fait sa demande d'asile et le jour où est rendue la décision finale pose une question légitime sur le sort réservé au demandeur puisque le délai d'attente peut aller jusqu'à 5 ans¹¹⁰.

Il est généralement reproché, aux systèmes d'immigration des pays occidentaux, la lenteur dans le traitement des demandes de visa et d'asile. S'il est vrai que les systèmes de détermination du statut de réfugié, en Europe et aux États-Unis, requièrent en moyenne six mois, le Canada prend quant à lui deux années pour accorder ou refuser une demande d'asile¹¹¹. Ce délai porte seulement sur la revendication de la Commission et ne comprend pas les délais administratifs du

¹⁰⁸ Voir CRÉPEAU, François, Patricia FOXEN, France HOULE et Cécile ROUSSEAU, « Analyse multidisciplinaire du processus décisionnel de la CISR », (2001) 19(4) *Refuge: Canada's Periodical on Refugees* 62-75.

¹⁰⁹ Il arrive aussi que le revendicateur se trouve dans une situation qui fait naître une crainte alors qu'il est à l'extérieur de son pays d'origine. Il s'agit du réfugié sur place. L'exemple classique est celui du coup d'État, d'un renversement de gouvernement ou du déclenchement d'un conflit armé.

¹¹⁰ Un contrôle judiciaire est possible (art. 72 *LIPR*) et un examen des risques de retour avant renvoi aura lieu, à condition que le demandeur d'asile ait de nouveaux éléments de preuve (art. 112 et 113 *LIPR*). Entre 2002 et 2006, le taux moyen d'acceptation était de 2,7% (voir Annexe B). Ces statistiques datent puisque la dernière vérification du programme fut effectuée en février 2008. Voir l'Évaluation formative du Programme d'examen des risques avant renvoi, disponible sur le site officiel du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, à l'adresse URL suivante : <http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/evaluation/pera/index.asp> (dernière consultation, le 10 septembre 2013). Le taux de succès de l'examen des risques avant renvoi étant minime (moins de 3% de taux de succès), la recherche ne s'attardera pas dans les détails à ce type de protection. Précisons seulement que cet examen répond à une préoccupation soulevée par la Cour suprême dans l'affaire *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. En 1998, la Cour s'inquiétait des longs délais entre la décision de la Commission et le renvoi effectif de l'individu et a indiqué ses doutes sur la constitutionnalité du processus en *obiter*.

¹¹¹ Voir la mise à jour constante au sujet du délai de traitement des demandes, sur le site officiel du ministère de l'Immigration et de la Citoyenneté, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.cic.gc.ca/francais/information/delais/perm-autre.asp> (dernière consultation, le 16 septembre 2013) En date du 7 septembre 2013, les demandes reçues au 14 septembre 2012 sont au stade de l'évaluation initiale, alors que pour une décision finale, il faut ajouter 10 mois. Le traitement des demandes humanitaires prend quant à lui entre 30 et 42 mois, soit plus de trois ans.

ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration ou ceux du ministère de la Protection et Sécurité publique, ni même les délais judiciaires, le cas échéant. Ces chiffres reflètent toute la complexité de l'appareil décisionnel où de nombreux acteurs sont mis en cause par le processus de détermination.

L'engorgement du système et les longs délais accentuent la vulnérabilité des demandeurs d'asile, puisque leur insertion est retardée ou, dans le cas contraire, leur renvoi, ce qui pose des problèmes inverses : des individus déjà intégrés à la société doivent partir laissant parfois derrière eux époux et enfants. À notre avis, ces délais et la rétrogradation des droits des demandeurs d'asile dans la détermination de leur statut de réfugié (dont la réforme récente sur les réfugiés, qui sera expliquée dans le troisième chapitre) nous font conclure à un traitement indigne ou pour le moins à une approche indésirable envers cette catégorie de personnes. Le Canada aurait pourtant intérêt à permettre une intégration aux demandeurs d'asile déboutés, sans passé criminel, par une régularisation de leur dossier sur une base humanitaire, surtout dans les cas de séjours prolongés au Canada de trois à cinq ans.

De plus, avec les années, on constate que le processus de détermination se complexifie, que les délais augmentent et que peu d'améliorations ont été apportées afin d'améliorer la condition des demandeurs d'asile. Très certainement l'année 1989 marque un avancement considérable avec la mise sur pied de la Commission de l'Immigration et du Statut de réfugié. Cependant, là aussi de nouveaux problèmes sont survenus, et persistent encore aujourd'hui, telles les politiques internes sur la procédure à suivre ou encore la culture négative des commissaires¹¹². Des délais considérables avant une décision finale sur le statut de réfugié du demandeur d'asile occasionnent une instabilité additionnelle à des gens qui ont déjà traversé dans la plupart des situations troublantes, difficiles et humiliantes. L'ensemble de ces facteurs met en cause la dignité des réfugiés par une attente, dans des conditions souvent incertaines, d'une décision déterminante pour le futur de ces personnes.

Contrairement aux organisations internationales œuvrant dans le domaine des réfugiés, les États doivent répondre à une multitude de nécessités et font des choix qui favorisent rarement le

¹¹² Par culture négative, nous entendons un contexte qui encourage le préjugé contre les demandeurs par des procédures qui ressemblent plus à un interrogatoire visant à coincer le réfugié plutôt qu'à lui permettre d'étayer son récit et de renforcer sa crédibilité par l'ajout d'information qui étoffe sa demande. Le troisième chapitre reviendra sur la construction administrative qui défavorise les réfugiés au moment de leur demande d'asile, voir en particulier la sous-section 3.1.2.

sort des demandeurs d'asile. Le point de rupture survient lorsque les intérêts étatiques contraires aux besoins des personnes à protéger l'emportent sur la protection de ces dernières. Cette discussion se situe au cœur des préoccupations de la présente recherche et fera l'objet d'une analyse plus détaillée à travers le choix du cadre théorique et des dossiers judiciaires sous étude dans le quatrième chapitre.

ii) Vers l'imposition de plus en plus grande de mesures coercitives envers les réfugiés

Le caractère « faible » de la personnalité du réfugié en droit international et en droit national se traduit par une confusion politique et juridique entre l'étranger et le demandeur d'asile. Les droits octroyés au demandeur d'asile y sont décrits à travers le système général de droits offerts aux visiteurs à une exception près, voulu par les États, et dont le résultat pratique est loin de l'idée de l'accueil que l'on pourrait imaginer. La logique même du système d'immigration retient contre le demandeur une présomption négative à son égard, et pourtant, qui dit demandeur d'asile dit réfugié potentiel et non pas un risque potentiel à la sécurité de la population, comme semblent l'indiquer les politiques publiques¹¹³.

C'est une erreur de concevoir l'accueil du réfugié ou du demandeur d'asile en terme négatif, c'est-à-dire comme si le demandeur d'asile jouissait que de la seule protection de ne pas être refoulé dans son pays d'origine du seul fait qu'il représente un réfugié « potentiel » (art. 33 de la *Convention* et art. 115 de la *Loi*). En effet, le réfugié qui demande l'asile ne réside pas « illégalement » au Canada, puisque le demandeur de statut de réfugié ne peut être expulsé du Canada jusqu'à ce que son statut soit déterminé. Pourtant, la *Loi* prévoit une suspension temporaire de l'interdiction de séjour du demandeur, jusqu'à ce que qu'une décision sur sa qualité de réfugié soit prise (alinéa 49(2) *LIPR*). Cette autorisation de demeurer au Canada est insuffisante pour définir ou encadrer le statut juridique du réfugié et ainsi clarifier la place qu'occupe le demandeur d'asile dans le droit canadien¹¹⁴.

Tel que précisé précédemment, les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral permettent et facilitent également l'accès aux services de santé et à l'éducation¹¹⁵. Les diverses interprétations politiques et judiciaires mènent à certaines incongruités et posent des problèmes pratiques en immigration. Par exemple, l'inadmissibilité d'une personne empêche l'accès à des

¹¹³ Le faux réfugié est souvent perçu comme un menteur et un abuseur de système, s'il provient du Moyen-Orient, il peut également représenter *a priori* une menace à la sécurité. Voir, entre autres, Cécile ROUSSEAU and Patricia FOXEN, « Le mythe du réfugié menteur : un mensonge indispensable ? The social usefulness of the lying refugee », (2006) 71(3) *L'Evolution psychiatrique* 505-520.

¹¹⁴ Le Canada offre en effet certains droits et privilèges aux demandeurs qui sont prévus par différentes lois et répondent aux besoins primaires de ces derniers. Plusieurs se rallieront à cette position, mais devant la force de l'État et du sentiment xénophobe croissant de la population, la vulnérabilité des réfugiés s'accroît, une situation à laquelle le droit peut offrir une protection supplémentaire dans sa nomenclature.

¹¹⁵ Pour le permis d'étude, les dispositions suivantes s'appliquent : le paragraphe 30(2) de la *Loi*, *supra* note 23, pour l'enfant mineur et pour l'adulte qui fait l'objet d'une mesure de renvoi qui ne peut-être exécutée (alinéa 215d) des *Règlements*), ce qui est le cas des revendicateurs. Dans le cadre d'un permis de travail se sont les articles 199f) et 206 des *Règlements*.

programmes fédéraux¹¹⁶. Or le demandeur d'asile est considéré par la *Loi* comme une personne inadmissible, pour laquelle l'interdiction de territoire est suspendue le temps de décider de la qualité de réfugié du demandeur d'asile¹¹⁷.

À notre avis, cette ambivalence sert l'État, puisqu'elle permet une interprétation large de celui qui n'est pas réfugié et encourage l'adoption de mesures répressives à l'encontre des étrangers, sans que l'État ne soit contraint à une longue justification. Bref, c'est la mise en œuvre des droits des réfugiés par les gouvernements qui nuit à la reconnaissance des droits fondamentaux. Le droit international est clair quant au droit des réfugiés, mais le fait de distinguer le réfugié du demandeur d'asile, en droit interne, affaiblit la reconnaissance juridique des réfugiés et réduit à quelques droits épars le statut du demandeur d'asile. En effet, l'ambiguïté sur la place des demandeurs d'asile en droit canadien affaiblit la qualité juridique de ces derniers et encourage bien souvent le discours xénophobe et criminalisant sur l'ensemble des étrangers.

Un deuxième facteur vient fragiliser la position du réfugié devant l'État. En effet, la représentativité politique inexistante participe également à la vulnérabilité du statut de réfugié. Enfin, le rôle crucial des gouvernements dans la valorisation des droits et de la reconnaissance politique des réfugiés rencontre un obstacle majeur dans la caractérisation du faux réfugié à travers les discours politiques et médiatiques.

Tous les réfugiés ne sont pas des Rebiya Kadeer, une Ouïghour maintenant exilée aux États-Unis, dont le parcours spectaculaire fait d'elle l'une des voix les plus connues de cette minorité musulmane du Turkestan occidental en Chine¹¹⁸. Il convient de s'éloigner de toute discrimination entre le réfugié « propre » et celui dont le chemin vers la liberté est rempli d'embûches et frôle très souvent avec les réseaux criminels, que ce soit les cercles de prostitution ou le trafic d'êtres humains. Il faut préciser que le système de réfugiés au Canada est le seul

¹¹⁶ Il s'agit principalement du programme des prêts aux immigrants disponibles aux demandeurs, sous certaines conditions et du programme fédéral de santé intérimaire disponible jusqu'à ce que la province ou le territoire de résidence admette en son régime le demandeur. Une autorisation d'emploi peut-être fournie seulement si le demandeur est incapable de subsister sans assistance publique. Les enfants mineurs ont automatiquement le droit d'étudier, pour les adultes une autorisation doit être émise.

¹¹⁷ L'article 49 de la *Loi* prévoit la prise d'effet d'une mesure de renvoi. L'exécution de la mesure de renvoi est « conditionnelle » dans le cas des demandeurs d'asile dont la demande est jugée recevable par l'agent d'immigration (al. 49(2) et 101(1) de la *Loi*). Les règlements qualifient la nature du renvoi selon les cas, c'est-à-dire les interdictions de territoire (par. 228(3) règlements) ou les interdictions de séjour (par. 229(2) règlements). Le sursis de renvoi s'applique également à la demande de contrôle judiciaire (art. 231 règlements). Dans le cas d'une demande d'examen avant renvoi, le sursis de renvoi est accordé si le demandeur fait l'objet d'une première demande (art. 232 règlements).

¹¹⁸ Voir le site officiel du mouvement World Uyghur Congress : www.uyghurcongress.org/en (consulté le 16 septembre 2013).

processus de nature humanitaire disponible. En effet, il n'existe aucun autre programme humanitaire permettant l'intégration des migrants irréguliers à une autre vie¹¹⁹.

En somme, les droits conférés aux réfugiés s'apparentent à une protection minimale, mais le corpus juridique est fractionné et n'entend pas lier les deux personnalités que sont le demandeur d'asile et le réfugié. La loi canadienne sur l'immigration ne traite que de l'obtention du statut et place le demandeur en position de *limbo*, lequel est a priori considéré inadmissible, et se rattache avant tout à la notion d'étranger. L'identité (ou la conceptualisation) incertaine des demandeurs d'asile pose une difficulté dans l'appropriation du droit des réfugiés.

L'inaction étatique dans ce domaine force, bien sûr, le questionnement sur la volonté de l'État d'offrir une protection directe et complète aux réfugiés et aux demandeurs d'asile. Ce qui n'est pas sans faire écho au compromis politique initial de la *Convention*. Sans se lancer dans une analyse sociopolitique, le traitement des demandeurs du statut de réfugié éclaire, certainement, sur le sort et la place qu'ils occupent réellement dans la société. Si l'on ajoute à cet argument, la prédisposition dans laquelle fut adoptée la *Convention*, et la stratégie de contrôle des États, nous ne pouvons être réellement surpris d'un tel cadre juridique, ainsi que de certains dérapages, comme le cas de M'Barek.

Il va sans dire que la perception des réfugiés influe sur la condition juridique des demandeurs d'asile et ce, même chez les décideurs, soit principalement les commissaires et les fonctionnaires impliqués dans le processus décisionnel. La construction de l'image du réfugié comme une menace pesant sur la sécurité identitaire, culturelle et physique des pays occidentaux occupera l'essentiel de l'argumentaire de la prochaine sous-section, en plus d'insister sur les mécanismes d'éloignement des réfugiés en dehors des nouvelles frontières dessinées par les conventions multilatérales.

Cette réflexion instruit sur le traitement négatif réservé aux dossiers des réfugiés et, de façon plus importante encore, sur la réelle volonté politique des États à se déresponsabiliser des réfugiés. En effet, il est plus facile de se défaire des demandeurs que des réfugiés. Il n'en

¹¹⁹ Il existe le programme de compassion humanitaire, mais les taux d'acceptation sont si faibles qu'il ne parvient pas à offrir une réponse réelle à la détresse de personnes qui ne souffrent pas de persécution, mais qui sont forcées de fuir des situations intolérables. Par exemple, les catastrophes naturelles provoquent le déplacement interne et international des populations, comme le séisme en Haïti ou les inondations en Asie. Le troisième chapitre soulignera l'essor, dans les années 80, du droit de l'immigration au Canada qui adopta une vision à long terme et entreprit de répondre à certains besoins humanitaires qui dépassent la portée de la *Convention relative au statut pour les réfugiés*. Voir au troisième chapitre, la sous-section 3.1.2.

demeure pas moins que la préoccupation des États d'assurer la protection de ses habitants et de son territoire contre des attentats, comme l'affaire *Air India* ou le 11 septembre 2001, est légitime. Les moyens qui sont pris et l'instrumentalisation du réfugié comme menace potentielle sont quant à eux discutables et méritent la concertation des acteurs pour prévenir les abus.

La prochaine section expose les choix méthodologiques et théoriques de la recherche en fonction de l'objet étudié, soit le traitement juridique inégal des réfugiés, à travers l'analyse de deux décisions judiciaires rapportant des enjeux sécuritaires. Plus particulièrement, ces décisions sont liées à des événements qui relatent la lutte contre le terrorisme et sa condamnation.

Section 0.2 La position des tribunaux entre la protection des réfugiés arrivant de l'étranger et l'affirmation du pouvoir exécutif en matière de défense territoriale contre les criminels étrangers

Il a été exprimé, plus haut, la possible confrontation des vulnérabilités des populations persécutées et celles des communautés d'accueil. D'une part, les réfugiés vivent une situation traumatisante et sont forcés de quitter leur pays d'origine pour faire cesser la persécution qu'ils subissent. D'autre part, les sociétés hôtes ont du mal à accueillir les réfugiés à cause de leur crainte, parfois légitime, des étrangers représentant un danger pour leur sécurité physique et territoriale. De la confusion entre réfugié et menace, s'en suit un déplacement des valeurs à protéger en faveur de la société hôte. L'interprétation des droits fondamentaux des réfugiés souffre, par conséquent, d'une prédominance des intérêts étatiques. La construction du discours politique sur la menace venant de l'étranger constitue une stratégie de persuasion impliquant la sécurité physique et psychologique de la communauté hôte. Malheureusement les événements du 11 septembre sont venus exacerber cette fibre émotionnelle et ont donné cours à une justification, souvent irrationnelle, de mesures coercitives envers les réfugiés.

L'État use de stratégies diverses pour éloigner le plus possible l'étranger de ses frontières: imposition de visas, accords entre professionnels de sécurité des pays occidentaux, mise en place d'une politique de lutte contre la migration irrégulière au sein de l'Union européenne, etc.¹²⁰ Ce

¹²⁰ Action commune 98/244/JAI, du 19 mars 1998, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne instaurant un programme de formation, d'échanges et de coopération dans les domaines de l'asile, de l'immigration et du franchissement des frontières extérieures (programme Odysseus) - (1998-2002), JO L 99, 31.3.1998. Sur les mesures de contrôles en Europe, voir également les auteurs suivants qui traitent des conséquences de ces mesures sur les migrants et les réfugiés : François CRÉPEAU, *Droit d'asile: De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruyant, 1995; Didier BIGO, *Polices en réseaux, l'expérience européenne*, Paris, Presses de la Fondation

sont là des stratégies de refoulement dont les débordements ont affecté les réfugiés et elles se sont concrétisées, en termes juridiques, par une interprétation obtuse du droit des réfugiés. En adoptant un protectionnisme à outrance, l'État tente de favoriser, veut-il nous le faire croire, l'accès à la richesse de ses habitants. Or, il s'agit là plutôt d'une tentative maladroite de préserver les intérêts qui le maintiennent au pouvoir; une question politique fort actuelle, qui a fait couler beaucoup d'encre, mais qui dépasse le cadre de cette thèse¹²¹.

Cette opposition entre l'État et les réfugiés s'exprime dans les décisions judiciaires rendues par le plus haut tribunal canadien, en particulier dans les affaires *Singh* et *Suresh*. Premièrement, l'affaire *Singh*, décidée en 1985, au lendemain pratiquement de l'adoption de la *Charte* reconnaît à toute personne se trouvant au Canada le droit à la vie et à la sécurité (première sous-section). Cette décision favorise la défense des droits des réfugiés et l'affirmation des valeurs humanitaires. Deuxièmement, l'affaire *Suresh*, rendue quelques mois après le 11 septembre 2001, a plutôt encouragé la sécurité territoriale en admettant le renvoi vers la torture des réfugiés dans des cas exceptionnels (deuxième sous-section). La comparaison historique de ces deux affaires répond aux préoccupations soulevées par cette recherche, soit la tension entre l'État et les réfugiés¹²².

Avant de détailler la problématique, l'hypothèse et le cadre théorique de notre analyse, il est important de décrire d'abord les affaires *Singh* et *Suresh* qui seront longuement analysées aux troisième et quatrième chapitres. Sans entrer dans le détail de ces affaires judiciaires, cette section vise à justifier le choix de ces deux décisions et à clarifier notre méthodologie de recherche. Ces deux décisions font également ressortir deux postures différentes de la Cour, soit l'intervention judiciaire afin de préserver le droit à la vie et à la sécurité des réfugiés (*Singh*), soit la retenue judiciaire qui favorise la prérogative de l'État en matière de sécurité et qui justifie la restriction des droits fondamentaux (*Suresh*). La comparaison de ces deux postures à des époques différentes, soit après l'adoption de la *Charte* en 1982 et après les événements du 11 septembre

Nationale des sciences politiques, 1996 et Andrew GEDDES, *The politics of migration and immigration in Europe*, London, Sage Publications, 2003.

¹²¹ Pour un approfondissement sur le sujet, consulter Jürgen HABERMAS, *Écrits politiques. Culture, droit, histoire*, Paris, Flammarion, 1990 et Hannah ARENDT, *La condition de l'homme moderne*, Paris, Calmann-Levy, 1983.

¹²² Pour une analyse historique de la place du réfugié en droit international et son rôle dans les relations internationales voir Emma HADDAD, *The refugee in international society. Between sovereigns*, New York, Cambridge University Press, 2008.

2001, offre des perspectives d'analyse intéressantes et un terreau fertile pour la discussion sur la sécurité, le terrorisme et le maintien des droits fondamentaux.

Sous-section 0.2.1 L'affaire Singh (1985) et la reconnaissance du droit à la vie et à la sécurité à toute personne se trouvant au Canada (interventionnisme)

Dans une décision unanime, le tribunal constitutionnel a jugé en 1985, que la protection effective des réfugiés se traduit par l'octroi du droit à la vie et du droit à la sécurité des demandeurs d'asile¹²³. Ce jugement fut fatal au processus décisionnel purement administratif de l'ancien ministère de l'Immigration et de l'Emploi prévu dans la loi sur l'immigration de 1976. L'affaire *Singh* dénote un activisme judiciaire, en ce que la Cour n'a pas hésité à intervenir pour dénoncer un processus qui ne permettait pas d'évaluer objectivement et équitablement la demande d'un réfugié. Cette décision s'inscrit dans le courant de l'interventionnisme judiciaire, préconisée par la théorie du fondement légitime du Pr. Luc B. Tremblay, qui sera examinée en profondeur dans le premier chapitre¹²⁴.

La trame factuelle concernant les appelants dans l'affaire *Singh* est très succincte puisque son incidence avait peu d'importance sur la contestation des procédures. En effet, les sept appelants critiquaient la procédure en place parce qu'ils n'eurent pas la possibilité de répondre aux objections du décideur final. L'absence d'une audition devant le décideur était également mise en cause par l'appel. Le deuxième chapitre décrit en détails le passé des appelants jusqu'à leur demande d'asile au Canada¹²⁵. Sommairement résumé : six des sept appelants sont d'origine sikh et avaient participé plus ou moins activement au mouvement séparatiste du parti Akali Dal dans les années 70¹²⁶.

Il est important de souligner que, malgré l'implication directe de certains des appelants auprès de l'Akali Dal, en aucun cas les autorités canadiennes semblent avoir soulevé un risque de sécurité. La radicalisation de certains groupuscules dans la défense de la création d'un État

¹²³ L'article 7 de la *Charte* comprend également le droit à la liberté. En droit de l'immigration, ce droit à la liberté réfère à la détention préventive et temporaire des migrants. Les nouvelles dispositions législatives concernant la pénalisation des groupes de réfugiés et leur détention pose un problème sérieux sur l'interprétation de leurs droits au regard de la *Charte*. Cette analyse fort pertinente ne fera toutefois pas l'objet de critique dans le cadre de la recherche.

¹²⁴ Pour plus de détails sur les fondements politiques de la théorie du Pr. Tremblay, voir le premier chapitre, à la sous-section 1.2.2. Voir Luc B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement légitime » (2002) 47 *R.D. McGill* 271-343.

¹²⁵ Voir le deuxième chapitre, en particulier la première sous-section 2.1.1.

¹²⁶ Le septième appelant, Mme Indriani, est d'origine indienne et vivait en Guyane, voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.1.1.

indépendant sikh en Inde sera détaillée au deuxième chapitre¹²⁷. Il suffit de rappeler, ici, la tragédie du vol *Air India* en 1982 pour illustrer le décalage entre les enjeux sécuritaires canadiens dans les années 80 et ceux qui marquèrent définitivement l'imaginaire populaire en 2001.

En effet, depuis la décision *Singh*, les demandeurs possèdent le droit d'être entendus en vertu des règles de la justice naturelle de l'article 7 de la *Charte*, puisqu'ils ont droit à la vie, à la liberté et à la sécurité. La question était de savoir si les demandeurs d'asile avaient le droit à une audition devant le décideur ultime. La Cour suprême a jugé que la procédure d'immigration n'offrait pas la possibilité d'être entendu. Cette impossibilité enfreignait les principes de justice naturelle, c'est-à-dire les garanties judiciaires qu'offre la *Charte* lorsque le droit à la vie, la sécurité et la liberté sont en jeu.

La Cour a dû se poser une autre question avant de conclure en faveur des appelants. Elle devait déterminer s'il était raisonnable pour le gouvernement d'enfreindre ainsi un droit fondamental en vertu de l'article premier de la *Charte*. C'est là un exercice difficile et délicat pour la Cour qui doit trouver un juste équilibre entre les intérêts étatiques et les intérêts des individus concernés par la mesure gouvernementale. Dans l'affaire *Singh*, la Cour est consciente des enjeux de cet exercice et déplore le manque d'argument offert par les parties à ce sujet (*Singh*, par. 65 à 74). La norme choisie par la Cour fut celle du caractère raisonnable de la mesure des droits fondamentaux qu'elle prive:

“Une ou deux observations s'imposent au sujet de l'art. 1. Il est important, me semble-t-il, de garder à l'esprit que les droits et libertés énoncés dans la *Charte* sont des éléments essentiels de la structure politique du Canada et qu'ils sont garantis par la *Charte* en tant que partie de la loi suprême de notre pays. Je pense qu'en déterminant si une limite donnée constitue une limite raisonnable prescrite par la loi et "dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique", il est important de se rappeler que les tribunaux effectuent cette enquête tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de la *Charte*. La question en l'espèce n'est pas simplement de savoir si la procédure énoncée dans la *Loi sur l'immigration de 1976* relativement à l'arbitrage des revendications du statut de réfugié est raisonnable; **il s'agit de savoir s'il est raisonnable de porter atteinte au droit des appelants à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne en adoptant un système pour statuer sur les revendications du statut de réfugié qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.**” (*Singh*, par. 69) [Nous soulignons.]

¹²⁷ Sur les mouvements séparatistes sikhs, voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.1.3.

Ces préoccupations reprennent exactement celles dont parle le Pr. Tremblay lorsqu'il aborde les critères d'une *bonne raison*¹²⁸. En effet, la « bonne raison » doit dépasser les simples critères d'acceptation formelle d'une norme de droit et se fonder sur un arrière-plan éthique reflétant les valeurs d'une démocratie et des principes de justice¹²⁹. Il est vrai que l'article premier n'énonce pas directement les types de considérations représentant de bonnes raisons pour enfreindre un droit fondamental dans le cadre d'une société libre et démocratique. Tout ce que nous pourrions, affirmer dans le cadre de l'affaire *Singh*, seront des exemples de ce qui ne constituent pas de bonnes raisons. La Cour affirmera également que les considérations administratives n'en sont pas. Bien sûr, les principes constitutionnels sont une piste pour l'établissement d'un cadre normatif sous l'article premier : ils éclairent la Cour en fonction du temps et des circonstances¹³⁰. La différence entre *Singh* et *Suresh* dans le traitement des affaires sera plus loin mise en lumière.

Les raisons invoquées, dans *Singh*, par le ministère portaient essentiellement sur la difficulté de mettre en œuvre un système qui permettrait au demandeur d'être entendu *vivat voce* pour chaque demande faite devant le décideur principal. Malheureusement, tout comme l'indique la Cour, la discussion sur l'article premier fut limitée faute de document à l'appui et au temps imparti, limité, par rapport à la complexité des enjeux (*Singh*, par. 67). Ainsi, la Cour a dû s'appuyer sur son propre raisonnement pour établir certains principes à adopter en fonction de l'analyse de la limite raisonnable des droits des demandeurs d'asile sous l'article premier. Toutefois, les juges ont également réduit la portée de leur jugement, en n'ayant recours qu'aux principes applicables aux pourvois (*Singh*, par. 73).

Les trois principaux motifs, à l'appui du gouvernement, afin de limiter le droit aux demandeurs d'asile sont les suivants (*Singh*, par. 69): 1. Le processus de détermination du statut de réfugié a été entériné par les Nations Unies, c'est-à-dire le Haut-Commissariat pour les réfugiés. Le droit des réfugiés ayant pris naissance en droit international, qui donna lieu à la constitution d'un bureau aux Nations Unies pour la protection des réfugiés (voir ci-haut), il serait

¹²⁸ Voir Luc B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement légitime » (2002) 47 *R.D. McGill* 271-343, p. 285.

¹²⁹ Sur les critères de la bonne raison, voir le premier chapitre, son application se trouve dans le quatrième chapitre.

¹³⁰ Voir entre autres *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 (384 et ss), cité par la Cour dans *Singh* qui affirme que c'est avec le temps et l'expérience que s'établira peu à peu les principes à évaluer lors d'une analyse sous l'article premier de la *Charte*.

juste de croire que l'assentiment du HCR vis-à-vis la procédure de détermination de réfugié par le Canada, légitimerait la procédure en place ; 2. Les pays occidentaux ont pour la plupart recours à une procédure sommaire devant un organisme administratif et sans droit d'appel. C'est donc dire que la pratique de la multitude justifie la qualité de la procédure adoptée ; 3. Finalement, il serait beaucoup trop lourd pour l'État d'adopter une procédure plus longue et complexe étant donné la difficulté actuelle de répondre à la demande. En d'autres mots, les ressources personnelles et financières sont insuffisantes et ne permettent pas le respect du droit d'être entendu.

La Cour, peu sensible aux arguments du ministère, a souligné la gravité et l'importance des droits fondamentaux inscrits dans la *Charte*:

“À cet égard, je doute énormément que ce genre de considération utilitaire soumise par Me Bowie puisse justifier la limitation des droits énoncés dans la Charte. Les garanties de la Charte seraient certainement illusoires s'il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative. Il est sans doute possible d'épargner beaucoup de temps et d'argent en adoptant une procédure administrative qui ne tient pas compte des principes de justice fondamentale, mais un tel argument, à mon avis, passe à côté de l'objet de l'art. 1. Les principes de justice naturelle et d'équité en matière de procédure que nos tribunaux ont adoptés depuis longtemps et l'enchâssement constitutionnel des principes de justice fondamentale à l'art. 7 comportent la reconnaissance implicite que la prépondérance des motifs de commodité administrative ne l'emporte pas sur la nécessité d'adhérer à ces principes. Quelle que soit la norme d'examen qui se dégage finalement de l'art. 1, il me semble que le fondement de la limitation des droits sous le régime de l'art. 7 doit être plus convaincant que ceux qui ont été avancés en l'espèce.” (*Singh*, par. 70)

Une tension peut naître entre, d'une part, la recherche de l'efficacité et la rapidité des opérations et, d'autre part, le maintien de la crédibilité d'un processus qui veut que les parties soient entendues¹³¹. Bien que les coûts associés à l'observation de la justice naturelle demeurent un facteur pertinent, la Cour souligne que de simples considérations administratives, entre autres le temps et les ressources nécessaires, ne constituent pas des justifications suffisantes à la limitation d'un droit fondamental (*Singh*, par. 73). La première partie du troisième chapitre est

¹³¹ Voir dans le domaine du droit du travail l'illustration de cette tension où le travail mal fait de deux auxiliaires de recherche a causé un manque de fonds. L'Université a dû congédier les deux auxiliaires qui ont déposé un grief pour cause injustifiée. La Cour suprême a renvoyé l'affaire devant un nouvel arbitre favorisant ainsi la position de l'employeur *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471.

consacrée à une analyse détaillée des arguments du ministère et des objections de la Cour suprême¹³².

Sous-section 0.2.2 L'affaire Suresh et la possibilité du renvoi vers la torture dans les cas exceptionnels justifiés par la sécurité nationale (retenue judiciaire)

En 2002, la Cour suprême a décidé que M. Suresh, un activiste appuyant la cause indépendantiste rebelle des Tamouls au Sri Lanka, ne pouvait être retourné au dans son pays d'origine en dépit de ses activités de financement au profit du LTTE. En effet, la Cour suprême a constaté la présence d'un risque de torture, à la face même du dossier, confirmé par les notes de l'agent d'immigration. Les juges ont décidé que les risques de torture présents dans le cas de M. Suresh ne pouvaient surpasser le danger de sécurité qu'il représente pour la société canadienne du fait de ses activités de financement. Toutefois, la décision judiciaire maintient le régime de prépondérance des risques entre la sécurité de l'État et la torture possiblement infligée en cas de retour. Les juges ont limité la portée de l'article 115 de la *LIPR* en admettant le renvoi vers la torture seulement dans des circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire lorsqu'un individu représente une grave menace à la sécurité du Canada, sans toutefois définir ces circonstances.

M. Suresh a fui le Sri Lanka et lorsqu'il est arrivé au Canada en 1990, il a demandé le statut de réfugié qu'il a obtenu en 1991. M. Suresh a ensuite fait sa demande d'établissement. Dans le traitement de sa demande d'établissement, les autorités canadiennes ont entamé la procédure de renvoi vers le Sri Lanka pour des raisons de sécurité. En effet, selon le Service canadien du renseignement de sécurité, M. Suresh était un sympathisant des Tigres de libération de l'îlam tamoul (ci-après TLET ou LTTE) et participait à la collecte de fonds pour financer les activités des rebelles. Conséquemment, en 1995 le ministre de l'Immigration émit un certificat de sécurité contre M. Suresh et voulut procéder à son expulsion. M. Suresh a contesté devant les tribunaux la décision de le renvoyer. Ce dernier obtiendra gain de cause dû aux vices procéduraux identifiés par la Cour suprême.

La séquence procédurale se résume en trois temps. Premièrement, l'arbitre a confirmé l'expulsion de M. Suresh après avoir tenu une audience en présence de celui-ci. Deuxièmement, M. Suresh fut informé du déclenchement de la procédure d'attestation du danger que ce dernier

¹³² Voir le troisième chapitre, en particulier, la sous-section 3.1.1.

représente. Troisièmement, la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a déclaré M. Suresh dangereux pour la sécurité nationale et a attesté son renvoi au Sri Lanka. La décision ministérielle se fonde sur la note de service préparée par l'agent d'immigration. La note souligne les risques de retour, tels les mauvais traitements et la torture, et relate également les activités criminelles de la personne visée par l'attestation¹³³. La Cour fédérale a confirmé le caractère raisonnable de l'attestation de la ministre émise en vertu de l'ancien article 40.1 de la loi sur l'immigration de 1985.

La ministre a donné la possibilité de présenter des observations écrites et des éléments de la preuve documentaire, au moment de la communication des procédures de renvoi retenues contre M. Suresh. Néanmoins, M. Suresh n'a pas eu l'occasion de consulter la note de service ni la possibilité d'y répondre par écrit ou *viva voce*.

M. Suresh a déposé une demande de contrôle judiciaire en évoquant les motifs suivants : (1) la décision de la ministre était déraisonnable, (2) la procédure établie par la Loi était inéquitable et (3) la *Loi* portait atteinte aux droits et libertés garantis à l'art. 7 et aux alinéas 2b) et 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La demande de contrôle judiciaire a été rejetée, en première instance, puisque aucun des moyens invoqués n'a été retenu. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision, alors que la Cour suprême a renvoyé le dossier au décideur avec des instructions claires sur l'opportunité de contester les avis remis au ministre.

Le jugement de la Cour suprême est problématique puisqu'il contredit la prohibition de la torture prévue par le droit international et plus amplement étudiée au troisième chapitre. L'analyse constitutionnelle, c'est-à-dire l'interprétation des droits prévus par la *Charte*, présente également certaines lacunes. La retenue judiciaire recherchée par la Cour devant le pouvoir discrétionnaire ministériel ne rencontre pas de fondements rationnels et souffre de défauts qui rendent inconstitutionnel l'article 115 de la *LIPR*. Le quatrième chapitre s'intéresse aux arguments de la Cour en matière de droit international et constitutionnel et analyse, en profondeur, les motivations de la Cour et le contexte historique dans lequel s'inscrit la décision *Suresh* (chapitre 4). Les activités reprochées par le gouvernement canadien à M. Suresh, et la lutte à l'autodétermination du peuple Tamoul, seront également décrites au deuxième chapitre.

¹³³ Suite à la décision *Suresh*, deux notes sont préparées séparément et il revient à la ministre de soupeser les risques de torture contre le danger que l'individu représente pour la sécurité du Canada. Pour la procédure détaillée en vigueur voir au troisième chapitre, la sous-section 3.2.2.

L'élément à retenir pour la compréhension de cette analyse réside dans la réticence de la Cour à vouloir intervenir dans les affaires touchant la sécurité du pays. En effet, la décision *Suresh* pose l'épineux problème de la retenue judiciaire, alors même qu'il existe une violation du droit à la vie et à la sécurité d'un réfugié. Cette violation s'explique, selon la Cour, par une restriction justifiée et proportionnelle à la prérogative de l'Exécutif de protéger le pays.

La prochaine section conclut cette Introduction générale en exposant, dans le détail, la problématique et l'hypothèse de la recherche. Dans cette section, il est question, également, des paramètres théoriques, qui s'articulent autour des théories politiques et constitutionnelles, étant donné l'étude des droits fondamentaux des réfugiés et de leur interprétation judiciaire.

Section 0.3 L'affirmation du droit international des réfugiés en droit national : entre validité, légitimité et factualité des décisions constitutionnelles canadiennes (cadre théorique)

Le processus politique et sa médiatisation sont imprégnés de la menace et des événements du 11 septembre 2001. Cette menace exerce une pression constante sur la le fondement des politiques démocratiques libérales, c'est-à-dire la responsabilité de l'exécutif, l'examen législatif, la sphère publique du discours et d'interaction¹³⁴, l'égalité des citoyens devant la loi, et la légitimité politique fondée sur des pratiques de communication libres et égales (équitables) qui sous-tendent la solidarité sociale¹³⁵. Le conflit et le risque de conflits perturbent ces éléments fondamentaux, ils caractérisent une période de crise et nécessitent une intervention d'urgence qui vient légitimer toutes les actions entreprises pour répondre à la menace :

« Si les éléments de la guerre, le conflit, la fragmentation sociale, l'exclusion peuvent se poursuivre silencieusement au travers des assemblages de contrôle dans les sociétés libérales, l'itération persistante de la guerre dans la politique met ces pratiques au devant de la scène et porte en elle une refonte de la pensée sur la relation de la guerre à la politique. »¹³⁶

Cet état d'urgence ne peut toutefois être permanent et doit être seulement prononcé dans l'imminence d'une attaque ou, pire, au lendemain d'une intervention armée. Quoi qu'il en soit,

¹³⁴ Sur le pouvoir du discours de la construction de la menace, voir Didier BIGO, « Security and Immigration : Towards a Critique of the Governmentality of Unease » (2002) 27 *Alternatives* (Special Issue) 63-92; Oscar WAEVER, « Securitization and Desecuritization », in Richard Lipschutz (dir.), *On Security*, New York, Columbia University Press, 1995, pp. 46-86.

¹³⁵ Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, 1997.

¹³⁶ Viviane JABRI, « La guerre et l'État libéral démocratique », (2006) 61 *Cultures & Conflicts* 9-34.

l'état d'urgence doit être temporaire et les mesures coercitives mises en place proportionnelles aux dommages causés. La réponse au terrorisme est délicate et complexe, parce qu'elle donne lieu à beaucoup d'abus et de violation des droits de la personne. La menace et la peur d'une récurrence engendrées par des événements terroristes, déjà alimentées depuis 40 ans, procèdent de la logique sécuritaire. Cette logique soutient qu'au nom de la sécurité et de la protection des citoyens, toute intervention est légitimée, peu importe la force de son offensive et peu importe le domaine dans lequel cette intervention se présente¹³⁷. Le droit de l'immigration est le premier domaine affecté, puisqu'il concerne l'étranger. Dans la logique sécuritaire, il est plus facile d'entrevoir la menace en provenance de l'étranger que celle qui se trouve dans notre propre cour d'école.

Tout au long de cette introduction, quelques idées maîtresses découlant des régimes juridique et politique du droit des réfugiés au Canada ont été portées de l'avant. Dans un premier temps, le droit des réfugiés canadien exprime le compromis politique adopté dès sa création en 1951, lors même de l'apparition du modèle de coopération entre les États. En effet, le droit des réfugiés est le fruit d'une tension entre l'aide humanitaire et le désir de contrôler les frontières par les gouvernements occidentaux¹³⁸.

Dans un deuxième temps, à la lumière des exemples en droit canadien, comme il a été affirmé à plusieurs reprises, les thématiques d'immigration et de sécurité sont des construits politiques, leur signification et leur problématique provenant essentiellement des produits des politiques publiques et des discours médiatiques. Dans un dernier temps, et intimement liée à cette réalité, le lien entre étranger et sécurité naît d'une conjoncture politique entre bureaucrates – gestionnaires des menaces à la sécurité publique et nationale – et des politiciens.

Partant de ces trois idées, les théories, qui peuvent permettre une nomenclature propre au sujet étudié, s'articulent autour de la force de l'État et de l'interprétation des droits fondamentaux. La thèse s'appuie principalement sur une théorie constitutionnelle, mais elle admet le recours à quelques penseurs et théoriciens du domaine de l'immigration dont l'apport

¹³⁷ Nous retenons la thèse de Jérôme Valluy qui traite de la transformation technocratique en Europe et plus précisément en France, à l'époque de la décolonisation des territoires français, entre 1960 et 1970. Voir le chapitre 3 xénophobie(s) et retournement de l'asile, Jérôme VALLUY, *Rejet des exilés. Le grand retournement du droit de l'asile*, Broissieux, Éditions Du Croquant, 2009. Nous explorerons en deuxième partie de la thèse certaines causes propres à l'Amérique, toutefois, il nous semble que l'influence du continent européen soit prédominante dans la transformation des mentalités gouvernementales en matière d'immigration.

¹³⁸ Cette idée sera détaillée dans le troisième chapitre.

sera précisé dans la prochaine sous-section. La théorie du fondement légitime, du constitutionnaliste canadien Luc B. Tremblay, permet d'étudier en profondeur les motifs des juges de la Cour suprême dans deux affaires constitutionnelles (sous-section 0.3.1). On ne pourra se surprendre de certaines références à l'analyse foucauldienne qui critique ouvertement les dynamiques de gouvernance, en particulier à l'activité des pouvoirs exécutif et judiciaire, et à la compréhension de l'imbrication de la sécurité comme système de pensée et vecteur de la hiérarchisation des valeurs.

L'étude de deux décisions majeures en droit de l'immigration porte sur l'interprétation de la *Charte* et ont donc des conséquences périphériques sur un domaine plus vaste que le droit des réfugiés (sous-section 0.3.2). Le raisonnement des juges dans ces deux affaires se rapporte aux théories constitutionnelles. Une analyse essentiellement juridique sera effectuée sur le droit constitutionnel et le droit de l'immigration, comme ses régimes formaient un tout homogène et imperméable, à travers lequel nous étudierons sa rationalité intrinsèque. Nous emprunterons donc à l'herméneutique, une lecture rationnelle des textes et des intentions des législateurs et des juges¹³⁹.

Le cadre d'analyse servant à l'étude des affaires *Singh* et *Suresh* doit nécessairement puiser dans la théorie constitutionnelle, afin de dégager les raisonnements et les différentes justifications de la Cour suprême du Canada. Cette thèse privilégie la théorie du fondement légitime qui se veut une théorie justificatrice sur la base de la philosophie politique normative. Elle explique les changements possibles de courants de pensée, en fonction des contextes et des valeurs contemporaines, mais en autorisant seulement une rationalité.

Sous-section 0.3.1 L'adoption d'un cadre normatif pour contrer l'irrationalité des décisions sécuritaires et examiner objectivement les mesures gouvernementales en matière d'immigration

La théorie du fondement légitime s'inscrit dans le développement des théories contractualistes et constitutionnelles du monde anglo-saxon et, plus exactement, des penseurs

¹³⁹ Voir les références suivantes : Andrée LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, P.U.F., 2002; Roger COTTERRELL, *The politics of jurisprudence. A critical introduction to legal philosophy*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989 ; Hugues RABAUULT, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris, L'Harmattan, 1997.

Rawls et Dworkin¹⁴⁰. Pour Rawls, l'idée de la justice est synonyme de coopération sociale et nécessite un « accord originel » qui garantit l'équité des droits fondamentaux¹⁴¹. L'idéal démocratique chez Rawls passe par la juste égalité des chances pour tous. La justification d'une inégalité doit absolument être rationnelle et assurer le bien des plus désavantagés de la société¹⁴². Dworkin arrive un peu après Rawls et procède d'un raisonnement plus fin et plus élaboré, tentant d'éviter les critiques rencontrées par Rawls (d'aucuns parlent de rupture d'autres de « disciple dissident »)¹⁴³. Dworkin s'intéresse également au contrat constitutif et est surtout connu pour son « principe abstrait d'égalité »¹⁴⁴. En effet, au sein d'une délibération, tous les participants doivent être traités de la même façon, avec le même respect. Pour réaliser cette égalité procédurale, il est nécessaire que tous les points de vues raisonnables soient considérés de manière impartiale par le décideur ultime ou le corps de l'assemblée.

Sur la légitimité du contrôle judiciaire, Dworkin conçoit la décision ou le rôle du juge comme une entreprise de reconstruction cohérente des règles et des normes constituant le système juridique. Le jugement judiciaire doit porter sur les principes fondateurs et les droits visés par la norme contestée. Le décideur contourne ainsi l'analyse des politiques publiques pour se concentrer uniquement sur l'interprétation des droits et des libertés enchâssés dans la *Charte*. L'approche *interprétativiste* de Dworkin procède de l'herméneutique juridique ; certains auteurs l'associent à l'herméneutique néo-jusnaturaliste¹⁴⁵. La principale critique de la pensée dworkienne est l'absence de dialogue entre les acteurs juridiques et les intéressés, personnes affectées par la norme. Le juge « Hercule », de Dworkin, ne converse qu'avec lui-même en

¹⁴⁰ Luc B. TREMBLAY, « La démocratie délibérative et la protection des intérêts fondamentaux » dans Alain DUHAMEL, Daniel WEINSTOCK et Luc B. TREMBLAY (dirs.), *La démocratie délibérative en philosophie et en droit. Enjeux et perspectives*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, pp. 163-205.

¹⁴¹ John RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987. John Rawls appartient à la tradition du contrat social. Ce qui distingue Rawls des penseurs précédents, c'est la position originelle qui pose les individus derrière le voile de l'ignorance, c'est-à-dire dans une position qui les retire de tout contexte socio-économique. Cette façon de procéder permet de ne pas prendre partie pour l'une ou l'autre des parties.

¹⁴² John RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, p. 115 sur l'organisation des inégalités et les pages 548 et suivantes pour la justification des inégalités.

¹⁴³ Pour les distinctions philosophiques et sociales entre Rawls et Dworkin se référer aux idées de Dworkin et ses critiques du Welfare et la distribution des ressources envisagées par Rawls dans Ronald DWORKIN, *Sovereign Virtue : The theory and practice of equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

¹⁴⁴ Ronald DWORKIN, *Taking rights seriously* Cambridge, Harvard University Press, 1977, au chapitre 12 et Ronald DWORKIN, *Sovereign virtue: The theory and practice of equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, voir également la réflexion de Dworkin après les événements du 11 septembre 2001 dans Ronald DWORKIN, « Terror and the attack on Civil liberties », in *The New York Review of Books*, 6 November 2003. Sur le rôle de la justice dans le droit voir Ronald DWORKIN, *Justice in robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006.

¹⁴⁵ Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Paris, PUF, 1997, pp. 150-151.

construisant de longs monologues¹⁴⁶. La critique par excellence provient des défenseurs des théories délibératives et, principalement, de Jürgen Habermas. Les théories délibératives admettent une interaction plus grande entre tous les acteurs sociaux et les personnes visées, que ces dernières appartiennent ou non à la collectivité ou encore qu'elles ont consenti ou non au « contrat initial ».

La théorie du fondement légitime, telle qu'élaborée par le professeur Luc B. Tremblay, s'avère utile parce qu'elle permet, à la fois, de décortiquer logiquement les raisons qui ont menées à deux décisions contraires et d'explorer ce que nous appelons le jeu des rationalités (chapitre 1). La théorie constitutionnelle permet une analyse poussée de la prérogative de l'Exécutif en matière de sécurité et de lutte contre le terrorisme. La théorie relève également la capacité des tribunaux d'intervenir en cas de violation des droits fondamentaux (chapitres 1 et 4). Dans un tel cadre, le dialogue permanent entre les acteurs étatiques et les tribunaux est constructif et fait ressortir la nécessité de la protection de la société et la protection des réfugiés, sur une base objective et rationnelle. Cette interaction donne lieu de croire qu'il est possible de prévenir les abus, tel qu'illustré dans le cas M'Barek.

La perméabilité du droit par rapport aux valeurs dominantes et la possibilité de préférer certaines valeurs au profit de la défense des droits fondamentaux révèle l'intention réelle des États à se soustraire de leurs obligations envers les réfugiés. Le concept de « demandeur d'asile » est exclusif au droit national, comme il a été précisé dans la première section. Il existe cependant des instruments internationaux et régionaux, notamment au niveau européen et américain, portant sur le traitement des réfugiés qui définissent des notions dont la dignité humaine dans le contexte des demandes d'asile. Dans la mesure où le droit des réfugiés et la prohibition de la torture s'inscrivent dans le droit international public, la thèse se réfère aux décisions d'autres juridictions occidentales, telles que les États-Unis, la Grande-Bretagne, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, le Comité contre la Torture et la Cour européenne des droits de l'Homme (chapitre 4). Par conséquent, la recherche fait également ressortir les disparités qui existent entre les diverses interprétations auprès des tribunaux nationaux et des organismes internationaux sur la limitation des droits lorsque la sécurité nationale est évoquée. La contribution des auteurs Jutta Brunnée et

¹⁴⁶ Voir Frank I. MICHELMAN, "The Supreme court 1985 Term. Foreword: Traces of Self Government", (1986) 100 *Harvard Law Review* 4-77, p. 76 (traduction tirée de Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie, Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 246).

Stephen J. Toope permettra de conclure que le consensus autour de la prohibition de la torture, comprenant également le renvoi vers la torture, n'a pas bougé depuis le 11 septembre, malgré des pratiques étatiques fort reprochables qui s'en sont suivies¹⁴⁷.

En étudiant de plus près le droit international des droits de la personne, on remarque l'existence de valeurs sous-jacentes, lesquelles semblent intervenir dans l'appréciation de la légitimité des normes applicables aux réfugiés. En adoptant cette approche, la thèse s'inspire d'un courant doctrinal qui considère la présence de deux modèles de société internationale: le premier s'appuie sur une logique fondée sur le droit dit « de coexistence » et s'exprime à travers la conception classique de la souveraineté, le deuxième modèle s'inspire, quant à lui, d'une logique dictée par le droit dit « de coopération » et émerge avec la reconnaissance des droits de l'Homme dans les années 50 et l'émergence de l'individu comme personne juridique égale à l'État dans l'ordre international¹⁴⁸. Le quatrième chapitre expose les possibilités qu'offre le droit de coopération qui s'appuie sur des considérants éthiques et dont le développement est dû au Pr. Pierre-Marie Dupuy.

Cette discussion sur l'ordre international met en relief les lacunes concernant la possibilité de renvoyer un réfugié à la torture dans des cas exceptionnels de menace à la sécurité nationale. Cette analyse questionnera l'existence d'une pluralité de rationalités qui admettent différents ordres de valeurs. En effet, il existe une différence entre la sécurité comme d'une valeur et la sécurité comme légitimant les interventions étatiques. Dans le premier cas de figure, il est difficile de contourner sa validité, dès lors que la sécurité devient le leitmotiv des politiques publiques. Dans le deuxième cas de figure, il est possible d'exiger un fondement rationnel à l'encontre des décisions politiques portant sur la sécurité. Édifier la sécurité comme valeur suprême comporte des risques imminents à la construction démocratique de nos institutions, et les tribunaux doivent se prémunir d'un tel danger en garantissant aux catégories de personnes les plus marginalisées, et souvent les plus vulnérables, une procédure juste et équitable devant

¹⁴⁷ Jutta BRUNNÉE and Stephen J. TOOPE, *Legitimacy and legality in International law. An interactional account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010. Voir, en particulier, au quatrième chapitre, la sous-section 4.2.1.

¹⁴⁸ Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », dans *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, Tome 297, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 2003. Voir le quatrième chapitre, en particulier, la sous-section 4.2.2.

l'administration publique. Il s'en suit également que le risque et la prévention légitiment toute action¹⁴⁹.

De plus, pour mieux comprendre les justifications des actions gouvernementales, le troisième chapitre propose d'explorer la notion du pouvoir et de la légitimité des États. Dans les sociétés complexes, telles les sociétés occidentales, il existe un conflit entre la force déployée par l'État pour protéger son autorité ou pour imposer ses vues et la justification rationnelle de cette autorité à l'égard des individus visées par une limitation de leur droit. En d'autres mots, l'État pose des actions qui ne trouvent pas toujours une justification s'appuyant sur la raison. C'est ce qu'Habermas qualifie de tension entre factualité et validité¹⁵⁰. Le droit doit répondre aux possibles clivages entre les deux, dans la mesure où l'action étatique se justifie rationnellement et objectivement.

Comme il est fréquent dans le monde de la sécurité, avec les répercussions que nous connaissons en immigration, il est possible de se heurter à des actions ou à des normes irrationnelles. Il est intéressant de constater que des auteurs, comme Habermas, font l'analyse de cette tension dans le cadre des débats entourant l'armement nucléaire, dans les années 80 et les actes terroristes posés envers le gouvernement allemand : « ce dont il s'agit en effet c'est d'un rapport de tension entre, d'un côté, la garantie d'une paix juridique telle qu'elle dépend d'un État disposant du monopole de la force, et, de l'autre, l'exigence de légitimation requise par l'ordre juridique démocratique. »¹⁵¹ Cette réflexion éclaire certainement la problématique canadienne en matière d'immigration. Toutefois, le droit lui-même n'est pas à l'abri de cette polémique. Il est exposé à sa propre dichotomie interne opposant « positivité » et « légitimité »¹⁵². En effet, le droit comprend, d'une part, l'argumentaire composé des faits, des acteurs, des revendications universelles et d'un *temporel* et, d'autre part, la justification rationnelle répondant aux arguments et qui procède par le débat (chapitres 3 et 4).

¹⁴⁹ Ulrich BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, trad. L. Bernardi, Paris, 2001, Aubier. Ulrich Beck est incontestablement la référence sur cette idée que nos sociétés modernes et occidentales sont fondées sur l'entreprise du risque, en commençant par les assureurs. Nous notons également l'apport des auteurs suivants, surtout dans le domaine de la criminologie : Alvaro PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », (2000) 23(1) *Sociologie et Sociétés* 179-204 ; Alvaro P. PIRES, A. CELLARD et Gilles PÉLLETIER, « L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien », in P. FRAILE (dir.), *Modelar par. gobernar. El control de la población y el territorio en Europa y Canada*, Barcelone, Éditions de l'Université de Barcelone, 2001, pp. 207-231.

¹⁵⁰ Jürgen HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, tome 2, Paris, Fayard, 1997, p. 441.

¹⁵¹ Jürgen HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, tome 2, Paris, Fayard, 1997, p. 123.

¹⁵² Jürgen HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, tome 2, Paris, Fayard, 1997, pp. 97, 171 et 471.

Cette tension interne est particulièrement accentuée dans l'affaire *Suresh* et met en évidence la difficulté des juges à émettre une opinion sur la faculté pour les gouvernements de combattre le terrorisme. Les événements du 11 septembre ont certainement secoué les assises démocratiques de nos institutions en remettant à l'ordre du jour le consensus établi autour de la prohibition l'usage de la torture dans les cas graves de sécurité nationale. Puisque l'impérativité des normes en droit international repose sur le consensus social, reflété en partie par la pratique des États et par les décisions judiciaires nationales et internationales, il faut se demander si les attentats terroristes du 11 septembre ont opéré un changement social. En effet, le consensus autour de la prohibition absolue de la torture, incluant l'interdiction du renvoi vers la torture, aurait-il changé au lendemain du 11 septembre? Si oui, quelle preuve pouvait avoir la Cour suprême dans *Suresh* considérant le manque de recul que les juges avaient entre septembre 2001 et janvier 2002, au moment de la publication du jugement? Enfin, cette décision s'inscrit-elle dans un continuum? Ces questions centrales font l'objet d'une discussion approfondie au quatrième chapitre¹⁵³.

Pour accéder à une certaine légitimité, une règle juridique décrétée par l'État devrait s'accompagner d'un dialogue entre les acteurs intéressés menant à l'acceptation rationnelle de cette règle. Si ce n'est pas le cas, alors la responsabilité du juge devient cruciale, puisqu'il devra trouver le juste milieu pour défendre l'une ou l'autre des voies. Ce qui est troublant en immigration, c'est de constater l'absence de toute représentativité des réfugiés. Les acteurs sont peu nombreux à prendre la parole au nom des étrangers et, plus encore, au nom des demandeurs d'asile. D'ailleurs, l'étranger ne constitue ni une figure politique, ni même juridique.

Il y a dans l'immigration, une nécessité pour le migrant d'entrer en relation et pour l'hôte, une obligation, voire même un devoir d'écoute et de disposition à l'accueil. Kant écrivait que l'appartenance à une terre n'est pas un droit contractuel, mais bien « le droit qu'a tout homme de se proposer comme membre de la société, en vertu du droit de commune possession de la surface de la terre sur laquelle, en tant que sphérique, ils ne peuvent se disperser à l'infini ; il faut donc qu'ils supportent les uns à côtés des autres, personne n'ayant originairement le droit de se trouver à un endroit de la terre plutôt qu'à autre »¹⁵⁴. L'interdépendance est donc l'objectif premier de l'immigration. Pourtant, l'expérience de la migration dépeint un univers fort différent marqué par

¹⁵³ Voir, en particulier, au quatrième chapitre, la sous-section 4.2.1, au point iii).

¹⁵⁴ Emmanuel KANT, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Vrin, 2002, p. 55.

les luttes, le doute, les suspicions, la peur et les interrogations qui se dessinent à travers un périmètre de sécurité occidentale de plus en plus impénétrable. Bref l'immigration est occultée par la construction de frontières visibles et invisibles entre le Nous et l'Autre.

Habermas permet de comprendre le pouvoir tel qu'il est régi par l'État. Sa critique sur la démocratie ouvre le débat constitutionnel sur des horizons différents qui admettent des référents, à la fois éthiques et participatifs. Toutefois, l'idéal démocratique proposé par Habermas est si ambitieux que les obstacles à sa réalisation sont de taille. L'analyse sera transportée sur une autre avenue, laissant aux experts sociologues le soin de trouver l'énigme pratique habermassienne. Le troisième chapitre, en retraçant l'évolution du droit canadien de l'immigration et la fluctuation des orientations des politiques publiques, posera un regard plus pratique en procédant de l'expérience ou du vécu. Pour introduire cette notion, nous aurons recours à la théorie des rapports sociaux et de « gouvernementalité » de Michel Foucault, qui trouve déjà écho chez plusieurs praticiens et théoriciens en droit de l'immigration (chapitre 3)¹⁵⁵.

Pour résumer, l'intérêt sécuritaire semble constituer un motif rationnel à l'adoption des normes et à leur maintien par les tribunaux. La xénophobie populaire et le sentiment sécuritaire institutionnalisé sont le fruit d'une construction politique et médiatique qui agissent sur le droit, tant sur les décisions législatives que judiciaires. Cette construction est plus ou moins consciente et n'adopte pas, à notre avis, un parcours linéaire. En d'autres termes, l'objectif final (et des orientations incertaines) demeure inavoué aux yeux mêmes de ceux et celles qui y participent, c'est-à-dire les fonctionnaires, les politiciens et les juges qui les affirment. Selon nous, cette inconscience participe à des dérapages comme l'exemple malheureux de M. M'Barek, décrit dans les premières pages de cette introduction.

Une question sous-jacente se dessine et est surtout explorée dans le troisième chapitre : il s'agit de savoir s'il existe un contexte particulier, sociopolitique, qui favorise la reconnaissance des droits humains pour tous. En effet, quel est le terreau qui encourage le plus le développement

¹⁵⁵ Voir Didier BIGO, « Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par l'inquiétude ? », (1998) 31 *Cultures & Conflicts* 13-38 et Cynthia HARDY, Refugee determination, Power and Resistance in systems of Foucauldian Power, in *Administration & Society*, vol. 35, no 4, Sept 2003, pp. 462-488. Voir également l'ouvrage intéressant sur le contrôle bureaucratique par Eva CODÒ, *Immigration and Bureaucratic control, Language practices in Public Administration*, Berlin, Mouton de Gruyler, 2008. Nous entendons par gouvernementalité « l'ensemble des pratiques par lesquelles on peut constituer, définir, organiser, instrumentaliser les stratégies que les individus, dans leur liberté, peuvent avoir les uns à l'égard des autres. » Michel FOUCAULT, *Dits et Ecrits*, vol. 2, 1976-1988, Paris, Gallimard, 2001, p. 728. Cette idée est également reprise par Bigo et le troisième chapitre approfondira cette réflexion et l'imbrication entre gouvernance et immigration.

des droits de la personne et son accès universel ? Le droit, à lui seul, peut-il participer au maintien des droits fondamentaux ? Cette étude aborde donc le phénomène d'exclusion des demandeurs du statut de réfugié et observe la perception négative que le « nous collectif » a de l'étranger. La transformation du monde de l'immigration en termes de sécurisation contribue forcément aux changements des mentalités populaires¹⁵⁶.

Dans le prolongement de cette réflexion, une de nos intuitions porte sur ce que nous nommerons le phénomène de la pénalisation du droit administratif et, plus spécifiquement, le droit de l'immigration, qui se prête bien à ce cocktail juridique, où s'entrecroisent plusieurs thématiques et principes appartenant à différents systèmes juridiques, comme le droit pénal. La catégorisation classique du droit de l'immigration au droit administratif apparaît limitative et ne suggère aucune appartenance au droit pénal, ce qui veut dire aucune protection légale telle qu'on l'admet en droit criminel. À cet effet, le troisième chapitre propose quelques pistes de réflexion à la lumière de la thèse de Stephen Legomsky sur l'incorporation asymétrique des règles du droit criminel en droit de l'immigration¹⁵⁷. Une redéfinition du cadre général du droit de l'immigration y est également proposée¹⁵⁸.

À notre avis, un traitement inégal dans l'interprétation et l'application des droits fondamentaux, notamment des règles de droit relatives aux réfugiés, découle de cette perception. C'est ce que nous considérons l'échec de la rationalité où le malaise social s'exprime à travers les limites des théories constitutionnelles strictement fondées sur la justification (chapitre 4). La tendance à la fermeture des frontières, au moyen de contrôles accrus ou par des ententes bilatérales de reconnaissance des systèmes alliés de détermination du statut de réfugié, procède notamment d'un sentiment de peur des étrangers, en partie confirmé par la réalité objective des événements tragiques du 11 septembre 2001.

¹⁵⁶ Jef HUYSMANS, "Migrants as a security problem: dangers of "securitizing" societal issues", in Robers MILES et Dietrich THRÄNHARDT (eds), *Migration and European integration: the dynamics of inclusion and exclusion*, Londres, Pinter, 1995, pp. 53-72; Didier BIGO, « Sécurité et immigration », dans Didier BIGO (dir.), *Sécurité et immigration*, Paris, L'Harmattan, 1998; Erika FELLER, "Asylum, migration and refugee protection: realities, myths and the promise of things to come", (2006) 18 *IJRL* 509-536; Stephen J. TOOPE, "Fall-out from 9-11: will a security culture undermine human rights?", (2002) 65 *Saskatchewan Law Review* 281-298.

¹⁵⁷ Stephen H. LEGOMSKY, "Secondary refugee movements and the return of asylum seekers to third countries : the meaning of effective protection", (2003) 15 *IJRL* 567- 677.

¹⁵⁸ Voir le collectif très éclairant de Estibalitz JEMINEZ et François CRÉPEAU (dirs), *La criminalisation de l'immigration*, (2013) 46(1) *Criminologie*. Voir également l'article toujours pertinent de Salvatore PALIDDA, « La criminalisation des migrants », (1999) 128 *Actes de la recherche en sciences sociales* 39-49.

Il s'ensuit un renforcement de l'image négative de l'Autre, celui qui vient d'ailleurs. Par conséquent, la thèse s'attache à relever les rapports de causalité entre cette conception négative de l'étranger et les conditions de mise en œuvre des règles de droit applicables aux demandeurs d'asile au Canada, en particulier dans les cas de criminalité. Nous souscrivons plus précisément à la thèse élaborée par Didier Bigo et reprise par les professeurs Jérôme Valluy et François Crépeau, qui veut que le lien entre menace et étranger soit un produit politique, qu'il faut à tout prix disloquer et repositionner aux sphères auxquels ils appartiennent réellement¹⁵⁹.

De plus en plus, les frontières ne sont plus associées à des territoires distincts, elles se transposent dans la corporalité de l'Autre, tel que le faisait remarquer Lévinas. La lecture foucauldienne des forteresses, qui place la frontière intermédiaire, à cheval entre les bornes territoriales et l'Autre au sein de la sphère sociale, est révélatrice lorsqu'on analyse les manifestations modernes du conflit et de la violence, c'est-à-dire des pratiques qui remettent en question les fondements de l'État libéral démocratique dans la conception de son autorité et l'expression de sa souveraineté¹⁶⁰. Ces manifestations ont un impact mesurable en immigration et sur la perception des réfugiés dans la capacité d'acceptation et de refus de l'Autre des sociétés d'accueil. La tendance à concevoir négativement l'immigration et ses sujets est apparue sans équivoque dans les années 70. La fin de la Guerre froide ne l'a nullement enrayée mais plutôt renforcée (chapitre 1)¹⁶¹.

Sous-section 0.3.2 Objet d'étude et hypothèse sur la marginalisation des réfugiés en droit canadien par la pénalisation des demandeurs d'asile inscrite dans un processus discrétionnaire

Le but de la thèse est de souligner le décalage entre la nécessité de protection des populations vulnérables et la mise en œuvre des règles existantes en droit des réfugiés sur le plan

¹⁵⁹ Voir Didier BIGO, « Sécurité et immigration : vers une gouvernamentalité par l'inquiétude ? », (1998) 31 *Cultures & Conflits* 13-38 et Jérôme VALLUY, *Rejet des exilés. Le grand retournement du droit de l'asile*, Broissieux, Éditions Du Croquant, 2009 et François CRÉPEAU, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1995.

¹⁶⁰ Voir entre autres Viviane JABRI, « La guerre et l'État libéral démocratique », (2006) 61 *Cultures & Conflits* 9-34 et Didier BIGO, « Detention of foreigners, states of exception », in Prem KUMAR RAJARAM and Carl GRUNDY-WARR (eds), *Borderscapes, hidden geographies and politics at territory's edge*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2007, pp. 3-33; et Anna PRATT, *Securing Borders, Detention and Deportation in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2005.

¹⁶¹ James ROSENAU, *Turbulence in world politics: A history of change and continuity*, Princeton, Princeton University Press, 1990. Voir pour un développement plus poussé du continuum des intérêts sécuritaires et leur mise en œuvre en droit de l'immigration le troisième chapitre.

international et national. Dans cette perspective, la recherche veut démontrer efficacement dans quelle mesure les demandeurs du statut de réfugiés sont en marge du droit, qui dans sa dynamique actuelle, offre une protection insuffisante aux réfugiés. Une personne, qui a une crainte de persécution bien fondée, devient réfugiée à partir du moment où elle se trouve à l'extérieur de son pays d'origine ou de sa résidence habituelle¹⁶². Ce principe de base en droit international trouve une application différente, lorsqu'il est mis en œuvre par les États signataires de la *Convention relative au statut des réfugiés*. En effet, l'accent est mis sur le contrôle des frontières et sur le processus interne de détermination, plutôt que sur la condition déjà précaire des réfugiés qui demandent la reconnaissance de leur statut.

Il faut comprendre que la faille principale du droit des réfugiés au Canada ne réside pas tant dans l'absence de règles ou de mécanismes de protection, que dans l'expression d'une volonté contraire à travers l'usage détourné des règles existantes. Cette défaillance se répercute malheureusement dans le droit et l'interprétation des droits fondamentaux généralement conférés à ceux et celles qui peuvent légitimement les invoquer, comme les réfugiés et les demandeurs d'asile. L'entreprise n'est pas tant de déconstruire le régime actuel, mais plutôt d'en conserver les acquis et d'en resserrer les points faibles ; ou encore de l'orienter vers un horizon plus dégagé et favorable à l'avancement des droits de la personne et à la sauvegarde de sa dignité.

Toutefois, pour bien saisir ces enjeux, il faut garder à l'esprit que le débat principal sur la protection effective des réfugiés se situe sur le plan politique. En effet, quelles que soient les mesures légales prises, le régime juridique du droit des réfugiés s'expose à une manipulation, consciente ou non, de la part du politique. La mise en œuvre du droit des réfugiés, dans ses politiques et son interprétation, est alors compromise par des considérations sécuritaires et un discours politique et médiatique trop souvent biaisé, incomplet et trompeur.

Enfin, la nécessité d'entrevoir la protection des réfugiés dans un continuum est un élément clé à la construction et la mise en œuvre du droit des réfugiés¹⁶³. En d'autres termes, il est crucial d'avoir une vision englobante plutôt que de se limiter à la spécificité de chacune des catégories du droit, soit le demandeur d'asile d'une part et, d'autre part, le réfugié. Il faut se doter d'une perspective qui permette de se positionner à un endroit où il devient possible de voir le point de

¹⁶² Article I de la *Convention*.

¹⁶³ Voir, entre autres, James C. HATHAWAY, "Selective concern : An overview of Refugee Law in Canada", (1988) 33 *McGill Law Journal* 676-715.

départ, c'est-à-dire la fuite de la persécution et le point d'arrivée, l'obtention de la protection. Cette perspective a l'avantage de comprendre la réalité des réfugiés et d'élaborer une nomenclature qui réponde aux différentes étapes de l'octroi du statut. Elle suit, de ce fait, la logique du droit d'asile axiologique, préconisé par les promoteurs de la *Convention*.

La *problématique juridique* de cette thèse tourne autour de trois questions: (1) Le droit canadien marginalise-t-il la personnalité juridique du demandeur d'asile? (2) Si tel est le cas, cette marginalisation amène-t-elle une violation des droits fondamentaux des réfugiés au Canada? (3) La sécurité nationale justifie-t-elle la limitation des droits fondamentaux, voire le renvoi vers la torture de réfugiés? L'*hypothèse* que nous émettons, afin d'offrir une réponse à la problématique posée, s'oriente de la façon suivante : l'institutionnalisation de la précarité des demandeurs d'asile crée des situations d'inégalité dans le traitement des réfugiés et amène, dans un contexte sécuritaire, une violation de leurs droits fondamentaux tels que le traitement discriminatoire, l'imposition de conditions indignes et la menace à la sécurité et à la vie des réfugiés, en cas de renvoi ou d'interception.

En soutien de la démonstration de cette hypothèse, nous posons notre choix sur deux décisions clés en droit canadien des réfugiés. Ces deux décisions constitutionnelles s'inscrivent à des époques différentes et ont des résultats presque contraires sur l'interprétation des droits fondamentaux des réfugiés. En effet, la décision *Singh* amena la mise sur pied de la Commission sur l'immigration et la protection des réfugiés, en opposition avec la décision *Suresh* qui admet le retour à la torture dans des cas de menace sérieuse à la sécurité de la population.

Dans *Singh*, la recherche s'intéresse à la méconnaissance des faits historiques et à l'examen superficiel des dossiers de l'époque qui menèrent à une conclusion erronée de la reconnaissance du statut juridique de réfugié de M. Singh et des autres appelants(chapitre 2). Dans *Suresh*, l'étude de la condamnation des groupes terroristes est étudiée afin de comprendre l'influence du regard des nations étrangères sur le niveau de sympathie du désir d'indépendance des Tamouls au Sri Lanka. La position des grands acteurs de la scène internationale, dont le positionnement est dicté par des intérêts en ressources énergétiques et en armement, semble participer à la condamnation générale des rebelles Tigres (chapitre 2).

La démonstration se divise en quatre chapitres. Le premier chapitre propose une grille d'analyse portant sur le concept de vulnérabilité de deux entités en apparence conflictuelles, nous

entendons ici les intérêts étatiques et ceux des réfugiés. Cet exposé est fait à travers l'exposé de la théorie constitutionnelle du Pr. Tremblay. Ensuite, un chapitre entier est consacré à la factualité entourant les affaires *Singh* et *Suresh*. En effet, le deuxième chapitre insiste sur l'histoire des mouvements d'indépendance des Sikhs en Inde et des Tamouls au Sri Lanka, afin de saisir la complexité du droit à l'autodétermination des peuples et les enjeux liés à la sécurité internationale. Dans le troisième chapitre, c'est à travers l'examen de la politique canadienne en matière de réfugiés que ressortent l'effritement de la protection des réfugiés dans les dispositions adoptées et les écueils de la rationalité des interprétations jurisprudentielles. Enfin, dans le quatrième chapitre, les valeurs soutenues par le droit des réfugiés et la légitimité des actions politiques en matière sécuritaire font ressortir les contradictions judiciaires, afin de maintenir en place les acquis des droits de la personne, tant au niveau international que constitutionnel.

L'intérêt de remonter aux fondements du droit des réfugiés et de comprendre l'élaboration des politiques publiques est pluriel. Comme l'affirmait Aristote, il nous apparaît opportun de traiter de ce sujet :

« Il ne faut pas examiner n'importe quel problème ni n'importe quelle thèse, mais seulement ceux qui pourraient être un sujet d'embarras pour un interlocuteur qui mérite qu'on lui donne une réponse raisonnée, et non pas seulement qu'on le rabroue, ou qu'on le renvoie à ses sens ; de fait, ceux qui demandent s'il faut ou non honorer les dieux et aimer ses parents ne méritent que d'être rabroués, et ceux qui demandent si la neige est blanche ou non ne méritent que d'être renvoyés à leurs sens. Il ne faut pas retenir le cas où la démonstration serait immédiate, ni ceux où elle serait trop longue (...) ».¹⁶⁴

L'intérêt de la recherche tourne autour de trois considérations principales. Premièrement, cette étude permet d'identifier les motivations de l'État lorsqu'il prend des décisions ou lorsqu'il est confronté à agir. Nous pourrions, à la limite, prédire sa position lorsque certains facteurs sont réunis. Par exemple, aux lendemains du 11 septembre, le monde occidental a assisté à l'adoption de dispositions législatives visant la lutte au terrorisme et privant les étrangers de certains droits fondamentaux. L'État canadien est venu imposer unilatéralement ses impératifs sécuritaires faisant abstraction des atteintes portées aux étrangers vivant au Canada ou voulant s'y réfugier.

Deuxièmement, la référence à un schème de valeurs, qu'il puise dans la sécurité ou qu'il se rapporte à un référent humanitaire, invite à réfléchir sur le fragile équilibre de la force

¹⁶⁴ Aristote, *Organon, Topiques*, Tome I, 11 – 105 a).

déployée par l'État sur ses occupants, qu'ils soient étrangers ou citoyens. L'obligation de considérer les valeurs humanitaires renforce le poids qu'ont les règles de droit produites par les institutions décisionnelles étatiques. Sans démystifier le mécanisme de l'émergence des règles, la référence à un système de valeurs déterminé érige le lien nécessaire entre la règle adoptée et la finalité première de cette règle. Ce qui, par la suite, permet de mieux saisir les singularités de l'application de cette règle. En d'autres termes, l'État ou le juge a-t-il considéré les valeurs et soupesé correctement la finalité de la norme ?

Enfin, et troisièmement, l'identification et la réflexion sur l'éthique dans le droit constituent le point de départ au changement, certes lent, des mentalités. Comprendre que des valeurs, telle que la dignité humaine, doivent déterminer les règles de droit, augmente notre sens démocratique et invite à une justice de principe, plus qu'une simple droit coercitif. En ce sens, la thèse offre un début de réponse aux dérapages entre la règle de droit visant la protection des demandeurs d'asile et sa mise en œuvre par l'État.

Les conclusions tirées par la recherche démontrent toutefois que l'étranger est une figure par excellence de marginalisation par le droit d'une menace souvent imaginée, et qui commence par l'exclusion sociale. Bien sûr les causes sont nombreuses et excèdent notre compétence de juriste et ne sont donc pas toutes étudiées ici. La recherche s'en tient donc à notre expertise juridique, qui est celle du traitement analytique du droit des réfugiés en droit interne canadien, par la référence à la doctrine, aux lois et à la jurisprudence sur le sujet; méthodologie certes classique, mais qui présente tous les intérêts et les avantages pour l'application de la théorie constitutionnelle du Pr. Tremblay.

Pour conclure cette introduction, le domaine de l'immigration doit être considéré comme faisant partie intégrante du droit public. Le droit de l'immigration classique, c'est-à-dire celui qui porte en effigie la souveraineté des États au détriment de la reconnaissance individuelle, ne doit plus servir de référence pour les juristes et les juges¹⁶⁵. Le droit de l'immigration semble propice à porter les couleurs et les orientations du jour. *Law is politics*, nous disent les tenants des *Critical Legal Studies*¹⁶⁶. La mise en œuvre des droits de l'homme illustre de façon éloquente

¹⁶⁵ Peter SCHUCK, "The transformation of immigration law", (1984) 84 *Col. L. Rev.* 1-90.

¹⁶⁶ Voir Robert GORDON, "Historicism in Legal Scholarship", (1989) 90 *Yale L.J.* 1017-1056; Duncan KENNEDY, "Form and Substance in Private Law Adjudication", (1976) 89 *Harvard L. R.* 1685-1778; Roberto UNGER, "The Critical Legal Studies Movement", (1983) 96(3) *Harvard L.R.* 561-675.

cette affirmation, puisque sa réalisation dépend de l'action politique, sans parler nécessairement de volonté politique¹⁶⁷.

On pourrait dire que le développement du droit, qu'il s'agisse des nouveaux régimes et des changements des régimes existants, procède par la politique. Dans de tels contextes, la politique joue un rôle d'autant plus important que le sujet juridique est contraint. Ainsi, lorsque la politique est sourde aux revendications juridiques de certains groupes de pression, par exemple, il va de soi que le droit « étatique » ne changera pas. La politique s'exerce également à l'intérieur des structures de l'État. La vulnérabilité de l'État s'exprime ici par la perturbation de ses fondements politiques et elle est d'autant plus fragilisée lorsque des actes terroristes sont commis¹⁶⁸.

La question est de savoir, si la force du droit – comme système cohérent – peut donner naissance à de nouvelles orientations, de nouvelles règles juridiques. Nous croyons qu'il est possible, par un effort concerté des gouvernements et du corps judiciaire, de dégager des normes impératives de protection des étrangers et, en particulier, des demandeurs de statut de réfugiés, quels que soient leur motifs de revendication, bref adopter des règles précises pour protéger les acquis démocratiques, lorsque des événements tragiques et marquants, comme le 11 septembre, surviennent. L'absence de volonté politique dans ce domaine est préoccupante, et par conséquent, rend crucial le rôle des tribunaux à l'effet de prendre sur lui la responsabilité de Cerbère, gardien des droits individuels contre la force du pouvoir étatique. Comment procéderont-ils ? Là réside toute la question.

¹⁶⁷ Voir la réflexion de Imre Szabo, sur l'émergence d'une troisième génération de droits de l'homme en droit international public, en introduction de l'ouvrage de Karel VASAK, *The International Dimensions of Human Rights*, vol. 1, Connecticut, Greenwood Press, 1982. Voir également la contribution de Theodor MERON, « On the hierarchy of international Human rights », (1986) 80(1) *The American Journal of International Law* 1-23. Cette idée sera entrevue au quatrième chapitre grâce à la théorie du Pr. Dupuy et il sera également question des possibilités qu'offre une forme de hiérarchisation des droits les plus fondamentaux dans la conclusion finale.

¹⁶⁸ Pour une réflexion macroscopique sur le pendule qui balance entre les intérêts nationaux et les enjeux internationaux voir incontestablement Jacques ADDA, *La mondialisation de l'économie. De la genèse à la crise*, Paris, La Découverte, 2012.

CHAPITRE 1. LA THEORIE DU FONDEMENT LEGITIME : LES CONTOURS ANALYTIQUES RATIONNELS DANS UN CONTEXTE SECURITAIRE PERMETTANT LA LEGITIMATION DES LIMITES AUX DROITS FONDAMENTAUX

« La raison ne chemine pas librement parmi les hommes,
butinant ici et là des vérités.
Voudrait-elle marcher toute seule, comme le Petit Chaperon rouge,
qu'elle finirait (Bernanos le rappelait)
par se heurter au premier tournant à quelque pouvoir empressé de lui indiquer la route. ».
Fernand Dumont, *Le sort de la culture*¹⁶⁹

La thèse s'intéresse à démontrer le traitement juridique inégal des étrangers et, plus précisément, des demandeurs d'asile en droit canadien. Pour y arriver, la démonstration se concentrera sur deux arrêts importants de l'histoire judiciaire canadienne en matière d'immigration et, plus spécifiquement, en droit des réfugiés¹⁷⁰. Ces deux décisions de la Cour suprême du Canada analysent les droits fondamentaux de la *Charte des droits et libertés*¹⁷¹ et s'inscrivent à deux époques différentes; l'une dans les années 80 (l'affaire *Singh*) et l'autre au début de ce siècle (l'affaire *Suresh*)¹⁷². Ces deux arrêts ont conduit à des conclusions presque opposées, la première reconnaissant des droits fondamentaux aux demandeurs d'asile et la deuxième, admettant, dans des circonstances très exceptionnelles, le renvoi vers la torture des réfugiés. Les motifs apportés à la défense du droit à la vie, la sécurité et la liberté en faveur du réfugié (art. 7 *Charte*) et sa limitation, pour le bénéfice de l'activité gouvernementale, seront au centre de notre analyse, afin de comprendre si de telles conclusions tirent leur fondement dans la raison.

L'interaction entre les droits fondamentaux et la sécurité comme justification contre les droits fondamentaux constitue l'enjeu de cette thèse et on peut se demander si la sécurité agit sur la rationalité des décisions constitutionnelles en matière de protection des étrangers. Plus

¹⁶⁹ Dans Fernand DUMONT, *Le sort de la culture*, Éditions Typo, Québec, 1995, p. 92.

¹⁷⁰ Non pas que nous admettions ici que le droit des réfugiés soit un sous-élément du droit de l'immigration, mais c'est là le mode préconisé par le droit canadien. Pour une discussion sur la place du droit des réfugiés dans le droit de l'immigration voir l'Introduction générale, à la sous-section 0.1.1.

¹⁷¹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.U., c.11)].

¹⁷² Les références exactes sont *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 et *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3. Nous y référerons par *Singh* et *Suresh*.

précisément, dans quelle mesure les enjeux sécuritaires constituent-ils un motif raisonnable pouvant déterminer l'exclusion ou la protection des réfugiés? Il va sans dire que, dans cette perspective, le rôle du juge en matière constitutionnelle sera également remis en cause.

En droit constitutionnel, plusieurs méthodes et théories justificatives ont été élaborées par les tribunaux, afin de comprendre la mécanique décisionnelle en procédant par la logique. Ce sont là des théories expliquant le phénomène de l'intervention des tribunaux à l'encontre des décisions prises par le gouvernement. Ces théories refusent de se limiter à la forme pour entériner une mesure adoptée. En d'autres termes, le processus législatif (livre blanc, consultations publiques, première lecture en chambre, formation d'un comité législatif, approbation en comité, deuxième lecture, publication préalable, troisième lecture, etc.¹⁷³) ne suffit pas pour valider judiciairement une règle ainsi adoptée. Nous retenons la théorie qui s'approche le plus près d'une conception éthique et considère dans un même temps la réalité politique, soit la *théorie du fondement légitime*¹⁷⁴.

L'analyse constitutionnelle procède généralement par un examen minutieux des postulats et des arguments avancés par les parties. Pour bien saisir la position de la Cour, il faut ensuite dégager les propositions retenues par les juges. Le raisonnement de la Cour Suprême canadienne, dans les affaires *Singh* et *Suresh*, sera examiné en fonction de la grille des critères de la théorie du fondement légitime¹⁷⁵. Cette théorie, élaborée par le professeur Luc B. Tremblay, s'inscrit dans

¹⁷³ Pour plus de détails sur le processus législatif canadien, voir le troisième chapitre.

¹⁷⁴ Dans son introduction, Luc B. TREMBLAY mentionne l'existence de la théorie du fondement rationnel. Cette théorie envisage la justification par rapport aux raisons et aux motifs qu'avait le législateur lorsqu'il a adopté la mesure contestée. Pour que la mesure soit maintenue, les raisons évoquées doivent être jugées valables. Selon l'auteur, cette nomenclature est nouvelle dans le droit canadien. Dans nos explications sur la théorie du fondement légitime, nous resterons donc fidèle à l'article du Pr. Tremblay, et à sa présentation. Luc B. pp 274-276. Sur la théorie du fondement rationnel, voir également les articles « La justification de la législation comme jugement pratique », (2001) 47 *McGill Law Journal* 57-93; « La démocratie délibérative et la protection des intérêts fondamentaux ». Alain DUHAMEL, Daniel WEINSTOCK et Luc B. TREMBLAY (dirs.), *La démocratie délibérative en philosophie et en droit. Enjeux et perspectives*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, 163-205; « Le droit a-t-il un sens? Réflexions sur le scepticisme juridique », (1999) 42 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 13-49; « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel », (1999) *McGill Law Journal* 39-110; « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : une affaire de rationalité ou de légitimité? », (1998) 10 *National Journal of Constitutional Law* 41-67.

¹⁷⁵ Cette théorie fut élaborée par le professeur Luc B. Tremblay. Voir Luc B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement légitime » (2002) 47 *R.D. McGill* 271-343, p. 273. Voir également les ouvrages et les articles d'intérêts plus récents : Luc B. TREMBLAY et Grégoire C. N. WEBBER (dirs), *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The limitation of Charter rights : critical essays on R. v. Oakes*, Montréal : Éditions Thémis, 2009; Luc B. TREMBLAY, «La force normative du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle», Working Paper, Law Department, European University Institute, 2009 ; Luc B. TREMBLAY, «Freedom and Security in Canada since September 11, 2001», (2008) 1 *Percorsi*

l'activisme judiciaire¹⁷⁶ et ces critères répondent, à notre avis, à la justification la plus solide rationnellement, puisqu'ils ne se limitent pas à un énoncé de critères formels, mais puisent dans un arrière-plan éthique, où les justifications et la preuve doivent appuyer rationnellement la contrainte gouvernementale faite à l'encontre d'un droit fondamental.

En effet, la théorie du fondement légitime adopte une méthode qui étudie la légitimité des décisions gouvernementales à travers la « raison forte »¹⁷⁷, c'est-à-dire fondée sur des critères valables et bons qui répondent aux principes démocratiques de notre État de droit. Dans cette vision, les droits fondamentaux sont perçus comme des *contraintes latérales* aux mesures gouvernementales adoptées. Formulés autrement, les droits fondamentaux constituent en soi un cadre normatif, avec ses principes et ses valeurs, lequel se superpose à la logique de la décision gouvernementale, lorsque vient le temps de faire l'examen de la norme contestée¹⁷⁸.

L'intérêt de cette comparaison entre *Singh* et *Suresh* est de voir dans quelle mesure le droit en cause (le droit à la vie, la sécurité et la liberté), le tributaire des droits - en l'occurrence l'étranger - et le contexte sociopolitique, tel que les événements du 11 septembre 2001, influence-t-il sur les critères de rationalité utilisés par les juges pour justifier ou non une limitation aux droits fondamentaux des étrangers. Nous croyons, en dépit des efforts de rationalisation des décisions gouvernementales et de leur acceptation ou leur rejet par le judiciaire, que l'État n'est pas hermétique aux facteurs environnementaux sociopolitiques, pas plus que les tribunaux. Que ces facteurs, lorsque motivés par le sentiment de crainte, peuvent forcer la distorsion du cadre normatif rationnel sur lequel la société prétend s'appuyer pour reconnaître ou refuser de reconnaître des droits fondamentaux à certains groupes de personnes ou à des individus. Cette déformation est d'autant plus marquée lorsque la sécurité occupe la scène politique et médiatique.

La Cour suprême dans *Singh* a redéfini le mode décisionnel ministériel et interne de l'octroi du statut de réfugié du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. Contrairement à

Costituzionali, Libertà e Sicurezza 149-64 ; Luc B. TREMBLAY, «General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law», (2003) 23 *Oxford Journal of Legal Studies* 525-562.

¹⁷⁶ Sur l'activisme judiciaire, voir entre autres Sébastien LEBEL-GRENIER, *The Charter and Legitimization of Judicial Activism*, dans l'ouvrage collectif *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la direction de Paul HOWE et Peter H. RUSSELL, Montréal, McGill-Queens University Press, 2001. Nous reviendrons plus en détail sur la création du droit par le juge dans la sous-section 1.2.2 Les juges aux mains liées?

¹⁷⁷ L'expression « raison forte » est de nous, simplement pour souligner le caractère normatif de la méthode utilisée par la théorie du fondement légitime.

¹⁷⁸ Il s'agit de la thèse avancée par le professeur Luc B. TREMBLAY (2002), aux pages 295 et ss, plus particulièrement les pages 304 et 305.

Suresh dans lequel la Cour a entériné le processus ministériel permettant le renvoi vers la torture dans des cas très exceptionnels de réfugiés considérés dangereux pour la sécurité du pays.

La juxtaposition des résultats judiciaires aux critères de rationalité permettra de voir dans quelles limites ces décisions sont fondées sur le droit à partir de critères de la bonne justification de la théorie du fondement légitime. L'objectif est ainsi de mettre en évidence la possibilité d'une interprétation de critères en apparence rationnels, mais sujets à une manipulation provoquée par l'obsession sécuritaire et la crainte. Une déviation qui transporte la raison en dehors du cadre normatif : elle aurait pris un *tournant* guidée par « quelque pouvoir empressé de lui indiquer la route »¹⁷⁹.

Si notre hypothèse s'avère fondée, elle portera à la conclusion suivante : l'interprétation du droit par le gouvernement et les juges affecte la reconnaissance des droits fondamentaux en fonction d'un arrière-plan irrationnel, voire émotionnel (la peur, par exemple), fluctuant au gré des humeurs politiques et économiques. Ce que les juristes appellent flexibilité dans l'interprétation de la *Charte* pourrait en effet apparaître comme un piège favorisant la majorité plutôt qu'une minorité, ici, à l'encontre des étrangers. Nous allons jusqu'à postuler que l'étranger est une « cible » de premier choix à une justification plus ou moins rationnelle, puisqu'il n'est pas représenté et porte en lui un bagage de mythes et de croyances qui s'apparente facilement à cet arrière-plan, c'est-à-dire à des préoccupations politiques non fondées sur la raison mais bien sur le sentiment et la subjectivité¹⁸⁰.

Le premier chapitre délimite donc les paramètres théoriques qui permettront une analyse plus coordonnée et méthodique du raisonnement et des conclusions de la Cour dans les deux

¹⁷⁹ Voir la citation en début de chapitre empruntée à Fernand DUMONT dans *Le sort de la culture*, Éditions Typo, Québec, 1995, p. 92.

¹⁸⁰ La nature juridique de la thèse ne nous permet pas de plonger en profondeur sur les aspects socio-anthropologiques de l'étranger. Toutefois, nous nous inspirons de l'étude exhaustive du groupe de recherche dirigé par François Crépeau et des écrits de Cécile Rousseau, en particulier, sur la construction du mythe du réfugié menteur. Voir, entre autres, Cécile ROUSSEAU, François CRÉPEAU, Patricia FOXEN and France HOULE, "The complexity of determining refugeehood : A multidisciplinary analysis of the decision-making process of the Canadian Immigration and Refugee Board", *Journal of Refugee Studies*, 2002, 15(1), 43-70; CRÉPEAU, F., FOXEN, P., HOULE, F. & ROUSSEAU, C., « Analyse multidisciplinaire du processus décisionnel de la CISR », *Refuge*, 2001, 19(4), 62-75; Cécile ROUSSEAU and Patricia FOXEN, "Constructing and deconstructing the myth of the lying refugee: Paradoxes of power and justice in an administrative immigration tribunal", ds Els VAN DONGEN (Ed.), *Lying and illness: Power and performance*, Her SPINHUIS, Amsterdam, 2005, pp 56-91; Cécile ROUSSEAU and François CRÉPEAU, "Research ethics and the plight of refugees in detention", (2004) 23(4) *Monash Bioethics Review* 85-92; Abdelawahed MEKKI-BERRADA, Cécile ROUSSEAU and J. BERTOT, "Research on refugees: Means of transmitting suffering and forging social bonds", (2001) 30(2) *International Journal of Mental Health* 41-57; Cécile ROUSSEAU, « Les réfugiés à notre porte : Violence organisée et souffrance sociale », (2000) 33(1) *Revue Criminologie* 185-201.

arrêts qui nous intéressent, en particulier au sujet de l'affaire *Suresh*, dont certaines prémisses semblent douteuses. Cette grille théorique prend également en compte les motifs exprimés par le gouvernement pour défendre la norme édictée. Les bases de la théorie du fondement légitime (première section) et les critères essentiels d'analyse et les limites de la théorie (deuxième section) constituent le corps de ce chapitre. Par conséquent, les références analytiques reposent essentiellement sur les articles du professeur Luc B. Tremblay qui développa la théorie du fondement légitime, plus particulièrement, dans son article de 2002 publié dans la revue de droit de McGill, s'intitulant *La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement légitime*¹⁸¹. La référence directe à cet article est Luc B. Tremblay (2002), toute autre mention d'articles antérieurs ou postérieurs sera citée au complet, en note en bas de page. Sauf indication contraire, le vocabulaire technique est emprunté de l'auteur et mis en italique.

Section 1.1 Le postulat de la théorie constitutionnelle – le seuil de résistance des droits fondamentaux

Dans la théorie du fondement légitime, les droits fondamentaux ne sont pas une limitation interne, mais bien externe, une limitation qui doit avoir préséance sur la décision gouvernementale en cas de conflits¹⁸². Cette thèse des droits fondamentaux qui agissent comme *contraintes latérales* sur la décision gouvernementale admet une pluralité de cadres normatifs. Un premier ensemble de règles découlant du maintien des droits fondamentaux, que l'on regroupe

¹⁸¹ Luc B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement légitime » (2002) 47 *R.D. McGill* 271-343 [ci-après, Luc B. TREMBLAY (2002)]. Du même auteur nous retenons la liste des publications que voici puisqu'elles ont permis de jeter un éclairage sur la théorie du fondement légitime telle que développée par le professeur TREMBLAY dans Luc B. TREMBLAY et Grégoire C. N. WEBBER (dirs), *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The limitation of Charter rights : critical essays on R. v. Oakes*, Montréal, Éditions Thémis, 2009; André DUHAMEL, Daniel WEINSTOCK et Luc B. TREMBLAY (dirs), *La démocratie délibérative en philosophie et en droit : enjeux et perspectives*, Montréal, Éditions Thémis, 2001; Luc B. TREMBLAY, *The rule of law, justice, and interprétation*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1997. Luc B. TREMBLAY, "General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law", (2003) 23 *Oxford Journal of Legal Studies* 525-562; Luc B. TREMBLAY, « L'évolution du concept de droit depuis 30 ans: de l'empire du fait au discours normatif sur le juste et le bien », Essai et conférences des Éditions GGC, Chaire d'éthique appliquée, University of Sherbrooke, 2003, No. 21, 40 p.; Luc B. TREMBLAY, « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », (2002-03) 33 *Revue de droit Université de Sherbrooke* 70-95; Luc B. TREMBLAY, "Legitimacy of Judicial Review : Special or General? ", (2002) 21 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 505-517; Luc B. TREMBLAY, "Deliberative Democracy and Liberal Rights", (2001) 14 *Ratio Juris* 424-454; Luc B. TREMBLAY, « La norme de retenue judiciaire et les 'erreurs de droit' en droit administratif: une erreur de droit? Au delà du fondationalisme et du scepticisme », (1996) 56 *Revue du Barreau* 141-250; Luc B. TREMBLAY, « Le Canada de la Charte: Une démocratie libérale neutre ou perfectionniste? », (1995) 40 *McGill Law Journal* 487-521; Luc B. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29 *Revue juridique Thémis* 459-526.

¹⁸² Voir Luc B. TREMBLAY (2002), pp. 308-311.

généralement sous le vocable du droit constitutionnel, et un deuxième ensemble de règles régissant l'activité gouvernementale et justifiant les décisions administratives.

Cette limitation, que représentent les droits fondamentaux, est dite « latérale » parce qu'elle n'impose pas les solutions qui lui sont propres, à moins que les deux ordres normatifs, celui dicté par les droits fondamentaux et celui de l'activité gouvernementale, entrent en contradiction. Ce qui n'empêche pas le législatif de répondre à une décision de la cour par l'adoption d'une loi ou d'une norme, afin de corriger le résultat obtenu par le judiciaire¹⁸³.

Par conséquent, nous sommes en présence d'une théorie de légitimité, puisque la théorie du fondement légitime conforte la légitimité des décisions et des normes entérinées par les juges à l'intérieur du système juridique et politique. Le résultat de la décision doit nécessairement s'inscrire dans la cohérence de l'ordre juridique existant. Cet ordre juridique tire ses fondements dans les principes constitutionnels. Bref, on ne réinvente pas à chaque fois le droit, mais on ne justifie pas non plus une action politique lorsqu'elle bouscule les assises du droit. La décision judiciaire passe nécessairement par une analyse des motivations gouvernementales, des intentions du législateur et des justifications apportées devant le juge pour défendre la validité de la norme contestée. En ce sens, la théorie du fondement légitime procède de l'herméneutique, c'est-à-dire l'interprétation des règles à l'intérieur d'un système de pensée ordonné (sous-section 1.1.1).

Sous-section 1.1.1 La cohérence interne du droit de l'immigration : entre privilège et reconnaissance des droits à la vie, la liberté et la sécurité

La théorie du fondement légitime oblige une analyse critique qui dépasse la simple expérimentation ou l'observation d'un fait ou d'un phénomène. Nous nous écartons ici des théories empiriques ou évolutionnistes et préconisons, dans l'analyse des justifications du gouvernement et de la Cour, une approche herméneutique¹⁸⁴. L'herméneutique est une méthode d'interprétation du droit (de la norme étudiée ou de la décision judiciaire) impliquant la recherche

¹⁸³ Cette forme d'interaction entre le judiciaire et le gouvernement est abordée par le professeur Tremblay dans la discussion sur la théorie du « dialogue ». Voir Luc B. TREMBLAY (2002), pp. 309-310 et note en bas de page 71. Voir également Peter W. HOGG et Allison A. BUSHHELL, "The *Charter* dialogue between courts and legislatures (or Perhaps the *Charter* of Rights isn't such a bad thing after all)", (1997) 35(1) *Osgoode Hall L.J.* 75-124.

¹⁸⁴ Sur la distinction des théories, en particulier la sociologie juridique évolutionniste chez les penseurs allemands, et sur l'usage des diverses théories (puisque la recherche s'appuie sur la sociologie du droit pour comprendre certains phénomènes, dont la bureaucratie gouvernementale), voir l'Introduction générale, à la sous-section 0.2.2, en particulier le point i).

d'un système cohérent et normatif. C'est dire que les gouvernements, les fonctionnaires, les commissions administratives, les tribunaux se nourrissent d'un cadre rationnel poursuivant un but, ayant un sens collectif. C'est dire que tout ce qui participe à l'élaboration d'une norme implique une structure rationnelle qui passe par une réflexion « indirecte comme avènement d'un sens », tel que le décrit Paul Ricoeur lorsqu'il adresse la téléologie de l'histoire et de la raison¹⁸⁵. Ce sens en droit constitutionnel canadien, et dans le cadre de la théorie du fondement légitime, prendra les couleurs des valeurs et des principes de la société libre et démocratique propres aux États du monde occidental; il sera question de ces principes dans la prochaine section (voir la sous-section 1.2.1 sur les obstacles d'ordre épistémologique).

Il n'est pas nécessaire de s'attarder à l'histoire de l'herméneutique, à son évolution et son empreinte sur l'étude de la raison en philosophie, non pas par manque d'intérêt mais plutôt par manque de temps. Cette sous-section se limitera à relever quelques éléments clés de l'analyse herméneutique ou téléologique qui permettront de mieux saisir la théorie du fondement légitime et les limites de cette dernière décrites dans la section 1.2 sur les limites de la rationalité. Le lecteur pourra, toutefois, trouver en notes en bas de page quelques pistes de lecture et d'approfondissement sur l'herméneutique. Les prochaines pages porteront sur les fondements méthodologiques proposés par l'herméneutique (point i) et l'admission des valeurs dans le langage juridique (point ii).

i) L'approche herméneutique comme méthode analytique dans le repérage des priorités démocratiques

La lecture des lois sous-entend un exercice de compréhension, d'analyse et d'interprétation. L'interprétation est un art, nous disent les Anciens, et la modernité nous a enseigné la complexité de cet art¹⁸⁶. L'herméneutique juridique est incontestablement le

¹⁸⁵ Voir Paul RICOEUR, *A l'école de la phénoménologie*, Bibliothèque d'histoire de la philosophie, VRIN, Paris, 2004, p. 30.

¹⁸⁶ L'art de l'interprétation (*ars interpretandi*) se pratiquait dans l'Antiquité en philologie classique, pour y interpréter les textes bibliques (exégèse) et dans le domaine de la jurisprudence. C'est Aristote qui expliquera le mieux ce concept dans son Traité de l'interprétation, déplaçant le focus de l'interprétation sur l'objet et non sur le sujet. C'est en effet le langage traduisant la réalité qu'étudiera Aristote dans son traité. Le Traité de l'interprétation d'Aristote constitue le deuxième titre de l'Oragon sur les six titres le composant. Il s'agit de *De Interprétation: Sémantique et philosophie du langage* dans Aristote, *De Interprétation (On Interprétation)*, Translated by E.M. EDGHILL, The Basic Works of Aristotle, Edited by Richard McKEON, New York, Random House, 1941. Sur le concept de l'herméneutique et son histoire, voir Jean GREISCH, *L'Age de l'herméneutique de la raison*, Le Cerf,

fondement théorique de cette recherche de donner un sens au droit des réfugiés à travers la compréhension et l'interprétation des lois sur l'immigration et des directives administratives découlant de ces lois. Jean Greisch définit l'herméneutique, au sens large, en ce qu'il regroupe tant les sens philosophique, psychologique, moral, religieux, juridique et poétique, comme une « théorie des opérations de la compréhension impliquées dans l'interprétation des textes, des actions et des évènements »¹⁸⁷.

La thèse du professeur Luc B. Tremblay qui veut que l'herméneutique participe à la théorie du fondement légitime s'avère fondée. En effet, dans un écrit antérieur à 2002, le professeur Tremblay a défendu :

« qu'une approche herméneutique montrait que la pratique et le discours juridiques canadiens incarnaient un idéal de « justice » associé au concept « interne » de la primauté du droit, dont les principes matériels^[188] étaient finalement déterminés par ce qui est accepté comme moralement juste dans la communauté politique [...] Les propositions juridiques valables requièrent donc une reconstruction des valeurs et des principes intersubjectifs qu'incarnent les pratiques, les actions, les institutions et les normes sociales juridiques et non juridiques. **Une approche herméneutique du droit fait ressortir la continuité (le lien nécessaire) entre le droit et le discours sur la morale politique, entre la théorie du droit et la théorie politique.** »¹⁸⁹ [Nous soulignons.]

L'approche herméneutique consiste donc en un exercice de rationalisation permettant la compréhension du régime juridique particulier, le droit de l'immigration, et des fondements constitutionnels dont le Canada s'est doté. Dans la tradition canadienne, l'interprétation de la *Charte* procède par des principes constitutionnels écrits et non écrits. Nous reviendrons sur leur contenu plus exhaustivement à travers l'analyse des décisions *Singh* et *Suresh*.

Paris, 1985, J. GRONDIN, *L'Horizon herméneutique de la philosophie contemporaine*, Vrin, Paris, 1993, Jean GRONDIN, *L'Universalité de l'herméneutique*, PUF, 1993 et Hans G. GADAMER, *La philosophie de l'herméneutique*, PUF, Paris, 1996.

¹⁸⁷ Jean GREISCH, *L'Age de l'herméneutique de la raison*, Le Cerf, Paris, 1985, p.11. Voir, plus récemment, du même auteur Jean GREISCH, *Le Buisson ardent et les lumières de la raison, Tome III Vers un paradigme herméneutique*, Le Cerf, Paris, 2004.

¹⁸⁸ Le contenu des principes matériels n'est pas abordé par le professeur Tremblay dans son article de 2002. Toutefois, en traitant des principes matériels que l'on retrouve dans l'article premier de la *Charte* (précisément dans l'expression d'une société libre et démocratique), l'auteur fait référence aux quatre grands principes non-écrits que sont le fédéralisme, la démocratie, la primauté du droit et le respect des minorités. Une plus grande attention est portée sur les principes matériels du droit constitutionnel canadien, en particulier une discussion poussée sur le principe de la primauté du droit, par le professeur Tremblay dans un écrit antérieur. Voir Luc B. TREMBLAY, *The Rule of Law, Justice, and Interprétation*, Montréal, University Press, 1997.

¹⁸⁹ Luc B. TREMBLAY, (2002) p. 277, en particulier la note en bas de page 11. Voir également Luc B. TREMBLAY, « Le droit a-t-il un sens? Réflexions sur le scepticisme juridique », (1999) 42(13) *R.I.E.J.* 13-49.

La particularité de l'herméneutique juridique est de « supprimer la subjectivité de l'interprète [le juge par exemple] et se caractérise donc par l'objectivité et la rationalité. »¹⁹⁰ Elle est d'ailleurs associée à son caractère fonctionnel et pragmatique, c'est-à-dire que l'herméneutique permet au juriste ou au juge de prévoir les résultats ou les solutions offertes par le droit, pour en réduire au maximum les aléas. Elle sert d'outil quotidien pour le praticien et le décideur. Il va de soi que l'herméneutique est fortement liée à la production du droit et à la conception mécanique du système juridique ou, pour reprendre à ce titre, la conception wébérienne du droit technicisé et bureaucratisé¹⁹¹; une vision qui correspond bien à l'élaboration du droit de l'immigration, surtout lorsqu'il s'agit de comprendre la production des directives et des politiques¹⁹².

En effet, la rationalisation de la société à partir du XIX^e siècle et l'avènement de la modernité en science sociale et, par force des choses, en droit ont provoqué une « mécanisation » de l'ordre social¹⁹³. Nous pourrions concevoir et presque réduire le droit, comme l'exprime si bien Luhmann, en un « traitement automatisé de l'information »¹⁹⁴. Le droit fiscal est l'exemple parfait de cette automatisation du droit où les grilles de calculs et les résultats sont prévus par la loi. Il ne suffit que d'entrer les données pour obtenir une conclusion.

¹⁹⁰ Hugues RABAULT, « Le problème de l'interprétation de la loi: la spécificité de l'herméneutique juridique », (2005) 15 *Le Portique* 43-56, p. 43. Du même auteur sur les fonctionnalités de l'État, voir Hugues RABAULT, *L'État entre théologie et technologie – Origine sens et fonction de l'État*, Paris, L'Harmattan, 2007.

¹⁹¹ Selon l'analyse wébérienne, la société moderne se caractérise par la *rationalisation des activités sociales*, c'est-à-dire que l'action d'une personne est déterminée par la fin qu'elle poursuit (« rationalité en finalité »). Cette attitude s'est transposée dans toutes les sphères de la société et s'est traduite en politique par l'avènement de la bureaucratie. Ce mode d'organisation fondée sur le droit et la raison repose sur trois règles: 1. l'impersonnalité des règles (le pouvoir repose sur le droit et le titulaire du pouvoir est interchangeable), 2. l'expertise et spécialisation des fonctionnaires et 3. une hiérarchie contraignante. Voir, entre autres, les ouvrages suivants Max WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 2003; Max WEBER, *Economie et société (tome I)*, Paris, Pocket, 1995. Sur les interprétations de Weber qui ont éclairé notre réflexion, voir Raymond ARON, *La sociologie allemande contemporaine*, Paris, PUF, 2007; Wilhem HENNIS, *La problématique de Max Weber*, Paris, PUF, 1996; Catherine COLLIOT THELENE, *Études wébériennes*, PUF, 2001, plus récemment du même auteur voir Catherine COLLIOT THELENE, *Sociologie de Max Weber*, Paris, La Découverte, 2006.

¹⁹² Pour plus de détails sur l'élaboration des directives et des politiques publiques en matière d'immigration, voir le troisième chapitre, en particulier dans l'évolution historique du droit de l'immigration, à la sous-section 3.1.2.

¹⁹³ C'est en parlant de la légitimité de la bureaucratie rationnelle que Weber propose deux notions déterminantes: la mécanisation et la disciplinarisation (*Maschinisierung und Disziplinisierung*). Weber présentait le droit rationnel comme une machine. Voir l'article très éclairant de Stefan BREUER, « La domination rationnelle. À propos d'une catégorie de Max Weber », *Trivium*, Vol. 7, 2010, 4-32, disponible à l'adresse URL suivante: <http://trivium.revues.org/3758> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹⁹⁴ Niklas LUHMANN, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Néanmoins, le droit de l'immigration laisse une plus grande place à interprétation et véhicule la perception souvent négative de la majorité sur les étrangers¹⁹⁵. Le droit de l'immigration, et particulièrement le droit des réfugiés, suppose un grand exercice d'interprétation de la part des juristes et des juges, puisque l'interrogatoire, la détention et le renvoi d'un étranger affectent le droit à la vie, la sécurité et la liberté de cet individu. Cette marge de manœuvre en droit de l'immigration est certainement due à sa matière première que représentent les personnes. Les droits de la personne impliquent donc nécessairement des ajustements constants au rythme de l'évolution des mentalités et des acceptations de la réalité d'un monde en mouvance.

Un deuxième élément s'ajoute à la spécificité du droit de l'immigration : la discrétion octroyée au ministre responsable l'immigration dans les dossiers humanitaires. L'article 25 de la *LIPR* prévoit que le ministre peut, à la demande d'un étranger ou de sa propre initiative, « octroyer [à l'étranger] le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des circonstances d'ordre humanitaire relatives à l'étranger - compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché [le cas échéant] - ou l'intérêt public le justifient »¹⁹⁶.

Ainsi, il est donc possible pour le ministre de soulever certaines exigences législatives ou réglementaires, telles que la connaissance d'une des deux langues officielles, l'obtention du pointage minimum ou le passé criminel, afin de faciliter l'entrée ou le séjour d'un individu au Canada. Plus une loi offre de discrétion, plus elle est susceptible de provoquer des aléas et des controverses. Dans le cas de l'article 25, la Cour suprême a interprété largement son application en introduisant, entre autres, les normes impératives de droit international sur la protection des enfants¹⁹⁷. Il existe très peu de restrictions à l'article 25, surtout depuis l'amendement en juin 2010 éliminant l'évaluation des facteurs de risques (persécution ou mauvais traitement) et depuis

¹⁹⁵ Voir sur la perception négative des réfugiés l'Introduction générale, à la sous-section 0.1.2.

¹⁹⁶ Noter la modification législative du texte de l'article 25 par le paragraphe 4(1) de la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, L.C. 2010, ch. 8, qui est entrée en vigueur le 29 juin 2010. Cette modification lève l'application des facteurs relatifs à la persécution (article 96) et ceux des mauvais traitements (article 97). C'est dire que l'article 25 est entièrement ouvert à toute considération.

¹⁹⁷ Voir l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 et la discussion sur la discrétion en droit de l'immigration du ministre, voir le troisième chapitre dans la seconde partie 3.2.

la décision de la Cour fédérale d'appel le 29 avril 2011 obligeant le ministre à étudier toutes les demandes sur l'exemption des frais¹⁹⁸.

Il est admis, en principe, que les règles définissant le droit de l'immigration sont logiques et forment un tout plus ou moins cohérent. L'interprétation de ces règles que fait le juge, lorsque survient un désaccord, doit être comprise à l'intérieur de ce système. Le droit devrait être en mesure de répondre à toute forme de litige. L'herméneutique permet donc de régler les conflits que soulève la *LIPR* dans son application quotidienne, qu'il s'agisse des décisions et des actes des agents de visa à l'étranger, des fonctionnaires étudiant les antécédents criminels d'un demandeur de permis de séjour ou d'un revendicateur d'asile.

Toutefois, les stratégies méthodologiques de raisonnement, telles que l'analyse grammaticale du texte, la comparaison des textes bilingues, l'étude de la volonté initiale du législateur ou encore la logique interne du texte ou les orientations données de la loi, ne parviennent pas à une seule solution, mais plutôt à une pluralité de résultats. Le choix, lorsqu'il revient au juge, se posera généralement sur l'idéologie prédominante de la société ou du juge¹⁹⁹. Toutefois, le recours aux principes axiologiques dans les cas limites répondra à ce cadre normatif dicté par le droit constitutionnel qui constitue ce pont entre le droit et la politique.

¹⁹⁸ Voir la décision du juge Sharlow, confirmée à l'unanimité par ses deux autres collègues dans *Toussaint c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2011] C.F.A 146, au par. 55 : « À mon avis, rien dans le régime de la *LIPR* ou le contexte législatif n'oblige à conclure que l'obligation, prévue à l'alinéa 10(1)d) du Règlement, de payer des frais relativement à une demande fondée sur le paragraphe 25(1) ne fait pas partie de "tout ou partie des critères et obligations applicables". Je conclus que, selon une interprétation correcte du paragraphe 25(1) de la *LIPR*, le ministre est obligé d'examiner une demande de dispense de l'obligation prévue à l'article 307 du *Règlement* quant au paiement des frais de traitement d'une demande présentée au titre du paragraphe 25(1). Je suis donc d'avis de répondre par l'affirmative à la première question certifiée. »

¹⁹⁹ Il ne faut pas penser que le juge est impartial parce qu'il décide en vertu de son bagage personnel et en fonction des valeurs qu'il défend. Voir l'arrêt très intéressant de la Cour suprême sur cette question: *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, en particulier le paragraphe 38: « Comme nous l'avons déjà noté, il est indubitable que dans une société bilingue, multiraciale et multiculturelle, chaque juge aborde l'exercice de la justice dans une perspective qui lui est propre. Il aura certainement été conditionné et formé par ses expériences personnelles, et on ne peut s'attendre à ce qu'il s'en départisse dès qu'il est nommé juge. En fait, pareille transformation priverait la société du bénéfice des précieuses connaissances acquises alors qu'il était encore avocat. De même, elle empêcherait la réunion d'une diversité d'expériences au sein de la magistrature. La personne raisonnable ne s'attend pas à ce que le juge joue le rôle d'un figurant neutre; elle exige cependant qu'il fasse preuve d'impartialité lorsqu'il rend justice. Il est manifeste, et la personne raisonnable s'y attend, que le juge des faits est à juste titre influencé dans ses délibérations par sa propre conception du monde dans lequel ont eu lieu les faits litigieux. En effet, il doit s'appuyer sur ses acquis antérieurs pour exercer ses fonctions juridictionnelles. » [Nous soulignons.]

Pour illustrer ce propos, il suffit de se rappeler du débat sur le mariage gai qui fut d'abord tranché par la cour à l'encontre des couples homosexuels²⁰⁰. Le sens de la famille comportait selon la Cour la condition *sine qua non* de la procréation. La présomption absolue de la possibilité de procréer exclut explicitement les homosexuels de la définition du mariage. La famille traditionnellement constituée d'un homme et d'une femme représentait donc selon ces juges la valeur prédominante dans notre société. Les débats politiques et les contestations judiciaires des normes entérinées par le Parlement font ressortir la place qu'occupent les valeurs dans le droit.

ii) La place des valeurs dans le droit

En immigration, la Cour a conclu en 1985, dans *Singh*, que toute personne au Canada pouvait bénéficier de la protection de sa vie, sécurité et liberté. Ce faisant, la Cour a mis de l'avant la dignité humaine de toute personne, incluant les étrangers et les réfugiés. Dans *Suresh*, les tribunaux ont plutôt reconnu la sécurité nationale (valeur concernant la préservation de la vie et du territoire) comme une priorité prévalant sur la sécurité physique d'un individu, et ce, malgré l'interdiction des traitements cruels et inhumains prévue par la *Charte* et l'abolition de la torture en droit international public²⁰¹. En autorisant le renvoi vers la torture, même dans les cas les plus exceptionnels, la Cour a nié le respect à la vie et à la dignité des étrangers. Le droit en général hésite de traiter et de configurer les valeurs. Le système juridique est néanmoins affecté par les valeurs dominantes de la société et s'imprègne du courant politique en place, qu'il soit conservateur, libéral ou social.

Il existe une théorie juridique des valeurs s'inscrivant dans le courant des théories de la cohérence du droit et au constructivisme, dont l'usage est présent en Allemagne²⁰². Cette jurisprudence des valeurs (*Wertungsjurisprudenz*²⁰³) se réfère directement à l'interprétation d'un

²⁰⁰ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 C.S.C. 79, [2004] 3 R.C.S. 698 et *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 C.S.C. 83, [2002] 4 R.C.S. 325.

²⁰¹ Voir quatrième chapitre, en particulier les sous-sections 4.2.1 et 4.2.2.

²⁰² Entre autres, utilisée dans le contexte de légitimisation des mesures adoptées post 11 septembre dans Michel COUTU et Marie-Hélène GIROUX, « L'après 11 septembre devant la Cour suprême : situation exceptionnelle et légitimité », *Revue du Barreau*, Numéro spécial, 2003, pp. 237-270. Voir la référence appliquée dans le cadre de l'analyse constitutionnelle au quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.2.

²⁰³ Les auteurs contemporains sur la notion de "value-judgment" en Allemagne sont Franz BYDLINSKI et Karl LARENZ, voir Joachim ZEKOLL and Mathias REIMANN (eds), *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 2005. En particulier les deux premiers chapitres: « Characteristic Aspects of

ordre axiologique de l'État démocratique allemand et répond aux préoccupations historiques sur la sauvegarde de la dignité de la personne²⁰⁴. Le problème des décisions en valeurs est double. Il est impossible d'identifier le choix que fait le juge d'adopter le jugement en valeur ou encore de savoir si des idées ou un jugement préconçus ont influencé la décision prise. Plusieurs auteurs ont également critiqué la *Wertungsjurisprudenz* jugée trop idéaliste ou optimiste et dont l'objectivité est difficile à atteindre²⁰⁵.

Au Canada, la référence aux valeurs, en particulier celles qui ne sont pas précisées par le texte juridique, est admise par le droit constitutionnel canadien et le cas de figure demeure le *Renvoi sur la sécession du Québec*²⁰⁶. La Cour a dû discuter et définir avec plus ou moins de clarté les valeurs constitutionnelles sur lesquelles la société canadienne s'est construite, telles que le fédéralisme, le constitutionalisme, la démocratie, la primauté du droit et le respect des minorités. Les paramètres de ces principes seront précisés dans les prochaines pages lorsque le principe de démocratie sera discuté²⁰⁷. Pour l'instant, ce qu'admet le *Renvoi sur la sécession du Québec* est la référence aux valeurs morales de la société, lorsque les juges affirment que « [l]a légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle. »²⁰⁸

Malheureusement, la Cour ne va pas plus loin et ne définit ni ne hiérarchise l'échelle des valeurs. Pourtant, il est intéressant de voir comment la Cour puise directement et explicitement dans ce cadre axiologique. La présence d'un cadre référentiel éthique est possible en partie grâce au langage générique utilisé dans la *Charte* qui permet une latitude au niveau de l'interprétation

German Legal Culture » by Richard ZIMMERMANN, pp. 1-52 (chapitre 1) et « Constitutional Law » by Kay HAILBRONNER and Marcel KAU, pp. 53-86 (chapitre 2).

²⁰⁴ Voir dans Joachim ZEKOLL and Mathias REIMANN (eds), *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 2005, aux pages 24-25: "The methodological background to the German 'case-law revolution' is provided by Philipp HECK's 'jurisprudence of interests' (Interessenjurisprudenz), which was based on suggestions by Rudolph von Jhering, and which was transformed into a 'jurisprudence of evaluations' (Wertungsjurisprudenz) after 1945."

²⁰⁵ Kristoffel GRECHENIG and Martin GELTER, *The Transatlantic divergence in legal thoughts: "American law and economics vs. German doctrinalism"*, Discussion paper no. 4, 2007, Harvard Law School Cambridge, MA 02138. Texte disponible à l'adresse URL suivante: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/gelter_14.pdf (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

²⁰⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

²⁰⁷ Voir section 1.1.2 Le principe d'indépendance des juges au sein d'une société libre et démocratique: le juge à la défense du citoyen.

²⁰⁸ *Renvoi sur la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 67.

et accepte l'évolution du contenu normatif des droits. Le *Renvoi sur la sécession du Québec* exprime bien cette flexibilité :

« Dans notre tradition constitutionnelle, légalité et légitimité sont liées. La nature précise de ce lien sera examinée plus loin. Toutefois, à ce stade-ci, nous tenons simplement à souligner que **notre histoire constitutionnelle démontre que nos institutions gouvernementales ont su changer et s'adapter à l'évolution des valeurs sociales et politiques**. Ces changements ont généralement été apportés par des moyens qui ont permis d'assurer la continuité, la stabilité et l'ordre juridique. »²⁰⁹ [Nous soulignons.]

Pour l'heure, il faudra se contenter du cas par cas afin de dégager l'usage que fait la cour des valeurs. À ce titre, l'exemple le plus frappant et le plus près du sujet sous étude est sans aucun doute la *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code Criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248. Cette demande faite à la Cour suprême questionne la validité de l'article 83.28 du *Code criminel* adopté dans la vague des mesures anti-terroristes suite aux attentats du 11 septembre 2001. L'article 83.28 du *Code criminel* autorise le procureur, c'est-à-dire la poursuite, à contraindre une personne, susceptible de témoigner au procès, à un interrogatoire, et ce, à l'instar de l'accusé. Dans ce dossier, les accusés sont ceux qui avaient posé les bombes dans les avions *Air India*²¹⁰. La Cour a entériné une interprétation large et téléologique de l'article afin de préserver sa conformité de l'article 83.28 à la *Charte*, et ainsi conserver les précieux témoignages à l'encontre des accusés²¹¹ :

« Bien que la disposition vise maintes facettes de l'ordonnance initiale et de l'investigation judiciaire subséquente, le sens de l'art. 83.28 est, à certains égards important, vague et ambigu. À notre avis, l'art. 83.28 peut raisonnablement recevoir deux interprétations différentes : l'une, stricte et de portée restrictive, l'autre, large et téléologique. Deux ambiguïtés principales ressortent à la lecture de la disposition. La première concerne le rôle de l'avocat et la seconde, le critère préliminaire de pertinence et d'admissibilité. Comme nous allons maintenant le voir, **nous sommes en faveur d'une interprétation large et téléologique de l'art.**

²⁰⁹ *Renvoi sur la Sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 33.

²¹⁰ Voir l'enquête menée par le gouvernement sur la tragédie d'*Air India* qui a reconnu, entre autres, la responsabilité des accusés dans cette affaire. La *Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India* a été mise sur pied afin de comprendre les obstacles à la divulgation des documents ayant mené à l'acquittement des individus pourtant responsables des attentats. Pour plus d'information sur la « Commission d'enquête *Air India* » consulter le site : <http://www.majorcomm.ca/> (dernière consultation le 16 septembre 2013). Voir également Introduction générale au point iii) des pages introductives.

²¹¹ Pour plus de détails sur l'affaire *Air India* et les problèmes rencontrés par la Couronne dans la poursuite des coupables (qui donnèrent lieu à une enquête publique par le gouvernement), voir l'Introduction générale, au point iii) des pages introductives.

83.28, qui soit conforme à la présomption de constitutionnalité analysée plus haut. »²¹² [Nous soulignons.]

Au-delà du cadre référentiel qui doit déterminer les valeurs en question (c'est-à-dire que le texte législatif doit fournir à lui seul la réponse), poser un jugement en valeur c'est départir le bien du mal et contrecarrer l'empire des faits, en ce que l'interprétation éthique ne peut être simplement réduite à un seul état des faits ou à une déclaration factuelle. Au Canada, les juges ont reconnu la possibilité de s'appuyer sur un jugement en valeurs ou un cadre éthique, sans toutefois le définir. Le professeur Kent Roach n'hésite pas à définir le rôle des juges en fonction des débats de société qui leur sont présentés et pour lesquels ils peuvent et parfois doivent offrir une solution assise sur un jugement en valeur²¹³ :

« Les juges peuvent ajouter une valeur aux débats de société au sujet de la justice en écoutant les demandes de réparation pour injustice et en **proposant des valeurs et des points de vue qui, autrement, peuvent ne pas être envisagés sérieusement dans le cadre de la démarche législative.** »²¹⁴ [Nous soulignons.]

Bref, la référence à un ordre téléologique, lorsque les juges doivent interpréter et trancher un litige, est admise en droit canadien. Nous privilégions cette approche, malgré d'énormes obstacles conceptuels évidents qui seront étudiés dans la deuxième section de ce chapitre (1.2 sur les limites de la rationalité). Une question plus immédiate consiste à concilier le rôle d'interprétation du juge et le principe de démocratie. En effet, plus le juge interprète et modifie le portrait législatif existant, plus - pourrions-nous penser - il s'immisce dans les affaires parlementaires et gouvernementales, voix privilégiées et directes du peuple. Cette attitude du juge ouvre-t-elle une brèche au principe démocratique en court-circuitant le processus démocratique? Ou pour poser la question différemment, jusqu'où le juge peut-il intervenir pour protéger le justiciable contre l'État sans miner l'opération du législateur dans l'adoption justiciable des lois entérinées par le Parlement?

Sous-section 1.1.2 Le principe d'indépendance des juges au sein d'une société libre et démocratique : le juge à la défense du citoyen

²¹² *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code Criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 45.

²¹³ Kent ROACH, "Dialogic Judicial Review and its Critics", (2004) 23(49) *Sup. Ct. L. Rev.* 69-71.

²¹⁴ Cette affirmation de Kent Roach fut reprise dans *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 89.

En droit canadien, les droits fondamentaux, tels le droit de s'exprimer librement, le droit à la libre presse, le droit de choisir et pratiquer sa religion, le droit de se déplacer, peuvent être limités par le gouvernement. L'État peut émettre une loi, un règlement ou une directive empêchant par exemple le discours haineux contre une race²¹⁵, ou encore, l'usage abusif des caméras affectant la vie privée des individus²¹⁶. L'adage veut que la liberté d'un individu s'arrête là où commence la liberté d'un autre. L'État est en mesure d'intervenir dans le but de protéger et de mieux gérer la collectivité et les conflits sociaux qui surviennent.

Cette intervention de l'État est possible grâce à l'article premier de la *Charte*. En effet, cet article prescrit la restriction des droits prévus aux articles 2 à 23 dans les limites d'une société libre et démocratique. Mais qu'est-ce qu'une société libre et démocratique? Là réside toute la question. Nous profitons de ce débat pour nous attarder un peu sur la légitimité de nos institutions publiques. Cette discussion permettra également de mieux saisir la problématique entourant le rôle du juge en matière constitutionnelle. En d'autres termes, jusqu'où le juge peut-il intervenir devant une norme de droit adoptée par le Parlement tout en préservant le processus démocratique? L'argumentation de cette sous-section se divisera en deux volets, soit dans un premier temps, l'évolution de l'indépendance judiciaire (i) et, dans un deuxième temps, sur le système judiciaire comme tribune pour le citoyen (ii).

i) L'évolution de l'indépendance judiciaire au Canada

Il est aujourd'hui admis que « la loi est l'expression de la volonté générale » (Rousseau)²¹⁷, on assiste même parfois à une certaine sacralisation de la loi. Cet héritage du parlementarisme anglais issu du XVIII^e siècle pose les fondements de la légitimité des institutions publiques de nos sociétés occidentales²¹⁸. C'est à travers l'élection de nos députés que sont discutés et réglés nos problèmes quotidiens dans l'arène du Parlement. Des projets de loi y sont soumis afin de répondre à des impératifs sociaux, tels que la commission de nouveaux crimes et la création de nouveaux hôpitaux ou de nouvelles routes. Les Parlementaires tirent la

²¹⁵ *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 et pour la portée du discours haineux en droit international comme crime contre l'humanité voir *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100.

²¹⁶ *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591.

²¹⁷ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, Flammarion, GF, Paris, 2001. L'alinéa 6(1) de la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789 reprend cette phrase pour affirmer le principe de souveraineté des peuples.

²¹⁸ Charles Howard McILWAIN, *The High Court of Parliament*, (1962) Newcastle, Cambridge Scholars Publishing, 2009; John W. GOUGH, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, Paris, PUF, 1992.

légitimité de leur voix et de leur action grâce à leur élection. C'est le principe de la démocratie parlementaire²¹⁹.

Le recours direct du citoyen devant une loi qu'il estime injuste s'effectue par voie judiciaire. La *Charte* prévoit ce recours lorsqu'une personne se sent lésée devant une action ou une norme gouvernementale. En effet, les juges règlent les litiges qui leur sont présentés en appliquant et en interprétant les lois applicables au cas en espèce. Au Canada, les juges ne sont pas élus, ils sont nommés par le chef du gouvernement sur la base d'une série de critères encadrés²²⁰. Les tribunaux (le pouvoir judiciaire) existent et sont encadrés par les articles 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²²¹.

La particularité du droit de l'immigration, c'est qu'il relève à la fois des provinces et de l'état fédéral. On comprend que l'acte constitutif canadien ait prévu ce dédoublement de compétence (art. 95 *L.C.*), puisque l'activité sociale - dont l'intégration des nouveaux membres dans une communauté - est du ressort des provinces et le contrôle des frontières et de la sécurité celui du fédéral. En réalité, seul le Québec s'intéresse réellement aux enjeux d'immigration et a passé plusieurs accords entre le gouvernement fédéral et le gouvernement du Québec, afin que ce dernier puisse gérer le plus possible la sélection de ses immigrants²²².

²¹⁹ Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Éditions Flammarion, 1996; David E. SMITH, *The People's House of Commons : Theories of Democracy in Contention*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.

²²⁰ La nomination des juges laisse, toutefois, peu de discrétion sur le choix des personnes dont les qualifications sont objectivement encadrées par des règles strictes d'expérience et d'expertise, de bonne réputation et sur l'avis du juge en chef. Sur la nomination et la répartition des juges au Canada, consulter le site de la Commission à la magistrature fédérale du Canada: <http://www.fja-cmf.gc.ca/appointments-nominations/judges-juges-fra.html> (dernière consultation, le 16 juin 2012).

²²¹ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict, c. 3 (R.-U.). ci-après *L.C.*

²²² En 1991, l'honorable Barbara McDougall, ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada, et madame Monique Gagnon-Tremblay, ministre des Communautés culturelles et de l'Immigration du Québec, ont signé l'*Accord Canada-Québec relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubins*, entré en vigueur le 1er avril 1991. Cet accord s'inscrit dans les suites de l'échec de l'Accord du lac Meech et représente, dans une large mesure, la réalité prescrite dans le domaine de l'immigration si l'Accord du lac Meech avait été ratifié. L'Accord Canada-Québec n'est toutefois pas le premier du genre, car le Canada et le Québec disposent de telles ententes depuis 1971. La première, l'entente Lang-Cloutier (1971) a été suivie de l'entente Andras-Bienvenue (1975), puis de l'entente Cullen-Couture (1979), remplacée par l'Accord Canada-Québec qui fait maintenant aujourd'hui autorité dans le partage des compétences entre le fédéral (en matière de sécurité essentiellement) et le Québec (en matière de sélection). Pour plus de précisions sur l'Accord, consulter l'Accord Canada-Québec, disponible sur les sites gouvernementaux officiels et respectifs, à l'adresse URL suivante : <http://www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/divers/Accord-canada-quebec-immigration-francais.pdf> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

Toutefois, les litiges portant sur la *LIPR* sont tranchés par la Cour fédérale du Canada et rarement par les tribunaux civils des Provinces²²³. Le contrôle de constitutionnalité des actes des autorités publiques fédérales, que ce soit le Cabinet du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ou une décision de la Commission de l'immigration et du statut pour le réfugié, est donc réservé à la juridiction de la Cour fédérale (art. 72 *LIPR*).

La légitimité des juges provient donc de la Constitution canadienne prévoyant l'existence du pouvoir judiciaire contrôlant les actions politiques au regard de la constitution et, plus spécifiquement, à la lumière des droits fondamentaux inscrits dans la *Charte*. L'histoire de l'indépendance des juges est intimement liée à celle de la monarchie et à notre héritage anglo-saxon. Le point de départ des assises du pouvoir judiciaire remonte aux débuts des limitations du pouvoir monarchique par le Parlement anglais et, plus particulièrement, à la fin du XVII^e siècle²²⁴. Il est bon de retenir que les juges sont indépendants du pouvoir exécutif, malgré leur nomination par le chef du gouvernement²²⁵. Plusieurs stratégies ont été mises en place pour

²²³ Sur ce point, le champ d'action des tribunaux provinciaux se limite à quelques rares cas qui sortiraient, hypothétiquement de la compétence de la Cour fédérale (par exemple, en matière de garde pour enfant ou d'enlèvement international d'enfants). Les juges des cours provinciales demeurent, toutefois, réfractaires à trancher les litiges de la *LIPR*, puisqu'une expertise et une meilleure connaissance de la loi ont été développées au fil des ans par la Cour fédérale. Voir le recours infructueux à l'habeas corpus devant la Cour d'appel du Québec par un présumé membre de l'ETA se voyant opposé une mesure de renvoi en Espagne: *Apaolaza-Sancho c. Director of Établissement de détention de Rivière-des-Prairies*, 2008 QCCA 1542.

²²⁴ Sur le rôle des juges en tant que dignitaires du roi, en ce qu'ils étaient le prolongement de l'autorité royale chargée de trancher les conflits entre notables, voir: Paul BRAND, « La formation du système juridique anglais, 1150-1400 », dans A. PADOA-SHIOPPA (dir.), *Justice et législation*, Paris, PUF, 2000 et William LEDERMAN, "The Independence of the Judiciary", *R du B Can*, No. 34 (1956), p. 769. Sur le principe d'indépendance des juges au Canada, voir Karim BENYEKHLEF, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1988. Voir également Martine VALOIS, *L'indépendance judiciaire, La justice entre droit et gouvernement*, Montréal, Coédition Éditions Thémis et Schulthess, 2011. Nous avons consulté la thèse bien étoffée du Pr. Valois, dans Martine VALOIS, *Évolution du droit et de la fonction de juger dans la tradition occidentale. Une étude sociohistorique de l'indépendance judiciaire*, Université de Montréal, dépôt légal octobre 2009, en particulier les pages 254 et suivants. Disponible sur papyrus, à l'adresse URL suivante : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/4372> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

²²⁵ Pour l'histoire de la prérogative royale sur la nomination des juges voir, entre autres, Kate MALLESON, Peter H. RUSSEL (dir.), *Appointing Judges in the Ages of Judicial Power*, Toronto, University of Toronto Press, 2006. Ce dilemme entre l'indépendance des juges et le pouvoir du chef du gouvernement sur le judiciaire reflète une séparation des pouvoirs imparfaite. Voir la thèse du Pr. Martine Valois sur la conciliation possible entre l'héritage d'une justice dite *patrimoniaire* et l'élaboration d'un pouvoir judiciaire indépendant (en particulier les chapitres 5 et 6, sur la fonction de juger entre droit et gouvernement (Partie III, Titre II), pp. 315 et ss.) dans Martine VALOIS, *Évolution du droit et de la fonction de juger dans la tradition occidentale. Une étude sociohistorique de l'indépendance judiciaire*, Université de Montréal, dépôt légal octobre 2009, en particulier les pages 254 et suivants. Disponible sur papyrus, à l'adresse URL suivante : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/4372> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

assurer leur indépendance (bonne conduite, salaire et inamovibilité)²²⁶. L'indépendance de la magistrature trouve sa source, à l'origine, dans le droit constitutionnel canadien non écrit²²⁷. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* en fait mention et l'existence du principe d'indépendance remonte au *Act of settlement* de 1701. Les juges jouissent d'une indépendance personnelle mais également institutionnelle²²⁸.

L'indépendance institutionnelle est « une question de statut » qui repose sur « des conditions et garanties objectives »²²⁹. La jurisprudence définit trois conditions *essentielles* de l'indépendance : il s'agit de l'inamovibilité, de la sécurité financière et de l'autonomie institutionnelle. Ces conditions « peuvent être appliquées avec souplesse et sont susceptibles d'être remplies par divers régimes et formules législatifs »²³⁰. En effet, ces exigences varieront selon la composition et l'origine du tribunal. Par exemple, une cour supérieure provinciale répondra à des exigences plus élevées qu'à une cour municipale ou la cour des petites créances.

L'indépendance judiciaire prévoit également la préservation de l'indépendance individuelle du juge, c'est-à-dire la liberté du décideur devant toute ingérence extérieure :

« [L]'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises; **personne de l'extérieur que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision.** Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire. »²³¹ [Nous soulignons.]

²²⁶ Voir le célèbre arrêt de la Cour suprême sur le principe d'indépendance des juges: *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

²²⁷ Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3, la Cour suprême a interprété le préambule pour trouver la source constitutionnelle de l'indépendance judiciaire. La Forest, dissident, s'est fortement opposé à l'interprétation du préambule et a donné la force plutôt aux principes sous-jacents de la Constitution et à la cohérence de notre système de droit pour justifier l'indépendance des juges. C'est ce que reconnaîtra d'ailleurs la Cour quelques années plus tard dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

²²⁸ Karim BENYKHELF, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1988.

²²⁹ *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, p. 282 et 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, p. 961.

²³⁰ *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 698.

²³¹ *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, par. 69, voir également *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, p. 420.

Le juge doit donc être préservé de toute pression indue, provenant de l'extérieure ou de l'intérieur et l'empêchant de décider en « son âme et conscience ». Le principe d'indépendance judiciaire concerne également les tribunaux inférieurs et trouve application dans le domaine quasi-judiciaire, c'est-à-dire les tribunaux administratifs, à moindre degré²³². En effet, la Cour suprême a interprété le mot « tribunal » largement, en admettant les tribunaux administratifs, dont le plus important au Canada, faut-il le rappeler est la Commission de l'immigration et du statut pour le réfugié. Il s'ensuit que plus on monte dans la hiérarchie judiciaire, plus l'indépendance doit être préservée et plus les garanties seront élevées. Ainsi, le juge de la Cour fédérale aura des privilèges, associés à la préservation de son indépendance, plus importants que le Commissaire de la Section pour le statut des réfugiés. Même si dans les faits, les garanties du Commissaire s'apparentent à celles du juge de la Cour fédérale²³³. Enfin, l'indépendance personnelle est un aspect primordial dans les choix que fera le juge pour ou à l'encontre de la norme gouvernementale contestée²³⁴.

ii) Les tribunaux, une voix pour le citoyen et aussi pour l'étranger

La crise du parlementarisme en Europe, dans les années trente, illustre les limites de la légitimité électorale et démontre que la majorité élue n'a pas toujours eu raison²³⁵. La France, par exemple, connaîtra une grande instabilité ministérielle et comptera quatre régimes politique entre

²³² Dans l'affaire, la cour se pose précisément la question de l'indépendance des tribunaux administratifs, voir *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114. Voir également les articles de doctrine sur le sujet: William J. ATKINSON, « L'indépendance et l'impartialité des tribunaux administratifs sous la *Charte* des droits et libertés » ds *Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes*. Formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 149; Gilles PEPIN, « L'indépendance des tribunaux administratifs et l'article 23 de la *Charte* des droits et libertés de la personne », (1990) 50 *R. du B.* 766, et Shimon SHETREET, "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" in Shimon SHETREET and Jules DESCHENES (eds), *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 590-681.

²³³ Voir, entre autres, pour une analyse poussée sur l'indépendance des commissaires à la Commission, la triste affaire de corruption de l'ex-commissaire Bourbonnais dans *Bourbonnais c. Canada (Procureur général)*, [2006] C.A.F. 62. M. Bourbonnais fut accusé d'avoir sollicité et accepté de l'argent de la part de demandeurs d'asile en contrepartie d'une décision positive à leur égard. Il avait mis en place un énorme réseau de corruption. Monsieur Bourbonnais a plaidé coupable aux 30 chefs d'accusation qui pesaient contre lui: *R. c. Bourbonnais*, 2006 QCCS 5758.

²³⁴ Sur les méthodes d'intervention de la Cour pour redresser une norme jugée inconstitutionnelle et sur la légitimité de l'intervention du juge constitutionnel voir la sous-section 1.2.2 sur la légitimation du juge en matière constitutionnelle.

²³⁵ Philippe LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, P.U.F., 2004.

1930 et 1960²³⁶. Le débat sur les institutions durant, ce qui fut probablement, les années les plus noires de l'Occident sera extrêmement prolifique et conduira à l'adoption de règles constitutionnelles et électorales afin d'éviter les abus de pouvoirs des gouvernements²³⁷. Dans ce nouvel ordre constitutionnel, les rôles respectifs du gouvernement, du chef de l'État et du Parlement ont été établis²³⁸.

Ce fut également l'occasion d'asseoir fermement l'inviolabilité de certains droits jugés fondamentaux que mêmes les parlementaires élus ne peuvent déroger. Bien que le droit international n'ait pas hiérarchisé les paradigmes de la souveraineté territoriale et la protection des droits de l'homme, la constitutionnalisation des droits de la personne en droit interne est venue limiter drastiquement le principe de souveraineté parlementaire²³⁹. En effet, en situant la protection des droits fondamentaux au-dessus des lois adoptées par les élus, le droit constitutionnel force le respect et l'indérogeabilité des règles jugées fondamentales. Au Canada, la *Charte* s'inscrit dans cette réalité et impose sa mise en œuvre à tous les corps institutionnels. Elle offre donc une protection devant l'arbitraire des politiciens mais également des juges. Dans cette dynamique, les juges et les parlementaires participent à un dialogue interinstitutionnel continu²⁴⁰.

L'indépendance du juge devant le gouvernement et les Parlementaires procède d'un idéal politique qui rend possible, dans les limites humainement permises, le règlement des conflits opposant le citoyen ou l'étranger à l'administration publique²⁴¹. Le juge devient le seul

²³⁶ Voir Philippe LAUVAUX, *Parlementarisme rationalisé et stabilité du pouvoir exécutif: quelques aspects de la réforme de l'État confrontés aux expériences étrangères*, Paris, Bruylant, 1988, au premier chapitre, pp. 20 et ss.

²³⁷ C'est aussi ce que le constitutionnaliste russe Mirkine-Guetzevitch qualifiera de « parlementarisme rationalisé » pour désigner les Constitutions dont la codification juridique cherche à ordonner les rapports politiques sous un régime parlementaire, comme au Canada. Voir Stéphane PINON, « La pensée constitutionnelle de Boris Mirkine-Guetzévitch », dans C.M. Herrera (dir.), *Les juristes face au Politique*, tome II, éditions Kimé, 2005, pp. 61-123.

²³⁸ Philippe LAUVAUX, *Parlementarisme rationalisé et stabilité du pouvoir exécutif: quelques aspects de la réforme de l'État confrontés aux expériences étrangères*, Paris, Bruylant, 1988, dans l'introduction, aux pp. 9 et ss.

²³⁹ Le *jus cogens*, à ses balbutiements dans les années 50, s'inscrit aujourd'hui dans l'ordre normatif du droit international et force son respect en droit interne. Voir le développement de cette idée au quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.1.

²⁴⁰ Voir l'excellente et actuelle réflexion sur le droit constitutionnel et les interactions des divers pouvoirs de Baptiste BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013.

²⁴¹ Cet idéal fut fortement remis en cause par le courant de pensée des *Critical Legal Studies*. Voir, entre autres, les auteurs suivants : Mark KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, Boston, Harvard University Press, 1987; Costas DOUZINAS and Adam GEAREY, *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*, New York, Hart Publishing, 2005; Roberto Mangabeira UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Boston, Harvard University Press, 1983; Richard W. BAUMAN, *Ideology and community in the first wave of critical legal studies*, Toronto, University of Toronto Press, 2002; Duncan KENNEDY, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic*

interlocuteur neutre et susceptible de reconnaître le traitement abusif ou la faute du gouvernement et, le cas échéant, de remédier au tort commis envers la victime²⁴². La protection des droits fondamentaux prévue par la *Charte* n'est pas exclusive aux citoyens canadiens et concerne aussi toute personne se trouvant au Canada (affaire *Singh*)²⁴³. L'interprétation que fait le juge de la loi et des droits fondamentaux doit puiser dans l'environnement législatif existant et doit tenir compte également des valeurs et principes de la société canadienne. Ce sont surtout les cas-limites qui soulèvent des enjeux de société déterminants. C'est justement dans cette perspective que la thèse s'intéresse à la méthodologie de l'herméneutique, afin de donner un sens au droit de l'immigration. Cette sous-section se limitera à comprendre le rôle du juge dans la défense des droits fondamentaux. Les méthodes de redressement des normes inconstitutionnelles et les critiques apportées aux interventions musclées ou contre l'activisme judiciaire feront l'objet de la discussion sur les obstacles de la théorie constitutionnelle dans la prochaine section (voir sous-section 1.2.2).

Pour reprendre la *Demande fondée sur l'art 83.28 du Code criminel (Re)*, la Cour admet librement que le juge n'est pas un « représentant de l'État » et que son rôle est différent et se définit comme un gardien de la *Charte* :

« [D]ès qu'une mesure législative requiert l'aide du pouvoir judiciaire, il faut veiller à ce que l'intégrité du rôle de ce dernier ne soit ni compromise ni diminuée. Plus tôt dans les présents motifs, nous avons souscrit à une interprétation large et téléologique de l'art. 83.28. Cette interprétation est compatible non seulement avec la présomption de constitutionnalité, mais également avec le rôle traditionnel du pouvoir judiciaire. **Dans une investigation judiciaire, le juge doit non pas agir en qualité de « représentant de l'État » mais plutôt préserver l'intégrité de**

Against the System: A Critical Edition, New York University Press 2004 et Eric ENGLE, *Lex Naturalis, Jus Naturalis: Law as positive reasoning and natural rationality*, Melbourne, Elias Clark, 2010.

²⁴² Voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993: « Il arrive parfois qu'au lieu d'arbitrer entre des groupes différents, le gouvernement devienne plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé. Par exemple, pour justifier une atteinte à des droits consacrés par les art. 7 à 14 de la *Charte*, l'État fera valoir, au nom de toute la société, sa responsabilité de poursuivre les criminels alors que la personne fera valoir le caractère prépondérant des principes de justice fondamentale. Il est possible qu'il n'y ait pas de demandes contradictoires venant de différents groupes. Dans de tels cas, et d'ailleurs chaque fois que l'objet du gouvernement se rapporte au maintien de l'autorité et de l'impartialité du système judiciaire, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de certitude si les [TRADUCTION] “moyens les moins radicaux” ont été choisis pour parvenir à l'objectif compte tenu de la somme d'expérience acquise dans le règlement de ces questions : voir *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245, à la p. 276. Il ne sera peut-être pas possible d'atteindre le même degré de certitude dans des cas exigeant la conciliation de revendications contraires de groupes ou d'individus ou la répartition de ressources gouvernementales limitées. »

²⁴³ Pour plus de détails sur la décision de la Cour suprême et son analyse, voir la sous-section 3.1.1.

l'investigation et, en particulier, les droits de la personne désignée face à l'État.»²⁴⁴ [Nous soulignons.]

Inversement, une intervention trop grande du juge dans les affaires législatives ou les décisions de l'exécutif provoqueraient un certain chaos. Le juge ne peut court-circuiter la loi - par exemple en l'invalidant - que si la règle de droit contredit un droit fondamental et la poursuite des valeurs morales de notre société. C'est un équilibre difficile à atteindre et l'exercice de rationalisation n'est pas simple, mais le pari est, à notre avis, possible. Le professeur Kent Roach adresse la question du partage des pouvoirs et de l'intervention du juge en terme de complémentarité²⁴⁵ :

« Les tribunaux ont des attributs qui leur sont propres, notamment la volonté d'offrir à toutes les parties lésées de participer de façon ordonnée au débat, l'indépendance par rapport au pouvoir exécutif et le devoir de motiver leurs décisions. En outre, les tribunaux sont spécialement chargés d'expliquer les textes juridiques fondamentaux adoptés de façon démocratique. [...] **Le tribunal garantit au plaideur le droit de participer au débat et le droit à une décision motivée en fonction des arguments présentés et des textes de loi pertinents adoptés de façon démocratique.»²⁴⁶ [Nous soulignons.]**

Le domaine de l'immigration doit être considéré comme faisant partie intégrante du droit public. Le droit de l'immigration classique, c'est-à-dire celui qui porte en effigie l'autorité gouvernementale au point culminant de la pyramide au détriment de la reconnaissance individuelle, ne doit plus servir de référence pour les juristes et les juges²⁴⁷. La question est de savoir, si la force du droit – comme un système cohérent – peut donner naissance à de nouvelles orientations, de nouvelles règles juridiques.

Nous croyons qu'il est possible, par un effort concerté des gouvernements et du corps judiciaire, de dégager des normes impératives de protection des étrangers et, en particulier, des revendicateurs de statut de réfugiés quels que soient leurs motifs de revendication. L'absence de volonté politique dans ce domaine est néanmoins préoccupante. Par conséquent, le rôle des tribunaux devient crucial afin de prendre sur lui la responsabilité de Cerbère, gardien des droits individuels contre la force du pouvoir étatique. Sur ce point, nous faisons nôtres les propos

²⁴⁴ *Demande fondée sur l'art 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 87.

²⁴⁵ Kent ROACH, "Dialogic Judicial Review and its Critics" (2004) 23(49) *Sup. Ct. L. Rev.* 69-71.

²⁴⁶ Traduction tirée de la décision *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 89.

²⁴⁷ Peter SCHUCK, "The transformation of immigration law", (1984) 84 *Col. L. Rev.*, pp. 1 et 90.

d'Habermas, qui en traitant de la désobéissance civile, souligne l'importance du jugement de valeur dans la sauvegarde de la légitimité des institutions publiques :

« [I]l y a bien, d'une part, la garantie par l'État de la paix intérieure et de la sécurité juridique pour tous les citoyens, mais il y a tout autant, d'autre part, l'exigence que l'ordre de l'État soit reconnu par les citoyens comme légitime, et ce de leur propre chef, c'est-à-dire délibérément. (...) D'un côté, l'État, à l'aide de son monopole sur la force, doit garantir le respect des lois, attendu que les personnes de droit doivent toutes, dans la même mesure, pouvoir se mouvoir dans le cadre de ces lois, en toute liberté et indépendance. De l'autre côté, **il ne suffit pas pour que l'exigence de légitimation propre à l'État de droit démocratique soit honorée que des lois, des décisions ou des mesures apparaissent, soient prises ou adoptées, selon les processus prescrits. S'agissant de questions de principe, la légitimité procédurale ne suffit pas - les processus eux-mêmes ainsi que l'ordre juridique dans son ensemble doivent pouvoir être justifiés à partir de principes.** À leur tour, ces principes étayant la légitimité de la constitution doivent, indépendamment de cela, être approuvés, que le droit positif soit ou non en accord avec eux. »²⁴⁸
[Nous soulignons.]

Le juge constitutionnel se doit donc de juger en « légitimité » et non seulement en validité, pour ou contre le politique, pour ou contre le mouvement populaire. Cette idée confirme notre choix de la théorie du fondement légitime. Pour qu'un jugement en légitimité soit possible, il faut accepter de pondérer et de favoriser certaines valeurs. Définir ces valeurs et favoriser les droits individuels est déjà un choix que la société canadienne a pris en adoptant la *Charte* en 1982. En admettant le développement du droit international des droits de la personne, par exemple en entérinant la *Convention relative au statut des réfugiés de 1951* en 1969, le Canada confirmait sa position et sa tradition humanitaire²⁴⁹. Bref, le principe d'indépendance des juges ainsi que la défense des citoyens et des étrangers participent à une société libre et démocratique.

Selon le professeur Luc B. Tremblay, les principes constitutionnels non-écrits tels que le fédéralisme, la démocratie, le constitutionalisme et la primauté du droit et le respect des minorités, reflètent, et nous abondons dans ce sens, la conception de la société canadienne libre et démocratique²⁵⁰. Le *Renvoi relatif à la Sécession du Québec* précise d'ailleurs la nécessaire

²⁴⁸ Jürgen HABERMAS, *Écrits politiques*, Flammarion, Paris, 1999, pp. 129-130.

²⁴⁹ Par développement du droit international, il faut comprendre l'évolution des droits de la personne tels qui se présentèrent en 1982, mais également le droit contemporain qui, selon la Cour dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, doit servir de guide et même de référence, lorsque le droit canadien est silencieux ou imprécis.

²⁵⁰ Luc B. TREMBLAY, (2002) p. 278, note en bas de page 16 et le *Renvoi relatif à la Sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 par. 64: « La démocratie ne vise pas simplement les mécanismes gouvernementaux. Bien au contraire,

corrélation entre le système politique et ses fondements, non seulement, légaux, mais également les valeurs qui consolident la liberté et les assises démocratiques (ou le régime de démocratie constitutionnelle) de notre société :

« Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques. Cela signifie qu'elles doivent permettre la participation du peuple et la responsabilité devant le peuple par l'intermédiaire d'institutions publiques créées en vertu de la Constitution. Il est également vrai cependant qu'un système de gouvernement ne peut survivre par le seul respect du droit. **Un système politique doit aussi avoir une légitimité, ce qui exige, dans notre culture politique, une interaction de la primauté du droit et du principe démocratique.** Le système doit pouvoir refléter les aspirations de la population. Il y a plus encore. **La légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle.** Ce serait une grave erreur d'assimiler la légitimité à la seule «volonté souveraine» ou à la seule règle de la majorité, à l'exclusion d'autres valeurs constitutionnelles. »²⁵¹ [Nous soulignons.]

Évidemment, le cadre axiologique entourant l'expression libre et démocratique de l'article premier de la *Charte* est riche et renvoie tout naturellement à l'histoire du Canada et à son héritage anglais. La démocratie parlementaire passe par la participation des voix qui ont été élues, afin d'y refléter l'ensemble des *aspirations* des membres de la collectivité. Ce principe est intimement lié au respect des minorités. La diversité des opinions doit être représentée et chaque voix entendue. Sinon, nous serions devant une dictature, en effet comme le précise la Cour :

« Nul n'a le monopole de la vérité et notre système repose sur la croyance que, sur le marché des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l'emporteront. Il y aura inévitablement des voix dissidentes. **Un système démocratique de gouvernement est tenu de prendre en considération ces voix dissidentes, et de**

comme l'indique *Switzman c. Elbling*, précité, à la p. 306, la démocratie est fondamentalement liée à des objectifs essentiels dont, tout particulièrement, la promotion de l'autonomie gouvernementale. La démocratie respecte les identités culturelles et collectives: Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales, à la p. 188. Autrement dit, un peuple souverain exerce son droit à l'autonomie gouvernementale à travers le processus démocratique. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour, qui examinait la portée et l'objet de la *Charte*, a énoncé certaines valeurs inhérentes à la notion de démocratie (p. 136): Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. » Certaines valeurs constitutionnelles portant sur la défense des minorités et la dignité humaine sont relatées à la fin du quatrième chapitre, en particulier à la sous-section 4.2.2 au point ii) et en Conclusion générale.

²⁵¹ Renvoi sur la *Sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 67.

chercher à en tenir compte et à y répondre dans les lois que tous les membres de la collectivité doivent respecter. »²⁵² [Nous soulignons.]

La difficulté en droit de l'immigration procède, entre autres, de la sous-représentation du titulaire des droits conférés par la *Charte*. L'étranger n'a pas en soi de « droit direct » de bénéficier de la protection de l'État canadien, sauf si sa vie, sa sécurité ou sa liberté est en cause. Cela s'explique par le principe de souveraineté et découle de la création des États²⁵³. Chaque État est constitué d'un territoire et d'une population. Sans le tracé des frontières et sans la reconnaissance d'une collectivité, nous serions dans le chaos le plus total, le *bellum omnium contra omnes* de Hobbes²⁵⁴. La protection du réfugié ouvre une brèche à ce principe fondamental de la souveraineté étatique, puisque le droit des réfugiés s'inscrit dans le mouvement général de la protection des droits de l'homme qui accorde à toute personne des droits sans distinction à la nationalité²⁵⁵. L'objection contre les dictatures ou les formes violentes de pouvoirs veut qu'un État tierce accueille un citoyen étranger qui est persécuté dans son pays et est incapable de le protéger.

Mais quelle voix peut opposer le réfugié devant la monopolisation du pouvoir par l'État? En droit de l'immigration, le gouvernement est la source exclusive de l'ensemble des normes le constituant, une sorte de « positivisation » du droit comme le souligne Luhmann²⁵⁶. De son côté, le citoyen n'a que faire des affaires des étrangers, tellement il est devenu difficile de s'occuper de « ses propres » affaires. Pourtant, d'autres groupes ont su se faire entendre dans les cinquante dernières années : les femmes, les détenus, les gais et lesbiennes, les personnes handicapées et les autochtones. Tous les membres de ces groupes sont citoyens, cela implique-t-il une condition essentielle pour avoir droit de parole sur la place publique ? Force est de constater l'absence de mobilisation politique en faveur des droits des migrants²⁵⁷. Il faut pourtant que l'agenda

²⁵² *Renvoi sur la Sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 68.

²⁵³ Claude EMANUELLI, *Droit international public*, Montréal, Wilson&Lafleur, 2004 et John CURRIE, *Public International Law*, Toronto, 2008.

²⁵⁴ C'est le fameux *Bellum omnium contra omnes* ("the war of all against all") de Thomas HOBBS et son Léviathan. L'homme à l'état naturel vit dans le chaos ou dans la guerre. Voir Thomas HOBBS, *Leviathan: Or the Matter, Forme, and Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civil*, Boston, Yale University Press, 2010.

²⁵⁵ James HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 1236 pp. et Guy S. GOODWIN-GILL and Jane MacADAM, *The Refugee in International Law*, 3rd Édition, Oxford, Oxford University Press, 2007.

²⁵⁶ N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, London, Routledge & Kegan Paul, 1985.

²⁵⁷ Voir à cet effet, les conclusions plutôt négatives au sujet de l'influence réelle des migrants sur les institutions politiques, en particulier dans un contexte de la montée de la droite conservatrice ou de l'extrême-droite dans les années

personnel du citoyen considère l'étranger comme un atout qui vaille la peine d'être défendu. Pour l'étranger qui veut contester une décision, son recours est souvent administratif (devant la CISR), et il est confronté à un appareil gouvernemental puissant qui penchera rarement en sa faveur en cas de litige.

Le débat est capital puisque la démocratie sous-entend un processus délibératif et contribue à la légitimité de nos institutions publiques et de notre système de droit. Toutefois, pour qu'il y ait discussion et débat d'idées, tant au sein du gouvernement que de la population, il faut une information complète et objective. Le devoir d'information incombe avant tout au gouvernement, surtout en matière d'immigration et de sécurité. En effet, la complexité des enjeux migratoires nécessitent des données factuelles valides et vérifiables, de même qu'une analyse poussée des situations migratoires. Seule l'administration publique possède cette expertise qui est rarement utilisée par le politique en faveur des migrants. Le discours conservateur de droite actuel insiste plutôt sur la criminalisation des migrants, plutôt que d'exposer les parcours difficiles des migrants qui cherchent pour la plupart un avenir économique pour les générations futures²⁵⁸.

L'absence de sanction à l'égard des discours hégémoniques de certains représentants politiques occidentaux, par exemple Le Pen, n'affecte en rien leur liberté de parole, même quand ces paroles sont fausses, non fondées et visent seulement à provoquer la peur et le repliement

80 et 90, en Europe : Marie-Antoinette HILY et Marco MARTINIELLO, « Les immigrés et les minorités ethniques dans les institutions politiques : ethnicisation des systèmes politiques européens ou renforcement de la démocratie ? », (1998) 14(2) *Revue européenne de migrations internationales* 9-17; Adrian FAVELL, « L'europanisation ou l'émergence d'un nouveau « champ politique » : le cas de la politique d'immigration », (2000) 38 *Cultures & Conflits* 1-20; Christian JOPPKE (ed.), *Challenge to the Nation-State : Immigration in Western Europe and North America*, Oxford, Oxford University Press, 1998 ; Adrian FAVELL, *Philosophies of Integration : Immigration and the Idea of Citizenship in France and Britain*, London, Macmillan, 1998, en particulier, dans cet ouvrage, voir Andrew GEDDES, « The Representation of 'Migrants' Interests' in the EU », aux pp. 695-713; Rogers BRUBAKER, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Boston, Harvard University Press, 1992; Christian JOPPKE, *Immigration and the Nation-State*, Oxford, Oxford University Press, 1999; Andrew GEDDES, « Immigrant and Ethnic Minorities and the EU's Democratic Deficit », (1995) 33(2) *Journal of Common Market Studies* 197-217; Adrian FAVELL (dir.), *The European Union : Immigration, Asylum and Citizenship*, (1998) 24(4) *Journal of Ethnic and Migration Studies* (Special Issue); Elspeth GUILD, *European Community Law from a Migrant's Perspective*, Dordrecht, Kluwer, 2000; Andrew GEDDES, *Immigration and European Integration : Towards Fortress Europe ?*, Manchester, Manchester University Press, 2000. Anne-Marie BURLEY et Walter MATTLI, « Europe Before the Court : A Political Theory of Legal Integration », (1993) 47(1) *International Organization* 41-76.

²⁵⁸ Au sujet du phénomène de criminalisation des migrants, voir le collectif très complet de Estibalitz JEMINEZ et François CRÉPEAU (dirs), *La criminalisation de l'immigration*, (2013) 46(1) *Criminologie* (Numéro Spécial).

identitaire²⁵⁹. La Presse ne fait que jeter l'huile sur un feu déjà ardent en reprenant des slogans discriminatoires sans possibilité réelle de vérifier leur véracité. Toutefois, les médias ont également un rôle prédominant et devraient fournir une information plus objective de celle qui émane du gouvernement. La qualité de l'information procède d'une épuration des préjugés et de la levée des mythes, souvent négatifs, à l'égard des étrangers. Cette information véhiculée dans l'espace public est d'autant plus importante qu'elle peut servir de preuve et être utilisée par les juges qui devront trancher pour ou contre les droits fondamentaux du requérant ou de l'appelant²⁶⁰.

C'est donc dans l'intérêt premier de la sauvegarde des valeurs fondamentales de la *Charte* et des droits que le juge doit agir. En ce sens, il répond aux fondements constitutifs de notre société de droit. Cette position comporte des risques qui seront étudiés en deuxième section. Nous nous arrêtons avant sur les critères applicables de la théorie du fondement légitime, afin de bien saisir l'analyse qui suivra aux chapitres suivants.

Sous-section 1.1.3 De la *factualité* à la légitimité de la décision judiciaire : le poids des droits fondamentaux sur les restrictions gouvernementales

L'article 7 de la *Charte* concerne les demandeurs d'asile et protège le « droit à la vie, la sécurité et la liberté » de chaque personne. En 1985, il a été décidé dans l'affaire *Singh* que l'expression « chaque personne » englobait les étrangers, c'est-à-dire ceux et celles qui ne sont pas citoyens canadiens, mais bien toute personne se trouvant *sur* le territoire canadien²⁶¹. Contrairement, par exemple, à l'article 6 qui traite de droits civiques spécifiques, comme celui de rentrer au pays et qui ne vise que le citoyen²⁶². Toutefois, l'article 7 s'inscrit dans une série de droits pouvant être dérogés par l'État, plus particulièrement, par le Parlement lorsque le gouvernement légifère adoptant des normes régissant une activité ou un secteur précis de la

²⁵⁹ Voir sur la radicalisation de la droite en France des années trente aux années 90 et particulièrement sur le « nouvel ordre » à imposer face à l'immigration Ariane CHEBEL D'APPOLLONIA, *L'Extrême-droite en France. De Maurras à Le Pen*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1996.

²⁶⁰ Nous y reviendrons en dernière sous-section de ce chapitre, voir 1.2.3. sur la préoccupation sécuritaire.

²⁶¹ Discussion plus approfondie dans la première sous-section du troisième chapitre, à la sous-section 3.1.1.

²⁶² Article 6 de la *Charte*: 6(1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir. (2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit :a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province; b) de gagner leur vie dans toute province. Des restrictions sont prévues au troisième paragraphe de l'article 6.

société. Cette sous-section étudiera les limites des droits prévus à l'article 7 (i) et les critères applicables au soutien de l'intervention gouvernementale limitant ces droits (ii).

i) Les limites extrinsèques et intrinsèques au droit à la vie, la liberté et la sécurité

La dérogation prévue à l'article premier de la *Charte* permet de contrecarrer l'application des droits fondamentaux, aussi importants que le droit à la vie. Cette dérogation n'est possible que si l'État adopte une règle de droit qui soit raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique. Ces derniers mots ont fait couler beaucoup d'encre et il n'existe pas de consensus sur la nature et les fondements de ce que constitue une société libre et démocratique. Aussi cet outil, que représente l'article premier pour le gouvernement, a-t-il été encadré par certains principes au fil des ans à travers l'histoire jurisprudentielle, et son contenu continuera à se moduler en fonction des changements sociétaux²⁶³.

Nous reproduisons, à titre indicatif, le texte complet des articles premier et sept de la *Charte* :

Charte des droits et libertés

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

Article 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.

Outre la limite extrinsèque prévue par l'article premier, l'article 7 prévoit également une deuxième limitation au droit à la vie, la liberté et la sécurité. Cette limite est propre au libellé de l'article 7 et prévoit que ces droits peuvent être enfreints ou réduits par une norme gouvernementale, si cette norme est conforme aux « principes de justice fondamentale ». Ces principes délimitent les situations pour lesquelles le droit à la vie, par exemple le droit d'avorter ou le droit à l'euthanasie et aussi le renvoi à la peine de mort²⁶⁴, le droit à la liberté, tel que

²⁶³ Voir le *Renvoi relatif à la Sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

²⁶⁴ Dans le cas de l'avortement voir l'arrêt clef de la Cour suprême *R. c. Morgentaler (No. 2)*, [1988] 1 R.C.S. 30. Le jugement de principe en matière d'euthanasie et d'assistance au suicide est *Rodriguez c. British Columbia*, [1993] 3 R.C.S. 519. Le débat sur l'euthanasie n'a pas fini de diviser la population, bien que le sondage mené par la

l'emprisonnement ou la détention au poste de frontière²⁶⁵, et la sécurité, lorsque par exemple la vie de la future mère qui veut avorter est en jeu ou le retour à la persécution²⁶⁶, peuvent être outrepassés par le gouvernement.

C'est généralement dans l'optique du bien commun que des valeurs politiques inscrites dans le système judiciaire l'emportent sur les droits fondamentaux inscrits à l'article 7 de la *Charte*. Par exemple, la justice naturelle qui gouverne la conduite des poursuites criminelles est le principe le plus connu. La jurisprudence est venue intégrer des principes de justice fondamentale, afin d'admettre d'autres principes complétant la base du système judiciaire et le fonctionnement de notre état de droit²⁶⁷. Des critères s'imposent permettant de circonscrire les principes de justice fondamentale, et à ce sujet la cour précise ce qui suit :

« Pour qu'une règle ou un principe constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, **il doit s'agir d'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 permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. » [*R. c. Caine*, [2003] R.C.S. 74 et *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571] [Nous soulignons.]

En plus du consensus substantiel de la société, la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précise que la détermination d'un principe de justice fondamentale découle non seulement de l'interprétation de la *common law*, mais aussi du droit international et de l'enchâssement de la *Charte*, « comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du

Fédérations des médecins spécialistes du Québec montre que la population est favorable, un quart de la population est indécis et 21% est contre: résultats publiés sur le site de la FMSQ en date du 13 octobre 2011 http://www.fmsq.org/magelectronique_1009/actualites.html (dernière consultation le 16 septembre 2013). Enfin, le renvoi à la peine de mort est interdit au Canada et cette position fut maintes fois imposées par la Cour suprême dans les cas d'extradition de criminels vers les États-Unis, voir *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779 et *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283.

²⁶⁵ Voir par exemple *Chiarelli c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 711, *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933. Un exemple appartenant au droit de l'immigration est la détention à la frontière d'un étranger, voir *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053.

²⁶⁶ *R. c. Morgentaler (No. 2)*, [1988] 1 R.C.S. 30. Nous reviendrons sur la notion de sécurité, surtout lorsqu'il sera question du renvoi vers la torture. Le dernier chapitre analysera en profondeur le sens de la sécurité de l'individu et la possibilité pour le gouvernement d'abroger ce droit, en particulier au quatrième chapitre.

²⁶⁷ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student Édition, Scarborough, Carswell, 2011, en particulier le chapitre 44 sur la justice fondamentale.

droit »²⁶⁸. C'est dire que le corps constitutif de la justice fondamentale renvoie à quelque chose de plus grand que le simple texte de la loi et puise dans l'organe entier de notre système juridique²⁶⁹. C'est dans une vision cohérente du droit que doivent être définis les principes.

L'essence des principes de justice fondamentale doit faire l'objet d'une analyse approfondie pour savoir si un droit fait partie du corps des principes de justice fondamentale. La Cour dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, au paragraphe 491 précise que

« [I]es principes de justice fondamentale se trouvent non seulement dans les préceptes de notre procédure judiciaire, mais aussi dans les autres composantes de notre système juridique. Ces principes ne se limitent pas aux garanties offertes par la procédure, bien que nombre d'entre eux soient de cette nature. **Savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique en évolution. En conséquence, on ne peut donner aux mots "principes de justice fondamentale" un contenu exhaustif** ou une simple définition par énumération; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7. » [Nous soulignons.]

Plusieurs principes ont ainsi été admis en droit tels que la présomption d'innocence²⁷⁰, l'invalidité des lois arbitraires ou imprécises²⁷¹, ou encore le droit au silence au moment de l'arrestation et en détention préalable²⁷². Le troisième chapitre développera l'analyse de l'article 7

²⁶⁸ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, par. 63.

²⁶⁹ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, par. 64.

²⁷⁰ L'article 11 de la *Charte* prévoit déjà dans son texte la présomption d'innocence en matière criminelle: « 11. Tout inculpé a le droit : d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable ».

²⁷¹ L'article 9 de la *Charte* protège tout individu contre la détention ou l'emprisonnement arbitraire. C.F.. *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045 pour un exemple concret. Sur les lois imprécises voir le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (*Renvoi sur la prostitution*) et *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606. C'est le *Renvoi sur la prostitution* qui a confirmé la théorie de l'imprécision comme l'un des principes fondamentaux de justice qui sous-tendent l'article 7 de la *Charte*. Le *Renvoi sur la prostitution* a également établi une distinction entre l'imprécision et la portée excessive d'une règle de droit. Sans rentrer dans les dédales de la théorie constitutionnelle, la portée excessive implique une pondération des intérêts en jeu, généralement une limitation des droits d'un individu contre les intérêts de l'État. En d'autres mots, la théorie de la portée excessive constitue plutôt un outil analytique tandis que l'exigence de la précision d'une règle de droit est un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7, puisqu'une loi doit être suffisamment précise pour informer et clarifier les conséquences d'un acte. En lien avec l'imprécision d'une règle, le troisième chapitre aborde, entre autres, la délicate question de la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la *LIPR* et en particulier de ses règlements. Voir le troisième chapitre, à la sous-section 3.1.3.

²⁷² *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. La Cour suprême a reconnu, après avoir étudié les règles juridiques connexes (telles que la règle de la confession et le privilège de ne pas s'incriminer), que le droit de garder le silence en vertu de

de la *Charte* en fonction des principes de la justice fondamentale, puisque la Cour suprême dans *Suresh* a reconnu la validité de l'article 115 de la *LIPR*, c'est-à-dire le renvoi à d'un réfugié dans son pays d'origine sans considération des dangers qui l'attendent, parce que le processus administratif menant au renvoi respectait ces principes²⁷³.

Cette conclusion de la Cour a été tirée en dépit du fait qu'en 1987 la Cour suprême avait conclu que le recours à la torture comme sentence à la commission d'un crime, « choquerait la conscience » de la population canadienne²⁷⁴. Le dernier chapitre reprendra le test sur le « choc des consciences », lorsque l'analyse portera sur la validité des propositions de la Cour dans l'affaire *Suresh*²⁷⁵.

Pour le moment, retenons qu'il existe donc deux limitations²⁷⁶ au droit à la vie, la sécurité et la liberté d'une personne, soit l'admission de la restriction de ces droits par la société libre et démocratique de l'article 1 et les principes de justice fondamentale de l'article 7 de la *Charte*.

Bien que la théorie du fondement légitime s'intéresse surtout à l'analyse constitutionnelle des tribunaux de l'article 1, nous croyons que son application vaut également pour étudier les motifs d'une mesure gouvernementale au regard de l'analyse sous l'article 7²⁷⁷. En effet, les principes de justice fondamentale et la restriction des droits au sein d'une société libre et démocratique de l'article 1 se recoupent. Pour formuler l'équation autrement, une violation aux principes de justice fondamentale ne peut, à notre avis, se justifier sous l'article 1 de la *Charte*. D'ailleurs, la Cour l'a maintes fois soutenu et, particulièrement, dans les décisions de la Très

l'article 7 de la *Charte* constitue « un principe bien établi qui fait partie des préceptes fondamentaux de notre droit depuis des générations ». *R. c. Hebert*, précité, 153. Dans cette affaire, l'harmonie générale des principes de droit en vigueur fut décisive et la majorité a analysé le droit de garder le silence à la lumière du droit à l'assistance d'un avocat.

²⁷³ Voir au quatrième chapitre à la sous-section 4.2.3 point i), pour la discussion sur le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Suresh*.

²⁷⁴ *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500.

²⁷⁵ Voir précisément au quatrième, à la sous-section 4.2.2, au point ii).

²⁷⁶ Nous ne traitons pas ici du phénomène de la double interprétation (“*two-right interpretation*”) qui consiste à faire valoir deux types de droit en vertu de l'article 7: 1. le droit à la vie, la liberté et la sécurité qui peut être limité par l'article 1 et 2. le droit de ne pas être privé de sa vie, sa liberté et sa sécurité que dans les cas prévus par les principes de justice fondamentale. Voir à ce sujet Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student Édition, Scarborough, Carswell, 2011, chap. 44.2.

²⁷⁷ Le professeur Tremblay semble muet sur cette question. Bien qu'il soit conscient des rapprochements à faire entre l'évaluation de l'article premier et celle des principes fondamentaux, son analyse concerne celle de l'article premier qui, comme nous l'avons précisé, possède une portée plus large par rapport à l'article 7. Voir Luc B. TREMBLAY, (2002), à la page 331 et, en particulier, la note en bas de page 131.

Honorable Juge Wilson²⁷⁸, il ne peut y avoir atteinte aux principes de justice fondamentale sans violer le critère de *raisonnabilité* ni de la *bonne justification* de l'article 1 :

« Toutefois, si la limite au droit garanti par l'art. 7 résulte d'une violation des principes de justice fondamentale, j'estime que l'examen se termine là et que la limite ne peut être maintenue en vertu de l'article premier. **J'affirme cela parce que je ne crois pas qu'une limite au droit garanti par l'art. 7, qui a été imposée contrairement aux principes de justice fondamentale puisse être "raisonnable" ni que sa "justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique"**. L'exigence, que l'on trouve à l'art. 7, d'observer les principes de justice fondamentale me semble restreindre le pouvoir du législateur d'imposer des limites au droit garanti par l'art. 7, que lui confère l'article premier. Il ne peut le limiter qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale et, même s'il satisfait à ce critère, il lui reste encore à satisfaire à ceux de l'article premier. »²⁷⁹ [Nous soulignons.]

Ce qui ne veut pas dire, toutefois, qu'une limite des droits de l'article 7 en conformité avec les principes de justice fondamentale ne saurait être incompatible avec les exigences imposées par une société libre et démocratique²⁸⁰. En effet, pour éviter un certain dédoublement analytique, ou encore par souci d'efficacité, la Cour adopte souvent la stratégie suivante : les juges procèdent d'abord par une analyse de la clause limitative de l'article 1 avant de s'intéresser à l'analyse de la restriction de l'article 7²⁸¹. C'est donc dire que le cadre d'une société libre et démocratique englobe les principes de justice fondamentale²⁸².

Bien que nous sommes conscients des distinctions qui existent entre les restrictions de l'article premier et l'article 7, l'analyse juridique emprunte un sentier commun. C'est d'ailleurs ce que soutient la majorité dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 au paragraphe 65 de la décision :

²⁷⁸ Wilson aborde cette question dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* [1985] 2 R.C.S. 486. Voir également le maintien de la position de Wilson (en majorité) dans les affaires *R. c. Morgentaler (No. 2)*, [1988] 1 R.C.S. 30, *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 1034, *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la page 322 et le renvoi sur la prostitution *Re ss. 193 et 195.1 du Code Criminel* [1990] 1 R.C.S. 1123, à la page 1223.

²⁷⁹ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* [1985] 2 R.C.S. 486 par. 105.

²⁸⁰ Lorraine WEINRIB, "The Supreme Court of Canada and Section 1", (1987) 10 Supreme Court L.R. 469. Du même auteure voir aussi Lorraine WEINRIB, *The structure of Charter rights*, Toronto University Press, Toronto, 1989.

²⁸¹ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student Édition, Scarborough, Carswell, 2011, chap. 35.14(b) et 44.3.

²⁸² Cette affirmation est confirmée par la Cour dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, lorsque la majorité écrit au paragraphe 67 : « À cause de ces différences, la nature des questions et des intérêts qui doivent être évalués n'est pas la même pour les deux articles. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'a dit dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503, "les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique". Par contre, l'article premier touche les valeurs qui sous-tendent une société libre et démocratique, qui sont plus larges par nature. » [Nous soulignons.]

« Il est également important d'établir une distinction entre l'évaluation des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 et l'évaluation d'intérêts fondée sur l'article premier de la Charte. **La jurisprudence de notre Cour relative à l'article premier est, à maints égards, fort semblable au processus d'évaluation prescrit par l'art. 7.** Comme le juge McLachlin l'a dit au nom de notre Cour dans l'arrêt *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, à la p. 152, relativement à ce processus : « La [. . .] question est de savoir si, du point de vue du fond, la modification de la loi établit un **juste équilibre entre les droits de l'accusé et les intérêts de la société.** » On pourrait en dire presque autant de la question principale soulevée par l'article premier. » [Nous soulignons.]

Il semblerait pourtant que des « conditions exceptionnelles », telles que des situations d'urgence (état de guerre, catastrophes naturelles)²⁸³, puissent justifier un gouvernement à adopter des mesures violant les principes de justice fondamentale, mais dont les objectifs entreraient en conformité avec l'article 1. Nous soulignons cette affirmation faite par le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Chouinard, Lamer et Le Dain dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, puisqu'elle rappelle les « circonstances extraordinaires » de l'affaire *Suresh*²⁸⁴. À cela répond Wilson qu'il est toujours possible pour le gouvernement de recourir à l'article 33²⁸⁵ pour restreindre le droit à la vie, la liberté et la sécurité en levant les exigences imposées par les principes de justice fondamentale. Il va de soi qu'une telle position politique devra survenir dans des situations graves, puisque le gouvernement sera imputable devant la société et devra rendre compte de l'urgence de la situation ou du problème²⁸⁶. Enfin, faut-il insister sur le fait que ce type de mesures sera provisoire et ne pourra durer que le temps de régler la crise²⁸⁷.

²⁸³ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la page 487.

²⁸⁴ Voir l'analyse des circonstances exceptionnelles dans *Suresh* au quatrième chapitre, à la section 4.2.2, au point ii).

²⁸⁵ La clause dérogatoire se lit comme suit : « Article 33.(1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente *Charte*. »

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la *Charte*.

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

(4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).

(5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

²⁸⁶ Au paragraphe 119 du *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486, la juge Wilson écrit : « J'ai déjà indiqué qu'à mon avis l'article premier ne permet pas de sauver comme étant raisonnable ou justifiée, une loi qui porte atteinte à la liberté du citoyen, contrairement aux principes de justice fondamentale. Ces concepts s'excluent mutuellement. Évidemment, cela ne revient pas à dire que des limites ne peuvent pas être imposées au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il est clair qu'il peut y en avoir, mais seulement si elles sont imposées conformément aux principes de justice fondamentale et si elles satisfont aux critères énoncés à l'article premier,

Toutefois, il n'existe pas de reddition de compte politique pour les migrants, puisque ceux-ci, au moment des élections, ne forment pas un corps politique et ne votent pas. Par conséquent, les décisions judiciaires doivent considérer aussi les voix qui n'ont pas ou peu de chance de se faire entendre. Les jugements de la Cour doivent être rationnelles, c'est-à-dire fondées sur l'objectivité et la logique, et elles doivent refléter l'idéal démocratique, en ce qu'elles exposent la « meilleure conception normative possible de la société libre et démocratique »²⁸⁸.

Il s'en suit que les décisions judiciaires, surtout celles qui vont à l'encontre d'une limitation des droits fondamentaux imposée par le législateur, doivent répondre à deux impératifs, auquel cas la légalité de ces décisions serait fortement contestée du fait qu'elles dépassent la simple procédure législative et se permettent de modeler le contenu d'une norme en fonction des valeurs constitutionnelles et d'un idéal sociétaire. Bien sûr, l'inverse est aussi vrai, ce n'est pas parce que le Parlement a édicté une loi et que celle-ci se conforme au processus d'adoption majoritaire que la loi se conforme aux dispositions constitutionnelles.

La théorie du fondement légitime a pour but de donner une certaine cohérence aux décisions judiciaires en droit constitutionnel à partir de l'interprétation des textes et d'un champ critique et normatif homogène. Cette méthode repose sur l'interprétation des textes et des principes juridiques afin d'en extraire les conclusions et les principes directeurs permettant d'entériner ou de rejeter une norme étudiée dans son tout. Par conséquent, on peut affirmer que les décisions judiciaires reflètent les fondements moraux de la société, puisque « les opinions judiciaires doivent être conçues comme énonçant des jugements “rationnels” et les raisons de décider vont puiser aux conventions et aux pratiques fondamentales d'arrière-plan qui forment la morale politique ainsi qu'aux théories politiques implicites ou explicitent qu'elles incarnent. »²⁸⁹

Par conséquent, la préservation des droits fondamentaux des étrangers procèdera d'abord par une analyse du droit existant, où le juge doit considérer les normes établies et les choix entérinés par le Parlement et la société en général. La règle contestée sera ensuite étudiée à la

comme étant raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le gouvernement n'est pas non plus empêché de recourir à l'art. 33 de la *Charte* pour supprimer les exigences de justice fondamentale lorsque, dans un cas d'urgence, il cherche à imposer des restrictions au droit garanti par l'art. 7. Cela constituera toutefois une décision de politique dont le gouvernement intéressé sera politiquement comptable au peuple. »

²⁸⁷ Voir la critique adressée au dernier chapitre sur la mise en œuvre d'une loi d'application générale en immigration (la *LIPR*) qui n'est sujette à aucune limitation dans le temps, en particulier au quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.2.

²⁸⁸ Luc B. TREMBLAY (2002), p. 278.

²⁸⁹ Luc B. TREMBLAY (2002), p. 278.

lumière des piliers fondateurs de notre droit, en d'autres termes sous la lunette des droits conférés par la *Charte*.

Par exemple, dans l'affaire *Singh*, la Cour a dû dans un premier temps prendre connaissance du droit en vigueur. À l'époque des événements, le droit de l'immigration autorisait le ministre et ses fonctionnaires à étudier une demande d'asile, et non pas un tribunal quasi-judiciaire. La décision administrative qui en découlait fut confrontée aux exigences de la *Charte*, plus précisément celles de l'article 7 et aux principes de justice fondamentale. La Cour a jugé que les demandeurs d'asile avaient le droit à des exigences procédurales plus élevées que celle prévue à l'époque. En effet, le décideur avait l'obligation de rencontrer le demandeur et non pas rendre son verdict sur avis d'un subalterne ayant procédé à l'entrevue et à la rédaction du rapport. La société démocratique dans laquelle nous vivons ne pouvait accepter un processus ministériel à deux niveaux pour une question aussi importante que le retour à la persécution d'un étranger²⁹⁰. En 1989, le Parlement a d'ailleurs répondu par l'adoption d'une loi créant la Commission de l'immigration et du statut pour le réfugié.

La théorie du fondement légitime fait appel à une grille normative lorsqu'elle étudie la validité des considérations prises en vue d'une action gouvernementale. Le choix du gouvernement doit non seulement être conforme au processus législatif ayant mené à la décision, de même que les motivations soutenant la décision doivent être valables²⁹¹, il doit également répondre aux principes fondamentaux et aux critiques présentées contre ce choix. Nous avons vu précédemment que le fédéralisme, la démocratie, le constitutionalisme et la primauté du droit et le respect des minorités sont des principes fondateurs de l'article premier de la *Charte*. Ces principes puisent donc dans le legs de l'article premier de la *Charte*, toutefois, il est difficile de préciser avec justesse les énoncés sous-jacents à l'article premier étant donné la nature évolutive et interprétative de la *Charte* canadienne²⁹². Les critères propres à la théorie du fondement légitime rendent compte de l'évolution de l'interprétation du droit canadien en suivant le développement du droit constitutionnel.

ii) Les critères applicables à la théorie du fondement légitime : quand la sécurité nationale est en jeu

²⁹⁰ Pour plus de détails voir la première du dernier chapitre, sous-section 3.1.1.

²⁹¹ Ce processus s'apparente, comme nous le mentionnons plus haut, à la théorie du fondement rationnel.

²⁹² *Renvoi sur la Sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 33.

Les critères applicables à la théorie du fondement légitime s'inspirent du processus traditionnel de l'analyse constitutionnelle de l'article premier. Le test développé dans *Oakes* a énuméré plusieurs critères repris par la théorie du fondement légitime. L'originalité de la thèse du professeur Tremblay réside toutefois dans l'admission de plusieurs ordres normatifs et d'une justification fondée sur la légitimité et non seulement sur la validité. Le postulat de base de la théorie du fondement légitime soutient :

« que la justification d'une restriction aux droits garantis est suffisamment démontrée, aux fins de l'article premier, si, et seulement si, la partie qui en demande le maintien montre, à la satisfaction de la cour et conformément à une certaine norme de preuve, non seulement que la mesure gouvernementale était légalement autorisée et que son auteur avait quelque **raison valable** de la poser, mais que les motifs avancés en sa faveur constituent de **bonnes raisons** compte tenu d'un certain **ordre normatif critique**. Démontrer qu'une restriction est justifiée aux fins de l'article premier consiste donc à montrer, non seulement qu'elle est **autorisée par une règle de droit et qu'elle possède un fondement rationnel, mais qu'elle possède aussi un fondement légitime.** »²⁹³ [Nous soulignons.]

Il en découle que les droits, même les plus fondamentaux, ne sont pas *absolus*, ce qui va à l'encontre du droit impératif reconnu en droit international qui impose l'indérogeabilité de certaines normes²⁹⁴. Toutefois, la restriction d'un droit fondamental doit être justifiée au regard de l'ordre normatif qui la définit (par exemple par les exigences de l'administration publique) et doit s'appuyer sur des assises non seulement rationnelles mais également éthiques. Dans la théorie du fondement légitime les droits prévus dans la *Charte* agissent comme des *contraintes latérales*²⁹⁵. C'est dire que les droits et libertés limiteront l'action gouvernementale tout en préservant son autonomie. En effet, l'action gouvernementale doit bénéficier d'une certaine autonomie afin de pouvoir diriger le pays et permettre une bonne gestion de l'appareil gouvernemental, de ses fonctionnaires, et ce, avec une certaine efficacité.

Les droits doivent être conçus comme des contraintes agissant par la bande, si l'on veut éviter une dictature par le droit et autoriser le gouvernement de faire « fonctionner » le pays.

²⁹³ Luc B. TREMBLAY (2002), p. 281.

²⁹⁴ Au sujet du droit impératif ou *jus cogens*, consulter le quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.1. La Conclusion générale propose également une réflexion sur l'interaction du droit impératif, dans ses développements récents, et le droit constitutionnel.

²⁹⁵ Voir la note en bas de page 63 de la page 304 pour l'inspiration théorique ("*side-constraints*" chez Norbert NOZICK) et à la page 312 pour la référence directe à la théorie de Nozick.

Cette vision des contraintes dites *latérales* s’explique aussi par la légitimité du gouvernement dont les représentants furent élus par la population et limiter ainsi l’intervention judiciaire. Inversement, et pour éviter les abus de l’exécutif, le jargon juridique précise que la contrainte adoptée par le gouvernement doit être rationnellement justifiée et « constituer une atteinte minimale » des droits visés²⁹⁶.

Dans le but de faciliter la compréhension des critères de la théorie du fondement légitime, nous schématisons les propos du professeur Tremblay dans le tableau qui suit. L’application de ces critères fera toutefois l’objet des chapitres suivants à travers l’étude des affaires *Singh* et *Suresh*, en particulier le dernier chapitre.

Figure 1: Critères relatifs à l'application de la théorie du fondement légitime

	Conditions	Critères	Sous-critères	Notes
1.	“prescribed by law”	S’agit-il d’une règle de droit?	Processus législatif respecté	Nécessite un contrôle de la légalité et un degré de précision de la norme.
2.	Les considérations sont celles de l’auteur de la norme	Qu’avait le gouvernement en tête lorsqu’il a adopté la norme?	Problèmes à résoudre, contexte social, solutions, objectif, etc.	En fonction de la meilleure règle interprétative de l’intention de l’auteur de la norme (livre blanc, travaux préparatoires, etc).
3.	Raisons valables	i) les considérations doivent rationnellement mener à la mesure ii) existence des prémisses d’un raisonnement pratique valide iii) critère de pertinence iv) le jugement de fait repose sur la réalité		S’apparente à la théorie du fondement rationnel que l’on retrouve dans l’arrêt <i>Oakes</i> avec ses trois étapes d’analyse sous l’article 1. Ce sont les « conditions minimales » à l’étude de la bonne raison. (p.282)

²⁹⁶ Cette discussion est d’autant plus pertinente lorsqu’il sera question des raisons valables au renvoi vers la torture dans l’affaire *Suresh* au dernier chapitre, à la sous-section 4.2.2, au point i).

		v) le jugement de valeur doit être fondé sur la raison	a) appréciation objective de l'objet sous étude b) caractéristiques objectives de l'objet sous étude c) interprétations plausibles sur la base de champs normatifs	La subjectivité et les sentiments ne doivent pas être les raisons qui justifient la norme adoptée. Les jugements de valeur et de fait doivent reposer sur un fondement rationnel. Les éléments de preuve, tels les rapports et les enquêtes en sont de bons indicateurs d'analyse.
4.	Bonne raison : .1 Auditoire à convaincre .2 Validité universelle .3 Bien commun		Auditoire : composé de la communauté juridique et politique; Validité : consensus inscrit dans un temps déterminé Bien : intérêt général et bénéfique au plus grand nombre des sujets	Dimension d'une grande complexité conceptuelle et moralement contestée.
		i) prémisses acceptables	a) ... par tout l'auditoire b) variabilité des raisons justificatrices c) degré variable de probabilité	L'acceptabilité des prémisses est fonction de la nature du jugement en cause et de la connaissance factuelle du contexte et des éléments en jeu.
		ii) la force du lien entre les prémisses et la conclusion iii) évaluation critique et rationnelle des prémisses	⇒ « critère de suffisance » les prémisses mènent à la conclu. ⇒ par l'auditoire, y compris les détracteurs de la norme	Ce sont les éléments en preuve et l'argumentation. Ces deux derniers critères sont particulièrement importants en matière de sécurité.

De façon concrète et pour traduire brièvement les critères dans les dossiers qui nous préoccupent, la théorie propose d'abord l'étude des faits d'un côté, c'est-à-dire, la décision de renvoyer des réfugiés (décision gouvernementale) et le régime juridique en place à l'époque des événements, c'est-à-dire la loi sur l'immigration de 1976 et celle 1985²⁹⁷ (légalité). De l'autre côté, l'analyse de la décision de la Cour et ses conséquences (analyse rationnelle) : l'évaluation de la crédibilité d'un étranger et la protection de la société canadienne (raison valable) et l'importance de la sécurité selon son contexte historique (bonne raison). À partir des motifs de la

²⁹⁷ La loi sur l'immigration de 2002 (la *LIPR*) est entrée en vigueur après la décision de *Suresh*, mais les articles étudiés par la Cour sont demeurés inchangés dans la nouvelle loi, et pour cause, suite aux événements du 11 septembre la Cour suprême les a entérinés.

Cour et des plaidoyers des deux parties, la thèse retracera les justifications du gouvernement qui ont conduit à l'adoption des deux règles en place et qui ont été contestées.

La première décision (*Singh*) vise le processus purement administratif de l'octroi du statut de réfugié. En effet, de 1976 à 1985, le ministre chargé de l'Immigration et ses délégués (fonctionnaires) étaient responsables de la détermination du statut de réfugié. Un fonctionnaire de rang inférieur rencontrait le demandeur et rédigeait un rapport qu'il remettait au décideur (fonctionnaire de plus haut rang)²⁹⁸. Ce processus fut jugé non conforme aux principes de justice fondamentale de l'article 7 de la *Charte*²⁹⁹.

La deuxième mesure contestée dans *Suresh* porte sur le renvoi de réfugié menaçant la sécurité nationale vers son pays d'origine quelles que soient les circonstances politiques ou les conditions de son retour. La Cour a jugé conforme le processus ministériel d'évaluation du danger de la population versus le retour à la torture d'un étranger au regard des principes de justice fondamentale, c'est-à-dire que le processus administratif offre des garanties procédurales suffisantes. Néanmoins, la Cour a renvoyé le dossier de M. Suresh pour un nouvel examen, puisque dans les circonstances de M. Suresh, le processus en place n'avait pas été respecté³⁰⁰. La Cour a donc habilement préservé la constitutionnalité de l'article 115 de la *LIPR* tout en protégeant l'intégrité physique de M. Suresh en reconduisant l'examen de son dossier au Ministre³⁰¹.

À notre avis, la théorie du fondement légitime permet une analyse rigoureuse des motifs de la Cour et du gouvernement, malgré certaines limites qui seront abordées dans la prochaine section. Cette théorie rend possible, tel que précédemment relevé, une pluralité de cadres normatifs conduisant à des solutions administratives diverses. Ces solutions entérinées par le Parlement canadien dans la loi sur l'immigration se fondent sur l'histoire du Canada, sa création,

²⁹⁸ Pour une meilleure compréhension de la procédure, à l'époque des événements en cause (soit dans les années 70), voir la discussion sur l'affaire *Singh* et les modifications subséquentes dans la première partie du troisième chapitre 3, sous-section 3.1.1.

²⁹⁹ Voir sur les conclusions de la Cour dans *Singh* et détaillées au troisième chapitre, à la sous-section 3.1.1, au point ii).

³⁰⁰ Pour connaître en détail les rouages procéduraux du processus de pondération du danger pour la population canadienne et le renvoi vers la torture dictés par l'article 115 de la *LIPR*, voir la sous-section 3.2.2, au point i). Les défauts de procédures dans le dossier de M. Suresh sont également étudiés dans la seconde partie du troisième chapitre, à la sous-section 3.2.2, au point ii).

³⁰¹ Pour l'analyse constitutionnelle dans *Suresh*, voir le quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.2.

et sur l'expérience canadienne en immigration des populations de l'Europe de l'Est et asiatiques, dans un premier temps, et des travailleurs saisonniers provenant de l'Amérique du Sud dans un deuxième temps³⁰². Les pratiques administratives (le corps normatif), reflétées par les choix législatifs, procèdent de la dynamique interne du ministère de l'Immigration, de la CISR et plus récemment, en 2002 de la création d'un portefeuille mixte entre les ministères de la Justice, de l'Immigration et de la Sécurité nationale³⁰³.

À la lumière de l'analyse constitutionnelle au dernier chapitre, nous verrons dans quelle mesure il est possible de défendre rationnellement le renvoi vers la torture, si une telle défense est possible. Nous postulons d'emblée que le renvoi vers la torture ne rencontre pas les critères de « raisons valables », en particulier au niveau de l'objectivité de l'appréciation des faits en cause. En d'autres termes, il est de notre avis que le jugement de valeur posé par la Cour sur la décision gouvernementale de renvoyer un réfugié à la torture, s'appuyant sur l'article de loi l'y autorisant, n'est pas fondé sur la raison.

Pour résumer, l'article premier de la *Charte* oblige la justification des choix politiques « sur la base de critères constitutifs d'une théorie normative acceptable de la société libre et démocratique. »³⁰⁴ Les valeurs qui définissent la morale politique guidant les juges et qui présentent des possibilités diverses (jugements en valeur) à l'intérieur de l'arrière-plan téléologique s'appuient fondamentalement sur la définition d'une « bonne justification ». Les justifications avancées par le gouvernement au soutien d'une limitation des droits fondamentaux, comme le droit à la sécurité, doivent être considérées suffisamment importantes, précises et solides par les tribunaux pour que soit entérinée leur légalité aux yeux des juges. La « bonne justification » implique également divers degrés de *généralités* (ou de précisions) et, par conséquent, les exigences administratives et la qualité de la preuve varieront selon le contexte³⁰⁵.

L'enjeu principal reste donc de déterminer si une raison est valable ou non à la lumière d'un arrière-plan téléologique qui emprunte les valeurs propres aux principes constitutionnels écrits et non-écrits. Cet exercice est délicat et requiert une analyse objective conduisant à une

³⁰² Voir l'historique des mouvements migratoires au Canada dans la première section du troisième chapitre, à la sous-section 3.1.1, au point i).

³⁰³ Pour plus de détails sur la structure interne du ministère et un regard critique sur celle-ci, voir le troisième chapitre, à la sous-section 3.1.2.

³⁰⁴ Luc B. TREMBLAY, (2002) p. 288.

³⁰⁵ Luc B. TREMBLAY, (2002) p. 334.

pluralité de résultats tous rationnellement fondés, mais dont le choix judiciaire final sera fondé sur une conception de ce qui est bien ou mal. La prochaine section illustre les difficultés d'une telle entreprise.

Section 1.2 Les limites de la rationalité : l'interprétation contextuelle au lendemain du 11 septembre 2001 et les dangers d'une conclusion judiciaire précipitée sur une question hautement politique

La fécondité d'une approche herméneutique ne fait aucun doute et cette théorie offre beaucoup de possibilités, comme les quelques aspects soulignés précédemment relatifs à l'interprétation du droit. Toutefois, l'herméneutique présente des obstacles de taille surtout lorsqu'il est question de définir des vecteurs s'appuyant sur l'éthique, les valeurs d'une société et la morale. Ces limites sont d'ordre épistémologique et ont également la prétention à une certaine universalité teintée par les valeurs occidentales³⁰⁶. Les prochains paragraphes traiteront des limitations de la théorie du fondement légitime, limites matérielles et philosophiques.

Pour une meilleure compréhension des obstacles de la théorie du fondement légitime, nous avons fait le choix stratégique de les regrouper en trois temps. La première sous-section portera sur la difficulté de définir le cadre axiologique et les repères éthiques qui guident le juge dans son interprétation des textes et des justifications gouvernementales (1.2.1 sur les obstacles d'ordre épistémologique). Cette difficulté en cache une autre, celle de la légitimité du juge lorsqu'il intervient et « dérange » le paysage juridique en réinterprétant le droit en fonction des référents téléologiques (1.2.2 sur la légitimation de l'intervention du juge constitutionnel). Enfin, les troisième et quatrième sous-sections aborderont la place de la sécurité nationale et de l'interférence sécuritaire dans la mise en œuvre des droits fondamentaux (1.2.3 la sécurité, une conception libérale : discussion autour du rôle de l'État en matière de sécurité nationale et 1.2.4 sur le commerce de la peur : quand la sécurité nous obnubile).

Sous-section 1.2.1 Obstacles d'ordre épistémologique: définir un cadre axiologique, mission impossible

³⁰⁶ L'universalité des valeurs humanitaires n'est pas traitée dans cette thèse, sauf quelques mentions au dernier chapitre et une réflexion sur la place du droit international en droit interne en Conclusion générale.

L'épistémologie du droit requiert des connaissances immenses et son interprétation renvoie à un cadre assez flou de règles. L'élaboration d'un système de droit cohérent relève donc du défi. Dans le domaine de l'immigration, par exemple, des choix ont été faits en vertu d'une certaine pondération des risques sociaux et des avantages économiques à l'arrivée de nouveaux migrants. Par exemple, le nombre de travailleurs admis sur le territoire canadien sera déterminé en fonction du fardeau médical, de l'impact culturel, du développement de l'économie locale et nationale, bref de l'allocation attribuée aux nécessités sociales et matérielles, et des retombées économiques qu'offrent des travailleurs comblant des secteurs délaissés par les Canadiens (la cueillette des fruits et légumes, par exemple)³⁰⁷.

Toutefois, l'immigration ne se limite pas à une grille de critères objectifs ou à un simple calcul utilitariste. Cela semble peut-être le cas en matière de sélection des immigrants, mais plus on se rapproche des cas humanitaires (les réfugiés, par exemple) et plus le droit laisse place à interprétation³⁰⁸. Aux fins de notre discussion, deux défis d'envergure seront décrits, soit la difficile entreprise d'identifier les valeurs propres à une société libre et démocratique qui se caractérise par l'existence des principes non-écrits (i) et l'admission par la société multiculturelle de plusieurs ordres normatifs qui posent le problème de leur coexistence (ii).

i) Les valeurs libérales et démocratiques : reflets de l'arrière-plan téléologique et la difficulté de définir les principes non-écrits

C'est en 1998 que la Cour suprême dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* a imposé la reconnaissance des principes non-écrits. Dans ce renvoi, la Cour a établi que les principes constitutionnels sous-jacents ont « plein effet juridique » donnant lieu à des obligations juridiques considérables qui établissent « des limites substantielles à l'action gouvernementale »³⁰⁹. Ces *limites substantielles* permettent en quelque sorte de sortir de la simple « promesse de droit » dont parle Kant et donnent l'efficace et l'efficacité aux droits de la personne³¹⁰.

³⁰⁷ C.F. les rapports parlementaires au soutien des choix du gouvernement en matière d'immigration, entre autres sur le nombre d'admission : <http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/publications/index.asp> voir sous la rubrique Rapports Annuels au Parlement sur l'immigration (dernière consultation le 19 novembre 2011).

³⁰⁸ À cet effet, le premier alinéa de l'article 3 de la *LIPR* portant sur les objectifs de la loi propose le modèle utilitariste : 3. (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet : a) de permettre au Canada de retirer de l'immigration le maximum d'avantages sociaux, culturels et économiques;

³⁰⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 54.

³¹⁰ Emmanuel KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, Florence, Nabu Press, 2010, chapitres 9 et 15.

La difficulté de définir le contenu de la justification d'une limite aux droits fondamentaux s'inscrivant dans une société libre et démocratique tient du fait que cette restriction procède de l'absence de définition des principes non-écrits fixant les valeurs de notre société. Une deuxième difficulté procède de la réinterprétation constante des principes. Nous avons souligné le caractère légal des valeurs et des principes qui définissent la société canadienne. En effet, ces principes « lient à la fois les tribunaux et les gouvernements »³¹¹ et sont fréquemment utilisés par la Cour lorsque vient le temps de trancher pour ou contre une norme gouvernementale³¹². Les valeurs et principes constituent le reflet d'une société dynamique et leur contenu suit l'évolution des changements sociétaux. C'est ce qui explique, entre autres, la difficulté de les définir :

« Ces principes ne fixent toutefois pas l'interprétation de la Charte. Ils la guident tout en étant eux-mêmes sujets des réinterprétations à la lumière de la jurisprudence la plus récente relative à l'interprétation de la Charte, d'une part, et des compréhensions plus sophistiquées des “valeurs fondamentales” de la communauté politique, d'autre part. »³¹³ [Nous soulignons.]

Ce sont pourtant ces principes qui définissent le cadre éthique qui intervient lors du contrôle judiciaire. C'est d'ailleurs ce que soutient le professeur Tremblay, lorsqu'il écrit que « les opinions judiciaires doivent être conçues comme énonçant des jugements “rationnels” et les raisons de décider vont puiser aux conventions et aux pratiques fondamentales d'arrière-plan qui forment la morale politique ainsi qu'aux théories politiques implicites ou explicites qu'elles incarnent ».³¹⁴ Nous retenons particulièrement son commentaire portant sur cet arrière-plan qui, à son avis, s'appuie sur les principes constitutionnels non-écrits :

« Il y a des raisons de penser que la construction de la société libre et démocratique qui guide les juges engagés dans le processus de contrôle judiciaire fondé sur la Charte procède des principes constitutionnels déjà existants, tels que ceux élaborés aux fins de la conception de la “primauté du droit comme justice” [...]. Cette conception postule que le droit constitutionnel canadien repose sur certains principes matériels de justice qui incarnent une version du constitutionnalisme, de la démocratie, du libéralisme et du fédéralisme. Dans le Renvoi relatif à la sécession du Québec, [...], la Cour suprême du Canada

³¹¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 54.

³¹² Voir entre autres le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3 et et bien sûr le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

³¹³ Luc B. TREMBLAY, (2002) voir la note en bas de page 16 aux pp. 278 et 279.

³¹⁴ Luc B. TREMBLAY, (2002) p. 278.

reconnaît aussi l'existence de « quatre principes constitutionnels directeurs fondamentaux [...] : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités ». Les principes non-écrits doivent s'inscrire dans la cohérence du paysage législatif et constitutionnel déjà établi. »³¹⁵

Il ne s'agit pas de provoquer des révolutions juridiques en insufflant aux principes non-écrits une substance « extraordinaire ». Le choix d'une constitution écrite dont s'est dotée le Canada et la certitude du droit s'opposent à de tels changements³¹⁶. La Cour³¹⁷, en parlant de l'indépendance des juges de la Cour provinciale, reconnaît que « les dispositions expresses de la Constitution doivent être considérées comme étant l'expression des principes structurels sous-jacents non-écrits, prévus par le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867. »³¹⁸ Les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges* précisent que le préambule « invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel ».³¹⁹

Sans en faire l'objet principal de notre thèse, et de ce chapitre, limitons-nous à citer les trois thèses qui, selon le professeur Tremblay, soutiennent le fondement épistémologique et normatif des principes non-écrits:

« La première thèse énonce que les principes constitutionnels non écrits sont construits à partir d'une **lecture des textes, de l'histoire politique et des interprétations judiciaires qui présuppose que le droit constitutionnel incarne et doit incarner une certaine conception du juste et du bien.** Cette thèse est liée à la fonction herméneutique des principes qui consiste à rendre le droit intelligible d'un point de vue pratique. En vertu de la seconde thèse, **les tribunaux sont moralement autorisés, voire même tenus, en vertu d'un principe général de la morale politique, de contrôler la validité et la légitimité des actes et des décisions gouvernementales qu'on leur demande de sanctionner et d'appliquer dans le cadre de leur fonction officielle.** Cette thèse implique la

³¹⁵ Luc B. TREMBLAY, (2002) voir la note en bas de page 16 aux pp. 278 et 279.

³¹⁶ Voir le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3 et *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

³¹⁷ Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3 la Cour est partagée et le juge La Forest, dans sa dissidence, s'est fortement opposé à l'émergence du principe d'indépendance des juges à travers l'interprétation du préambule. Il privilégie plutôt les mécanismes habituels d'interprétation constitutionnelle (voir la partie II de son raisonnement sur les effets du préambule de la constitution aux par. 303 et ss.).

³¹⁸ Voir le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 107.

³¹⁹ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3 au par. 104.

construction judiciaire d'un ensemble de critères constituant ce que je nommerai les "normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux". En vertu de la troisième thèse, la substance même des **normes antérieures relatives à la légitimité des actes gouvernementaux constitue ultimement le fondement épistémologique et normatif des principes constitutionnels non écrits.** »³²⁰
[Nous soulignons.]

Les trois thèses développées par le professeur Tremblay offrent une réponse tant au contenu des principes qu'à la légitimité du contrôle judiciaire. La prochaine sous-section (1.2.2) adresse tout particulièrement l'intervention judiciaire, nous retiendrons pour le moment que les principes doivent *incarner une conception du juste et du bien*, ce qui suppose une certaine subjectivité. L'acceptation mitigée de la conception du décideur entraînera nécessairement des critiques et des désaccords.

L'existence de principes et de valeurs non écrits sous-entend donc un exercice très grand d'interprétation surtout en ce qui concerne les droits fondamentaux :

La Constitution n'est pas uniquement un texte écrit. Elle englobe tout le système des règles et principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture superficielle de certaines dispositions spécifiques du texte de la Constitution, sans plus, pourrait induire en erreur. **Il faut faire un examen plus approfondi des principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre Constitution**, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. **Ces principes doivent guider notre appréciation globale des droits et obligations constitutionnels** [qui entrent en jeu dans un cas précis.]³²¹ [Nous soulignons.]

La définition de ces concepts est donc impossible à décrire avec précision, mais la jurisprudence au fil des ans offre quelques exemples et quelques pistes. Dans le *Renvoi sur la sécession*, la Cour intègre dans le droit des principes non-écrits définissant et enrichissant le texte constitutionnel. Ces principes représentent les « prémisses inexprimées » de la Constitution canadienne³²². La liste que dresse la Cour dans le *Renvoi sur la sécession* n'est toutefois pas exhaustive³²³ ce qui implique l'existence de nombreux principes autres que le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme, la primauté du droit et le respect des droits des minorités. La

³²⁰ Luc B. TREMBLAY, « Les principes constitutionnels non écrits : Fondement épistémologique et normatif », pré-publication, 2009. Disponible à l'adresse URL suivante : <http://hdl.handle.net/1866/3014> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

³²¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, p. 222 et par. 148.

³²² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 49.

³²³ La possibilité de trouver d'autres principes que ceux étudiés par la Cour fut maintes fois soulignées par la Cour suprême. Voir le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 32.

qualification d'un principe non-écrit présuppose quelques caractéristiques. Un principe doit répondre aux fondements de la société canadienne, s'inscrire dans l'historicité du Canada et, par conséquent, considérer les enjeux politiques, sociaux et culturels de la population³²⁴.

De plus, les principes étudiés par la Cour dans le *Renvoi sur la sécession* sont interdépendants et ils « fonctionnent en symbiose »³²⁵. Ils constituent donc un échafaudage qui doit être considéré dans son ensemble; une structure dans laquelle « aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application de l'autre. »³²⁶ Cette dernière précision est importante, parce que l'interdépendance déjoue l'empire d'un principe au détriment d'un autre. Par exemple, la démocratie devra toujours considérer l'intérêt des minorités³²⁷.

La société libre et démocratique doit également rendre compte des valeurs sociales propres à la démocratie et des principes constitutionnels se rattachant à la liberté individuelle. Dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, les juges de la Cour suprême, pour une affaire de stupéfiant portant sur le titulaire du fardeau de la preuve, ont élaboré une série de critères relatifs à l'application de l'article 1 de la *Charte*.

Oakes est un arrêt clef dans l'analyse de l'article premier de la *Charte*, puisque la Cour y a élaboré les lignes directrices pour savoir si oui ou non la restriction gouvernementale contre un droit fondamental rencontre l'exigence de l'article 1, c'est-à-dire que la restriction se justifie au regard d'une société libre et démocratique. Plus précisément, dans son analyse, la Cour a défini les principes et valeurs de la société démocratique comme suit³²⁸ :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, **lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.** Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une

³²⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, troisième point dans l'analyse de la cour des principes constitutionnels (par. 49 et suivants).

³²⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 49.

³²⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 49.

³²⁷ Voir à ce sujet, la réflexion du Pr. Andrée Lajoie dans Andrée LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, PUF, Paris, 2002.

³²⁸ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par. 64.

restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [Nous soulignons.]

La dignité humaine et la participation des individus dans la société canadienne touchent particulièrement la problématique de la défense des droits des réfugiés. Le concept de dignité humaine fut juridiquement reconnu au lendemain de la Deuxième guerre mondiale et inscrit dans le Préambule et à l'article premier de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* de 1948³²⁹. La dignité implique le respect non seulement physique, mais aussi psychologique de la personne³³⁰. Il ne fait pas de doute que le droit des réfugiés répond à cette préoccupation pour la sauvegarde de la dignité des personnes persécutées, mais encore faut-il que leurs voix soient entendues dans le pays hôte, afin de combler des lacunes essentielles à leur intégration.

ii) La domination du choix politique en matière d'immigration

L'ensemble des normes à caractère éthique qui compose le cadre normatif de la Constitution vient donner une substance cohérente et inhérente aux droits fondamentaux qui canalisent l'activité gouvernementale. Ce sont des contraintes que le professeur Tremblay qualifie de *déontologiques* et ce type de contrainte présuppose « qu'une pratique, une décision ou un acte peut être bon ou mauvais, juste ou injuste, raisonnable ou déraisonnable, en vertu de règles, de principes ou de considérations catégoriques qui lient les individus indépendamment des conséquences que pourrait produire l'acte, la décision ou la pratique. »³³¹ Dans cette perspective, les droits de la personne agissent comme *contraintes latérales*, c'est-à-dire que les droits préservent l'autonomie gouvernementale en y opposant des limites plus ou moins grandes selon le contexte³³². C'est d'ailleurs ce que reconnaît le professeur Tremblay, lorsqu'il écrit que :

³²⁹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217(III), Doc. Off. AGNU, 3e sess., supp. n°13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

³³⁰ Le dernier chapitre aborde le concept de la dignité humaine dans son analyse du renvoi vers la torture, en particulier dans les deux dernières sous-sections 4.2.1 et 4.2.2.

³³¹ Luc B. TREMBLAY, (2002) p. 305, note en bas de page 65.

³³² Voir également version non finale de Tremblay dans la troisième thèse, la thèse constitutionnelle. Le Très Honorable juge DICKSON dans *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 emprunte cette même idée de contraintes latérales, lorsqu'il écrit aux pages 156 et 157 de la décision : Je commence par ce qui est évident. La *Charte* canadienne des droits et libertés est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir. En l'espèce, cela signifie, comme l'a fait remarquer le juge Prowse de la Cour d'appel, qu'en garantissant le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, l'art. 8 a pour effet de limiter les pouvoirs quelconques de fouille, de perquisition et de saisie que possèdent déjà par ailleurs le gouvernement fédéral ou les gouvernements

« [l]a thèse des droits comme contraintes latérales s'inspire plutôt d'un module de normativité juridique "pluraliste". **Elle reconnaît que certaines pratiques normatives, telle la pratique démocratique majoritaire et représentative, peuvent répondre à des normes, des finalités et des idéaux qui ont un sens et une rationalité à l'intérieur de ces pratiques.** Elle convient en outre qu'il puisse être désirable de **tolérer et de permettre autant que possible à ces pratiques d'évoluer conformément à ces normes, finalités et idéaux internes, sans leur imposer de normes, de finalités et d'idéaux qui ne conviendraient pas à leur logique interne et à leur intégrité.** En ce sens, elle reconnaît que les mesures gouvernementales peuvent tirer leur validité, leur justification et leur légitimité d'ordres normatifs autres que le droit constitutionnel tel qu'interprété et appliqué par les tribunaux. C'est pourquoi les droits ne sont pas conçus comme des contraintes internes imposées "d'en haut". »³³³ [Nous soulignons.]

Toutefois, cette autonomie gouvernementale qui possède une logique interne doit être cohérente, et respecter les valeurs fondamentales de la dignité de la personne. Le gouvernement doit se conformer aux exigences préalablement établies par le droit international et par ses obligations inscrites dans le droit interne, en l'occurrence la *LIPR*.

Par conséquent, outre la difficulté de définir les valeurs, il existe un deuxième obstacle qui concerne la coexistence de plusieurs ordres normatifs. En effet, ce n'est qu'à l'étape de la transposition de la règle contestée sur la toile de fond - contexte éthique - que le juge peut décider, qu'en vertu des valeurs humanitaires, par exemple, l'État ne peut justifier la restriction du droit à la sécurité physique d'un étranger. Néanmoins, le problème qui se pose est double. Tout d'abord, les normes adoptées en droit de l'immigration ne répondent pas toujours à une vision cohérente du système et l'orientation admise par la société du gouvernement s'oppose parfois aux étrangers.

Ainsi, les valeurs humanitaires de l'article 3 de la *LIPR* rencontrent des limites éparées, fragmentaires et souvent sans justification à travers le texte de la loi. Ces valeurs vont parfois jusqu'à se contredire³³⁴. Dans le domaine des réfugiés, la réforme sur les réfugiés proposée en

provinciaux. Il ne confère en soi aucun pouvoir à ces gouvernements, pas même celui d'effectuer des fouilles, des perquisitions et des saisies « raisonnables ».

³³³ Luc B. TREMBLAY (2002), pp. 308 et 309.

³³⁴ L'article 3 de la *LIPR* comprend les objectifs et les orientations de la loi tel que « a) de reconnaître que le programme pour les réfugiés vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution; b) de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d'affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller » [nous soulignons]. Tandis que les préoccupations sécuritaires apparaissent aux deux derniers paragraphes de l'article 3(2) « g) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité; h) de

2010 répond, à notre avis, plutôt à une nécessité bureaucratique qu'à une protection accrue du système ou des réfugiés³³⁵.

Enfin, un autre exemple de l'incohérence gouvernementale porte sur l'article 115 étudié dans l'affaire *Suresh*, permettant en ultime recours le renvoi vers la torture. L'adoption de l'article 1 de la *Convention contre la torture* dans la *LIPR* (Annexe A) et la position du Canada contre les mauvais traitements en vertu de l'article 12 de la *Charte* et 97 de la *LIPR* sont des éléments suffisants qui justifient l'abolition de la torture. L'absence d'une incorporation complète du texte de la *Convention contre la torture* en droit interne canadien ne devrait pas contraindre le gouvernement à adopter une position internationale en faveur de l'imposition de la torture et le renvoi d'un individu qui risquerait d'être torturé. Il nous semble, en effet, incongru d'avoir comme politique interne l'abolition de la torture ou l'interdiction de mauvais traitement, sans en empêcher l'exercice à l'étranger³³⁶.

La deuxième facette du problème est l'orientation choisie par le gouvernement. Si le gouvernement privilégie, par exemple, la fermeture des frontières, les tribunaux peuvent difficilement intervenir. Le cadre éthico-moral ne peut substituer les choix législatifs que si ces choix contreviennent à la vie, la sécurité et la liberté de la personne.

Pour reprendre un exemple caractéristique, la sécurité physique d'un demandeur d'asile est en cause lorsqu'il y a persécution, encore faut-il que ce dernier parvienne au Canada. Rappelons que le Canada a ratifié la *Convention relative au statut pour le réfugié* qui prévoit la protection sur le territoire du pays hôte. Toutefois, ce choix politique comporte une grande réserve. En effet, lorsque les États ont rédigé la *Convention*, ils ont fait le choix politique de favoriser le droit d'asile dérogatoire, c'est-à-dire l'autorisation de demander l'asile une fois à

promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité. ».

³³⁵ La première mise en œuvre de la réforme du système d'octroi d'asile, depuis l'adoption de la *LIPR*, remonte à 2010, avec des modifications réglementaires relatives aux circonstances d'ordre humanitaire (4 novembre 2010), le plan de réduction de l'arriéré des demandes d'examen des risques avant renvoi (27 janvier 2011), des modifications réglementaires afin de réduire les délais de traitement et le choix des pays d'origine désignés (18 mars 2011), l'ouverture d'un nouveau bureau de traitement des demandes à Vancouver afin de centraliser la réception des demandes (1 avril 2011). D'autres mesures ont été prévues et sont détaillées au troisième chapitre, en particulier à la sous-section 3.2.1. Ces mesures bureaucratiques visent une accélération du processus décisionnel et le renforcement des mesures d'expulsion sous l'angle de la protection de la population et de l'intégrité du système. Pour plus d'information sur la réforme, consultez le site du ministère de la Citoyenneté et Immigration Canada, à l'adresse URL suivante : <http://www.cic.gc.ca/francais/refugies/reforme.asp> (dernière consultation le 16 septembre 2013).

³³⁶ La cohérence du système juridique sera analysé au dernier chapitre en partie dans l'analyse constitutionnel de l'article 7 de la *Charte* et des valeurs qui le soutiennent, voir le quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.2.

l'extérieur du pays d'origine. Toutefois, les États ont refusé de s'intéresser à la question de la libre circulation des réfugiés, laissant le soin à l'individu de trouver lui-même les moyens pour arriver dans un pays-tiers, et ce, souvent au péril de sa vie étant donnée la situation persécutrice qui l'assaille³³⁷.

Une autre illustration de la direction politique canadienne en matière d'immigration et, toujours sur la fermeture des frontières, est l'accord entre le Canada et les États-Unis sur les pays-tiers sûrs qui interdit le passage aux frontières terrestres canado-américaines des demandeurs d'asile. L'*Entente avec les États-Unis établissant une zone de pays-sûrs* pose, à notre avis, un problème d'incohérence interne. En effet, déléguer le pouvoir d'évaluation de la demande d'un réfugié à un pays autorisant le renvoi vers la torture ne peut constituer une protection adéquate³³⁸. Un revendicateur doit faire sa demande d'asile auprès des autorités du premier pays où il arrive³³⁹. Le droit des réfugiés et les obligations internationales du Canada en matière des droits de la personne voudraient que l'on offre une reconnaissance et une protection pleines et entières des réfugiés. Le droit américain et l'influence républicaine sur le traitement des étrangers après les évènements tragiques du 11 septembre 2001 n'étaient pas en mesure d'offrir une protection adéquate contre le retour à la persécution. C'est du moins la conclusion que tire la Cour fédérale, en première instance, sous la plume du juge Phelan, lorsqu'il conclut à l'inefficacité de la protection américaine³⁴⁰.

Toutefois, la Cour d'appel a jugé que le Gouverneur en Conseil a agi de bonne foi lorsqu'il a désigné nos voisins du Sud en vertu de l'article 102 de la *LIPR*, en se basant sur la preuve alors disponible dont une déclaration du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés à l'effet que les États-Unis constituaient un pays sûr³⁴¹. La Cour d'appel reproche au

³³⁷ Pour plus de détails sur le compromis politique et le droit d'asile dérogatoire par opposition au droit d'asile axiologique, voir l'Introduction générale, à la sous-section 0.1.1.

³³⁸ Voir l'analyse étoffée du juge Phelan dans *Conseil pour les réfugiés c. Canada*, 2007 C.F. 1262, en particulier le paragraphe 259 : « Le droit des États-Unis permet d'accepter les assurances d'un autre pays que la personne renvoyée ne sera pas torturée, mais ni le droit des États-Unis, ni en tout cas sa pratique, ne considèrent que l'expulsion d'une personne vers un pays où elle sera probablement torturée ne constitue un empêchement absolu à son expulsion. »

³³⁹ Pour plus de détails sur l'Entente entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes d'asile présentées par des ressortissants de tiers pays (connue sous l'Entente sur les tiers pays sûrs), voir le troisième chapitre, à la sous-section 3.1.2.

³⁴⁰ *Conseil pour les réfugiés c. Canada*, 2007 C.F. 1262, en particulier les paragraphes 136 et suivants et sur la non conformité constitutionnelle de l'Entente, voir les paragraphes 304 et suivants.

³⁴¹ *Canada c. Canada (Conseil pour les réfugiés)*, 2008 C.A.F. 229, par. 79.

juge Phelan d'avoir pris en considération de la preuve postérieure à l'introduction de l'Entente dans son analyse de la conformité des lois américaines à la Convention de 1951³⁴². Unanimentement, les trois juges, sans pourtant se prononcer directement sur l'effectivité de la protection américaine au refoulement des réfugiés, ont décidé que le processus de désignation et l'examen du suivi de la désignation se fondaient sur des éléments de preuve complets et contemporains. Par conséquent, les tribunaux ne devaient pas intervenir³⁴³. Cette conclusion est néanmoins discutable à plusieurs égards et fait l'objet d'une discussion plus approfondie au chapitre 3. Ce qui trouble c'est l'intervention plutôt passive de la Cour en matière de protection des réfugiés devant la position gouvernementale à refouler, déjà à l'étranger, les réfugiés.

Nous avons vu, en premier point de cette sous-section, que le contenu des valeurs libérales promeut, entre autres, le respect des cultures de la différence et de la dignité humaine. La justice pour tous et la possibilité de concevoir le monde dans un prisme faisant ressortir une diversité de points de vue. Sans tomber dans un relativisme absolu, la Cour souligne l'importance de l'égalité des communautés et de l'épanouissement de la culture et des mentalités de ses membres. Le Canada est avant tout une terre d'immigration et le paysage multiculturel canadien n'est pas le seul à changer, le visage des minorités aussi se transforme³⁴⁴. Nous sommes passés

³⁴² *Canada c. Canada (Conseil pour les réfugiés)*, 2008 C.A.F. 229, par. 81.

³⁴³ *Canada c. Canada (Conseil pour les réfugiés)*, 2008 C.A.F. 229. Le 5 février 2009, la Cour suprême a refusé d'entendre les parties en appel à la décision des trois juges de la Cour d'appel, maintenant ainsi la légalité de l'Entente. La décision de la Cour d'appel est contestable à plusieurs niveaux, toutefois, le cas en l'espèce présenté aux tribunaux ne favorisait pas une intervention de la Cour. Pour une discussion plus approfondie sur la preuve présentée devant les tribunaux et les motifs de la cour fédérale et la cour d'appel, voir le troisième chapitre, à la sous-section 3.2.2.

³⁴⁴ Dans les années 80, le gouvernement québécois faisait une distinction à partir des origines d'un individu et de sa langue maternelle. Aujourd'hui, le gouvernement utilise une autre terminologie, celle de la minorité visible, c'est-à-dire en faisant référence à la couleur de la peau, par opposition aux Autochtones et à un membre de la minorité ethnique (dont la langue maternelle n'est ni le français ni l'anglais). Voir l'énoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration de 1991 <http://www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/ministere/Enonce-politique-immigration-integration-Quebec1991.pdf> (dernière consultation le 11 octobre 2011) ou le cadre juridique en matière d'égalité d'emploi : *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, L.R.Q., chapitre A-2.01. L'article 1 stipule que la : « loi institue un cadre particulier d'accès à l'égalité en emploi pour corriger la situation des personnes faisant partie de certains groupes victimes de discrimination en emploi, soit les femmes, les personnes handicapées au sens de la Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale (chapitre E-20.1), les autochtones, les personnes qui font partie d'une minorité visible en raison de leur race ou de la couleur de leur peau et les personnes dont la langue maternelle n'est pas le français ou l'anglais et qui font partie d'un groupe autre que celui des autochtones et celui des personnes qui font partie d'une minorité visible. »

des francophones³⁴⁵ aux allophones, et des Autochtones aux homosexuels et aux femmes³⁴⁶. Et même si les réfugiés ne sont pas des citoyens canadiens, ils constituent néanmoins un groupe de personnes vulnérables à l'égard duquel notre société doit se montrer juste et équitable.

En effet, l'élaboration du système fédéral canadien correspond aux réalités historiques du pays et visait, à l'époque, à concilier les intérêts économiques du Haut et du Bas-Canada³⁴⁷. Le principe du fédéralisme voulait également répondre aux intérêts collectifs de la minorité linguistique et culturelle de l'époque, soit les Francophones. Aujourd'hui, le respect des minorités accepte une réalité fort différente. Par exemple, en Colombie-Britannique près de la moitié de la population est d'origine étrangère pour une grande majorité d'Asiatiques³⁴⁸. Bien que les minorités au sens constitutionnel font référence aux minorités linguistiques francophones³⁴⁹, il n'empêche pas que le système fédéral, à la lumière du principe démocratique et de la primauté du droit, doit agir contre l'arbitraire de la domination d'une majorité qui se préoccupe peu des intérêts de groupes plus vulnérables comme les minorités ethniques et les réfugiés.

Il va sans dire que l'élaboration et l'interprétation des principes non-écrits constituent une difficulté importante pour qui veut comprendre l'arrière-plan qui guide les juges dans leurs décisions. Sur le plan méthodologique, il faut retenir que ces principes possèdent un caractère évolutif ce qui augmente encore plus l'impossibilité d'une définition, et ce, en dépit des quelques pistes de la Cour suprême permettant plus au moins de situer ces principes dans notre système juridique.

Toutefois, même si un cadre référentiel ne peut être couché sur papier - on peut seulement tenter d'en cerner l'élaboration - et il est important que les tribunaux fassent certains choix

³⁴⁵ La Constitution canadienne reconnaît le Québec comme société à majorité francophone et elle reconnaît également les minorités francophones hors Québec. À cet effet, l'article 23 de la *Charte* protège le droit à l'instruction dans la langue de la minorité.

³⁴⁶ Pour un excellent portrait sur la situation juridique des minorités et la possibilité de se faire entendre, voir Andrée LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, PUF, Paris, 2002.

³⁴⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 57.

³⁴⁸ D'après le recensement de 2006, 40% de la population est d'origine asiatique (Sud, Est et Ouest confondus), en 2011 ce pourcentage semble se maintenir. Pour plus de détails sur le dernier recensement de 2011, consulter les résultats et analyses sur le site de Statistiques Canada à l'adresse URL suivante : <http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/index-fra.C.F.m> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Pour une meilleure compréhension des fluctuations et des mouvements de populations étrangères en Colombie-Britannique et plus particulièrement à Vancouver, consulter le site de Metropolis : <http://mbc.metropolis.net/index.html> (dernière consultation le 16 septembre 2013).

³⁴⁹ Article 23 de la *L.C.*

fermes posant des fondements éthiques et moraux favorisant, à notre avis, une approche humanitaire. Ces choix doivent correspondre à une compréhension réelle des enjeux du droit de l'immigration et de la protection des réfugiés. Les limites d'une telle construction rencontrent évidemment l'empire du savoir où il devient difficile de saisir toutes les connaissances entourant l'administration publique, son fonctionnement (la bureaucratie), la problématique migratoire, les causes et défis de l'engagement humanitaire. Le savoir sera toujours partiel, mais il nous semble possible de poser des choix éthiques favorisant une conciliation possible entre le pouvoir étatique et la protection des étrangers, ici les réfugiés. Notre raison à hauteur d'homme est certes limitée, mais elle vaudra toujours mieux qu'une décision politique aux allures rationnelles issue d'une alchimie concoctée à partir d'agendas personnels, de compromis sentimentaux et de faveurs politiques.

Les tribunaux, en adoptant un axe humanitaire, s'exposeront obligatoirement à une critique, celle d'outrepasser les lois. Ainsi, en plus de la difficulté que pose la capacité de juger en fonction d'un cadre téléologique et d'en saisir le contenu et le problème de la représentativité des réfugiés, le degré d'intervention des juges dans le paysage législatif met en cause la légitimité du contrôle judiciaire. La prochaine sous-section étudiera les limites de l'intervention du juge et l'importance de la sauvegarde des droits fondamentaux.

Sous-section 1.2.2 La légitimation de l'intervention du juge constitutionnel

L'originalité de la théorie du fondement légitime se situe dans l'admission de deux ordres normatifs. Le premier anime les choix et les mesures gouvernementales alors que le deuxième procure aux droits fondamentaux leur substance et leur légitimité. Les valeurs dans lesquels puisent les deux ordres sont les mêmes et appartiennent à la société canadienne. Selon la théorie du fondement légitime, en cas de conflit entre les deux ordres normatifs, la prépondérance va à la préservation des droits fondamentaux³⁵⁰. Les décisions politiques sont le résultat de considérants dictées par des besoins sociaux pressants, des pressions médiatiques ou électorales ainsi que de compromis d'opinions divergentes au sein des partis politiques. Les directives politiques cheminent à travers les labyrinthes de l'administration publique rencontrant là aussi d'autres compromis plus ou moins objectivable pour obtenir la mesure désirée.

³⁵⁰ Luc B. TREMBLAY (2002), pp. 304 et 305.

Les droits fondamentaux ne participent pas en soi à l'élaboration d'une politique ou d'une action gouvernementale. Ils ne dictent pas non plus les finalités que doivent rechercher les politiciens ou les fonctionnaires³⁵¹. Cette distinction est importante puisque le droit constitutionnel doit aussi assurer les « idéaux de la pratique démocratique représentative et majoritaire normale »³⁵². En ce sens, les droits fondamentaux agissent de façon *externe* à l'activité gouvernementale, accordant ainsi la pleine autonomie politique³⁵³. Il faut concevoir les droits fondamentaux, tel l'indique Luc B. Tremblay, comme des « contraintes latérales qui pèsent sur les mesures gouvernementales et les jugements politiques dont la justification normale est de type conséquentialiste »³⁵⁴. La force du droit constitutionnel est donc de supprimer les moyens utilisés par le politique lorsque ces derniers violent les droits fondamentaux.

Un droit fondamental peut être absolu, comme dans le rare exemple de la torture. Si le droit est absolu, il ne peut souffrir d'aucune exception et ne peut donc pas être pondéré par d'autres considérations³⁵⁵. Dans le cas contraire, les motivations soutenant les mesures gouvernementales doivent être suffisantes pour briser le seuil de résistance que confère la force de l'ordre normatif des droits fondamentaux³⁵⁶. Selon nous, le droit international, et particulièrement le développement des droits de la personne, reflètent en partie cet ordre normatif sur lequel les droits fondamentaux de la *Charte* canadienne s'appuient³⁵⁷. La théorie du fondement légitime propose donc une lecture objective des raisons avancées par le gouvernement, en fonction d'un arrière-plan éthiquement fondé. Le rôle du juge devient crucial dans le redressement des impératifs que commandent les droits fondamentaux.

³⁵¹ Luc B. TREMBLAY (2002), p. 305.

³⁵² Luc B. TREMBLAY (2002), p. 306.

³⁵³ Luc B. TREMBLAY (2002), pp. 304-306.

³⁵⁴ Luc B. TREMBLAY (2002), p. 304. Il faut entendre par la vision *conséquentialiste* une approche qui favorise la retenue judiciaire. Pour plus de détails, en particulier sur la revue judiciaire des décisions du juge La Forest refusant l'existence de référant externe ou éthique émanant des droits fondamentaux et pressant sur les actions gouvernementales, voir le quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.2 au point i).

³⁵⁵ La Cour suprême, dans *Suresh*, pondère le risque de torture du réfugié devant être renvoyant à l'impératif sécuritaire. Ce faisant la Cour a non seulement violé le droit international, mais également le droit constitutionnel canadien. Cette affirmation fera l'objet d'une démonstration approfondie au quatrième chapitre.

³⁵⁶ Luc B. TREMBLAY (2002), pp. 305-306.

³⁵⁷ Au sujet de l'interaction de la théorie du fondement légitime et la force du *jus cogens* en droit interne, voir le quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.1, au point ii).

Depuis l'abolition de la monarchie en faveur des pouvoirs parlementaire et judiciaire, la place du juge dans le monde politique et juridique a sans cesse pris de l'envergure³⁵⁸. Ce phénomène n'est pas seulement notoire dans les pays anglo-saxons, il a également pris des proportions mondiales, du moins dans le monde occidental³⁵⁹. La transformation du rôle du juge s'est accentuée au Canada avec l'avènement de la *Charte des droits et libertés* en 1982. En effet, la *Charte* constitue une arme pour le citoyen contre l'État, mais elle donne également un pouvoir très grand aux juges³⁶⁰. La *Charte* amène, de par les droits qu'elle protège, les juges à se prononcer sur la *sagesse* des mesures législatives³⁶¹, lorsque les lois contredisent la constitution canadienne³⁶².

La conciliation entre le principe démocratique et le rôle du juge en matière constitutionnel est donc devenue un enjeu crucial pour la préservation de la légitimité des institutions publiques³⁶³. Le danger le plus grand qui guette le juge est l'ampleur de son intervention et

³⁵⁸ David J. MULLAN, "The role of the judiciary in the review of administrative policy decisions : issues of legality", dans Ghislain OTIS et Mary Jane MOSSMAN (dirs), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 1999 et Christopher P. MANFREDI, *Judicial power and the Charte : Canada and the par.dox of liberal constitutionalism*, 2nd Édition, Toronto, Oxford University Press, 2001.

³⁵⁹ Dominique ROUSSEAU, « La montée en puissance du juge dans le constitutionnalisme contemporain : un phénomène à l'échelle mondiale », dans Ghislain OTIS, et Mary Jane MOSSMAN (dir.), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 1999; Neal TATE and Torbjörn VALLINDER (eds), *The global expansion of judicial power*, New York, New York University, 1995. Philippe ROBERT et Amedeo COTTINO (dirs), *Les mutations de la justice. Comparaisons européennes*, Paris, L'Harmattan, 2001.

³⁶⁰ Sébastien LEBEL-GRENIER, *The Charter and Legitimization of Judicial Activism*, dans l'ouvrage collectif *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la direction de Paul HOWE et Peter H. RUSSELL, Montréal, McGill-Queens University Press, 2001.

³⁶¹ *Le Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 est sans aucun doute un arrêt décisif sur la question. Voir également *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045 sur la définition de traitements cruels et inhumains dans le cadre d'une sentence criminelle.

³⁶² Uniquement sur la séparation des pouvoirs, et avant la *Charte*, voir la vive réaction de la Cour dans une affaire de validité d'une loi fiscale dans *Amax Potash Ltd. Etc. c. Le gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, à la page 590 : « On dit qu'un État est souverain et qu'il n'appartient pas aux tribunaux de juger de la raison d'être ni de la sagesse de la volonté expresse du législateur. En tant que déclaration de principe, c'est indubitablement exact, mais dans un État fédéral, le principe général doit céder devant les exigences de la constitution qui définit les limites de la souveraineté et de la suprématie. Les tribunaux ne mettront pas en doute la sagesse des textes législatifs qui, aux termes de la Constitution canadienne, relèvent de la compétence des législatures, mais une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs. La Saskatchewan et l'Alberta ont fait savoir à cette Cour que les notions de justice et d'équité ne sont pas pertinentes en l'espèce. S'il en résulte une injustice, c'est à l'électorat qu'il appartient de la corriger et non aux tribunaux. Apparemment les deux provinces ne trouvent rien d'incohérent ni d'anormal à interdire à un sujet de recouvrer des sommes d'argent payées sous protêt à la Couronne en exécution d'une loi subséquemment jugée *ultra vires*. »

³⁶³ Yves-Marie MORISSETTE, « Le juge canadien et le rapport entre la légalité, la constitutionnalité et la légitimité », dans Ghislain OTIS et Mary Jane MOSSMAN (dirs), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 1999. Voir également Guglielmo FERRERO, *Pouvoir : les génies invisibles*

l'acceptation de la société de la décision judiciaire. Cette question de l'intervention du juge cache deux enjeux importants. Le premier porte sur le degré d'indépendance des juges par rapport à l'exécutif. Il a été souligné précédemment à quel point il est important pour les juges de ne pas se sentir obligés de décider en faveur du gouvernement (voir sous-section 1.1.2 sur le principe d'indépendance des juges au sein d'une société libre et démocratique).

Le deuxième enjeu est en quelque sorte l'envers de la médaille, le juge peut-il aller trop loin dans sa décision en s'immisçant dans les affaires publiques? On peut alors se demander s'il existe des cas où les tribunaux et, en particulier, la Cour suprême du Canada ont outrepassé son pouvoir jusqu'à recréer le droit. À notre avis, la théorie du fondement légitime est particulièrement vulnérable à cette critique. Cette sous-section abordera la problématique de l'intervention judiciaire en deux temps : i) l'activisme judiciaire et ii) l'intervention légitime du juge contre le mythe de la neutralité judiciaire.

i) L'activisme judiciaire et la *juridicisation* du politique

L'exercice du contrôle judiciaire est précaire et présente des abus de part et d'autre, que ce soit une déférence trop grande du judiciaire en faveur du politique ou une intervention des tribunaux trop invasive sur les décisions politiques. Le juge ne peut se prétendre législateur et le gouvernement ne peut pas être juge et partie, l'exécutif doit respecter l'indépendance judiciaire et les décisions qui en découlent. En ce sens les tribunaux, et surtout la Cour suprême, doivent se préserver d'intervenir dans les affaires politiques³⁶⁴. Néanmoins, dans le noble but de préserver l'état du droit, il existe des cas où les tribunaux agissent comme « arbitre social » en s'accaparant le rôle du politique. Ce mode interventionniste se traduit surtout lorsque la Cour suprême utilise son pouvoir de réparation des normes jugées inconstitutionnelles.

En effet, l'article 24 de la *Charte* autorise la Cour à adopter le remède approprié à un cas en l'espèce sans en définir la portée. Les tribunaux sont donc libres de choisir la solution qu'ils

de la cité, Paris, Librairie Générale Française, 1988. Voir également dans la section précédente la discussion sur le principe d'indépendance au sein d'une société libre et démocratique (sous-section 1.1.2).

³⁶⁴ Voir une décision clé sur la nature des décisions, entre politique et juridique, et sur le rôle du juge constitutionnel dans *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.

pensent *convenable*³⁶⁵. Cette réparation par les tribunaux suppose nécessairement une certaine intrusion du pouvoir judiciaire dans les affaires parlementaires, puisqu'il permet aux tribunaux de prendre toute mesure que les juges estiment appropriée afin redresser un droit nié à un individu ou à un groupe de personnes. Le texte de la *Charte* ne précise pas le mode de réparation³⁶⁶, mais dans les cas d'invalidation d'une loi, c'est l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui valide l'intervention de la Cour³⁶⁷. Avec le temps, la Cour suprême a établi plusieurs méthodes de mise en application de l'article 52.

Pour les fins de cette analyse, il convient de retenir l'interprétation large et la reconstruction, puisqu'ils posent de façon marquée le problème de l'ingérence des tribunaux dans les décisions gouvernementales. De ces deux approches certains y verront une légitimation d'une intervention trop grande des tribunaux s'accaparant des affaires gouvernementales et du rôle du législateur, participant à la « juridicisation du politique »³⁶⁸. Cette expression provient de ce que les politicologues et les sociologues du droit ont constaté depuis l'avènement des chartes constitutionnelles, c'est-à-dire que le processus des décisions politiques est de plus en plus soumis à des catégories juridiques³⁶⁹.

Les affaires *Vriend*³⁷⁰ et *Miron c. Trudel*³⁷¹ sont des arrêts qui méritent notre attention, puisque les juges y ont appliqué l'interprétation large pour sauvegarder la loi en vigueur, c'est-à-dire qu'ils ont inclus dans le contenu de la loi d'autres éléments jusque-là inexistant³⁷².

³⁶⁵ L'article 24 de la *Charte* se lit comme suit : « 24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente *Charte*, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. »

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente *Charte*, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

³⁶⁶ L'objet de cette thèse n'est pas d'analyser l'article 24 et les remèdes à la disposition de la cour. Pour un survol des réparations possibles voir les chapitres 37.1 et 37.2 dans Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student Édition, Scarborough, Carswell, 2011.

³⁶⁷ Le paragraphe 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* confère la suprématie de la Constitution canadienne sur toutes les autres lois : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. »

³⁶⁸ Voir entre autres Sébastien LEBEL-GRENIER, *The Charter and Legitimization of Judicial Activism*, dans l'ouvrage collectif *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la direction de Paul HOWE et Peter H. RUSSELL, Montréal, McGill-Queens University Press, 2001.

³⁶⁹ Pour plus de détails sur le phénomène de juridicisation du politique et également la légalité comme mode de déresponsabilisation des décisions sur les politiques publiques, voir l'Introduction générale et le troisième chapitre, ainsi que l'excellent collectif réédité en 2010 de Jacques COMAILLE, Laurence DUMOULIN et Cécile ROBERT (dirs), *La juridicisation du politique*, L.G.D.J., Paris, 2010.

³⁷⁰ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Dans *Vriend*, la Cour a imposé un remède législatif afin de maintenir la validité d'une loi albertaine (le *Individual's Rights Protection Act*) discriminant les homosexuels. En effet, plusieurs articles de la loi étaient contraires aux dispositions de la *Charte*. La Cour est venue corriger la situation en déclarant que les articles devaient comprendre les mots « orientation sexuelle », comme motifs de distinction interdits. Cette réparation s'inscrit clairement dans le pouvoir législatif, même si ce type de remède qu'est l'interprétation large est permis par le paragraphe 52(1) de la *Charte*.

Dans *Miron c. Trudel*, la Cour a également eu recours à l'interprétation large de façon rétroactive. En effet, dans une affaire d'indemnité d'assurances automobiles, les appelants étaient un couple de conjoints, non mariés, qui réclamaient l'indemnisation du fait que la loi sur les assurances les discriminait, par rapport aux couples mariés. Sur la base de modifications législatives survenues quelques années plus tôt, la Cour a pris la place du législateur ontarien afin de résoudre le dilemme soulevé par les appelants : « [l]es modifications de 1990 fournissent la meilleure preuve possible de ce que la législature aurait fait s'il lui avait fallu régler le problème soulevé par les appelants. »³⁷³

Dans des occasions exceptionnelles, la Cour a aussi eu recours à un remède très contestable au niveau de la répartition des pouvoirs, celui de la reconstruction de la norme contestée. En peu de mots, il s'agit pour la Cour de remédier à une violation des droits en modifiant une norme de *common-law* par une nouvelle norme conforme à la Constitution³⁷⁴.

Bref, l'interprétation large et la reconstruction occultent une grande polémique. L'objectif est évidemment de préserver la cohérence et le système juridique dans son ensemble. Ces techniques de préservation du cadre normatif du droit, pourrions-nous les nommer ainsi, visent à

³⁷¹ *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

³⁷² Interprétation large ou *reading in*, en anglais, permet aux tribunaux d'ajouter des composantes inexistantes à la loi dans le but d'en conserver la légalité. Les cas de discrimination sur l'orientation sexuelle ont fait l'objet de plusieurs interprétations larges de la loi en cause par les tribunaux. Voir entre autres *Haig v. Canada* (1992) 9 O.R. (3d) 495 (C.A.) jugement rendu par la Cour d'Appel de l'Ontario qui n'a pas été contesté par le gouvernement devant la Cour suprême. L'interprétation large a fait l'objet d'un long débat dans l'affaire *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679 qui a donné lieu à l'élaboration de quatre critères afin d'évaluer la nécessité d'employer cette méthode intrusive à la norme juridique contestée. Ces critères sont 1. la cohérence avec l'objectif législatif; 2. aucune autre réparation à disposition pour répondre au cas en l'espèce; 3. l'interprétation large ne doit pas changer substantiellement la loi et 4. le choix de rendre invalide la disposition illégale constitue une solution moins bonne.

³⁷³ *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 180.

³⁷⁴ Voir la surprenante décision *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933. Consulter également Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student Édition, Scarborough, Carswell, 2011 au chapitre 37.1(i).

limiter les dommages causés par l'invalidation d'une loi allant à l'encontre de la *Charte* et adoptent une solution agressive. Elles autorisent les tribunaux à s'ingérer dans les affaires de l'État. Bien sûr, il existera une porte de sortie et le Parlement pourra toujours adopter une nouvelle loi dans les limites, toutefois, imposées par la décision judiciaire.

Le problème de la juridicisation du politique est d'autant plus délicat, lorsque le gouvernement demande un avis consultatif à la Cour suprême. Certaines balises sont mises en place pour protéger du danger de cette proximité entre les deux pouvoirs, sans toutefois en restreindre les interrelations fluides et dynamiques :

« Quoiqu'une question puisse ne pas relever de la compétence des tribunaux pour bien des raisons, le procureur général du Canada a fait valoir, dans le présent pourvoi qu'en répondant aux questions, la Cour se laisserait entraîner dans une controverse politique et deviendrait engagée dans le processus législatif. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient de répondre à une question qui, allègue-t-on, ne relève pas de la compétence des tribunaux, la Cour doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement. [. . .] En s'enquérant du rôle qu'elle doit jouer, **la Cour doit décider si la question qu'on lui a soumise revêt un caractère purement politique et devrait, en conséquence, être tranchée dans une autre tribune ou si elle présente un aspect suffisamment juridique pour justifier l'intervention du pouvoir judiciaire.** »³⁷⁵ [Nous soulignons.]

Par ailleurs, la Cour refusera d'intervenir lorsque les questions qui lui sont posées sont ambiguës ou imprécises ou encore lorsque l'information présentée est insuffisante³⁷⁶. C'est donc dire que la Cour, elle-même, a recours aux stratégies logiques qu'offre l'herméneutique. Ce qui n'empêche pas la Cour de moduler les prémisses d'une demande faite par l'exécutif et de modifier la question qui lui est présentée³⁷⁷!

³⁷⁵ *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 545.

³⁷⁶ *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale), par. 256. Sur le manque d'information voir *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54 (Renvoi relatif au Sénat); *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 257.

³⁷⁷ « Si les questions par.issent ambiguës, la Cour ne devrait pas, dans un renvoi constitutionnel, être dans une situation pire que celle d'un témoin à un procès, et se sentir obligée de répondre par oui ou par non. Si elle estime qu'une question peut être trompeuse ou si elle veut seulement éviter de risquer un malentendu, il lui est loisible d'interpréter la question [...] ou de nuancer à la fois la question et la réponse... » dans *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (Renvoi relatif au rapatriement), pp. 875 et 876.

La Cour se retiendra également de se prononcer sur la bonne gouvernance de l'État, bien que la portée de l'intervention des tribunaux dans les questions sociopolitiques demeure aléatoire et n'a jamais encore été clairement définie. À cet effet, la Cour, dans *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, fait une distinction entre une question politique et une question de droit en matière de défense, au paragraphe 64 :

« Donc je conclus que si nous devons rechercher dans la Constitution la réponse à la question de savoir s'il est approprié que les tribunaux "prêtent des intentions" à l'Exécutif en matière de défense, nous concluons que non. Mais si on nous demande de décider si un acte spécifique de l'Exécutif porte atteinte aux droits des citoyens, non seulement est-il approprié que nous répondions à la question, mais c'est notre devoir en vertu de la Charte d'y répondre. »

Plus récemment, dans *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, la Cour consacre une grande partie de sa décision à distinguer le rôle de l'exécutif, du législatif et celui des tribunaux. En effet, l'appel portait sur la capacité pour un individu à recourir à des soins de santé privés. Ce dossier soulevait beaucoup de faits complexes avec des questions de droit plutôt simples, sur une question sociale fortement discutée dans l'arène politique³⁷⁸. La Cour fait comprendre son rôle en excluant la possibilité pour les tribunaux de poser des choix politiques ou de débattre des objectifs législatifs, mais elle insiste sur sa faculté de corriger des situations qui violent les droits fondamentaux en dépit de l'étanchéité des frontières entre les trois pouvoirs :

« Nul ne pourrait dire que le gouvernement ne dispose pas des ressources nécessaires pour démontrer que son intervention législative est motivée par un objectif raisonnable ayant un lien avec le problème qu'il s'est donné pour mission de corriger. Les tribunaux constituent un lieu approprié pour un débat posé et complet. Comme le dit G. Davidov, dans "The Paradox of Judicial Deference" (2000-2001), 12 R.N.D.C. 133, p. 143 : [TRADUCTION] « [L]es tribunaux n'ont pas à fixer des objectifs, à choisir des moyens ou à trouver des idées. Ils n'ont pas à établir des politiques sociales; il leur suffit seulement de comprendre ce qu'ont établi les autres branches du gouvernement. Pour ce faire, aucune expertise spéciale n'est requise. » **En fait, si un tribunal est convaincu que toute la preuve a été présentée, rien ne le justifie de refuser d'exercer son rôle au motif qu'il devrait simplement s'en remettre à l'opinion du gouvernement.** Lorsqu'ils disposent des outils nécessaires à la prise d'une décision, les tribunaux ne devraient pas hésiter à assumer leurs responsabilités. **La déférence ne saurait entraîner**

³⁷⁸ Voir le grand nombre de commissions parlementaires et publiques mises en place afin de mieux comprendre la situation au Québec dans *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 96.

l'abdication par le pouvoir judiciaire de son rôle devant le pouvoir législatif ou exécutif. »³⁷⁹ [Nous soulignons]

La Cour a déjà reconnu la mince frontière entre les pouvoirs, et a choisi de définir son rôle en termes de « collaboration » entre les différents pouvoirs. Consciente des enjeux politiques et démocratiques, la Cour endosse les propos de Sujit Choudhry et Robert Howse³⁸⁰ :

« [L]a charge d'interpréter des normes constitutionnelles est à la fois partagée et séparée. Elle est partagée dans la mesure où il appartient aux tribunaux de formuler des normes constitutionnelles dans leur forme conceptuelle abstraite. Mais cette charge est séparée parce qu'au-delà des limites de la doctrine, l'interprétation constitutionnelle est laissée aux organes politiques. L'image qui apparaît alors est celle d'une « collaboration du pouvoir judiciaire avec le pouvoir législatif en vue de façonner des règles concrètes grâce auxquelles des normes constitutionnelles évasives et complexes [...] en viennent à s'appliquer. »³⁸¹

Deux auteurs, Sujit Choudhry et Claire Hunter, ont également analysé les jugements de la cour de la plus haute instance depuis l'adoption de la *Charte* en 1982 jusqu'en 2002³⁸². Ils ont conclu que la Cour suprême a été injustement taxée d'activisme judiciaire. En effet, leur démonstration prouve que dans la majorité des affaires portant sur une violation de la *Charte*, la Cour refuse d'invalider la loi contestée³⁸³. Néanmoins, la séparation étanche des pouvoirs est un mythe. Il serait illusoire de croire encore aujourd'hui à la neutralité judiciaire et, même, de vouloir la désirer, puisque l'interaction dynamique des deux pouvoirs permet la réconciliation des intérêts opposés qu'aucune autre forme de débat ne parvient à réunir.

ii) L'intervention en légitimité du juge contre le mythe de la neutralité judiciaire : un dialogue dynamique entre l'exécutif et les tribunaux

La frontière entre les pouvoirs législatif et judiciaire s'est considérablement amincie depuis l'adoption de la *Charte* et malgré le malaise chez certains juges devant cette proximité des pouvoirs, ils n'hésiteront pourtant pas à intervenir en dépassant le simple contrôle purement formel de la mesure contestée :

³⁷⁹ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 87.

³⁸⁰ Sujit CHOUDHRY and Robert HOWSE, "Constitutional Theory and The Quebec Secession Reference", (2000) 13 *Can. J. L. & Jur.* 143-169.

³⁸¹ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 90.

³⁸² Sujit CHOUDHRY and Claire HUNTER, "Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada: A Comment on Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE", (2003) 48 *McGill L.J.* 525-562.

³⁸³ Sujit CHOUDHRY and Claire HUNTER, "Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada : A Comment on Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE", (2003) 48 *McGill L.J.* 525-562, à la page 548.

« La préoccupation légitime et déterminante selon laquelle les tribunaux ne doivent pas mettre en doute la sagesse des textes législatifs et la présomption que le législateur ne peut avoir voulu qu'ils le fassent ont, jusqu'à un certain point, **faussé le débat sur le sens de l'expression "principes de justice fondamentale"**. **Cela a fait naître le spectre d'une "superlégislature" judiciaire** sans qu'il y ait eu examen complet du processus de décision constitutionnelle et de l'importance des art. 1 et 33 de la *Charte* et de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cela a aussi amené une formulation étroite de la question et fait naître **l'hypothèse selon laquelle il ne sera possible d'empêcher les tribunaux de se prononcer sur le bien-fondé ou la sagesse des lois que si l'expression "principes de justice fondamentale" porte uniquement sur la procédure**. Si on acceptait cette hypothèse, le corollaire qui en découlerait nécessairement et auquel je devrais alors souscrire serait que le législateur a voulu que l'expression "principes de justice fondamentale" vise la procédure seulement. Mais je ne souscris pas à cette hypothèse. **Depuis fort longtemps et même récemment, les tribunaux ont fait évoluer la *common law* au-delà des garanties en matière de procédure sans s'immiscer dans "le bien-fondé ou la sagesse" des textes législatifs** (par ex. *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; à titre d'exemples, citons la provocation policière, le caractère non rétrospectif des infractions, les présomptions qu'il n'a pas lieu de réduire l'obligation de preuve et de persuasion). »³⁸⁴ [Nous soulignons.]

La question n'est donc pas tellement de savoir jusqu'où le juge peut intervenir en matière constitutionnelle, mais comment il doit intervenir pour prétendre conserver sa légitimité aux yeux de la société civile. Habermas décrit bien la critique classique que l'on reproche à l'activisme judiciaire, lorsqu'il affirme que « [l]a critique de la justice constitutionnelle est, certes, constamment menée par rapport au partage des compétences entre le Législateur démocratique et la Justice; la querelle porte donc toujours sur le principe de la séparation des pouvoirs. »³⁸⁵ Il faut contourner cette vision positiviste du droit et proposer, comme le fait par exemple Habermas, une façon différente de poser le problème de l'intervention des juges si l'on veut éviter les écueils d'une sorte de « colonisation du politique par le droit »³⁸⁶.

En d'autres termes, on peut croire que le droit s'approprie les problèmes sociaux présentés aux Parlementaires et aux dirigeants alors que ce sont les politiciens qui devraient les régler à

³⁸⁴ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, par. 19 et 20.

³⁸⁵ Jürgen HABERMAS, *Droit et Démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

³⁸⁶ Dans sa théorie de l'agir communicationnel, Habermas utilise l'expression suivante : la colonisation du monde vécu par le droit. Voir Jürgen HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987, t. 2, pp. 403 et suivantes.

l'aide des moyens politiques et non pas les tribunaux³⁸⁷. L'appropriation du politique par le droit annihilerait ou rendrait du moins :

« [...] infiniment plus difficiles les compromis politiques sur des questions à propos desquelles il n'existe pourtant aucun consensus social, ..., la rhétorique des droits et libertés confère un caractère absolu et non débattable à des questions qui sont pourtant traditionnellement considérées comme pouvant faire l'objet de divergences légitimes entre personnes raisonnables. »³⁸⁸

Ce glissement du politique vers le judiciaire est d'autant plus réel et palpable lorsqu'il s'agit d'interpréter les droits et libertés des individus³⁸⁹. Il faut donc déplacer le débat de l'activisme judiciaire en relation avec le principe de légitimité fondé, non pas sur la séparation des pouvoirs et le positivisme juridique, mais bien sur la justification des normes que l'on retrouve, par exemple, dans la théorie du fondement légitime.

En effet, il faut prendre garde à la tradition positiviste que l'on transpose sur le droit constitutionnel. Il semble que la pensée dominante en droit constitutionnel canadien sur la place qu'occupent les droits fondamentaux soit la conception hiérarchique imposée par la suprématie de la *Charte* qui donnerait autorité à l'intervention judiciaire même dans le monde politique. Ceci est d'autant plus vrai, lorsque la Cour adopte une analyse *moniste* des droits et impose les limites de la *Charte* donne préséance aux droits individuels dans les cas où la norme gouvernementale n'a pas suivi le processus formel d'adoption. Le professeur Tremblay résume bien cette tendance, en affirmant que :

« [la] représentation du statut des droits garantis s'inspire d'un module de normativité juridique positiviste qu'on pourrait qualifier de moniste. On présuppose

³⁸⁷ À notre avis, l'imbrication des pouvoirs exécutifs et judiciaires provoque une désresponsabilisation du politique. Il est plus juste d'y voir un délaissement de la part des politiciens à vouloir régler certains problèmes demandant des réponses aux tribunaux pour ne pas devoir porter l'odieux de la controverse. Le troisième chapitre effleure cette idée de la désresponsabilisation à travers le concept de *judiciarisation* du droit de l'immigration voir le troisième chapitre, à la sous-section 3.2.1.

³⁸⁸ José WOEHLING, « Le principe d'égalité, le système fédéral canadien et le caractère distinct du Québec » dans Pierre PATENAUDE (dir.), *Québec - Communauté française de Belgique : Autonomie et spécificité dans le cadre d'un système fédéral*, Actes du colloque tenu le 22 mai 1991, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 157.

³⁸⁹ Voir Robert VANDYCKE, « Les droits de l'homme et leurs modes d'emploi : à propos de la *Charte* constitutionnelle de 1982 », *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, 1986, pp. 139 et ss. Le troisième chapitre, à la sous-section 3.1.2, traite du désengagement politique au profit d'une organisation légale. C'est ce que Weber décrit lorsqu'il élabore son concept de domination légale-rationnelle suite au désenchantement du monde et l'essor des sciences. Voir les auteurs suivants : voir Raymond ARON, *La sociologie allemande contemporaine*, Paris, PUF, 2007, en particulier la troisième partie du livre consacrée à la recherche wébérienne et Catherine COLLIOT THELENE, *Sociologie de Max Weber*, Paris, La Découverte, 2006, en particulier la quatrième partie qui porte exclusivement sur le concept de rationalité chez Weber.

que toutes les pratiques sociales normatives, incluant la pratique politique de la démocratie, ont abandonné leur autorité ultime sur l'interprétation et la production des normes qui les constituent et les réglementent au profit de l'autorité d'un ordre juridique unique, ultimement interprété et appliqué par les tribunaux. Il s'ensuit que l'ensemble des normes qui constituent, réglementent et résultent des pratiques gouvernementales, telles les pratiques politiques législatives, doit s'intégrer dans une unité normative "formelle", soit l'ordre juridique positiviste dont les normes tirent leur validité. La normativité sociale, politique et juridique forme ainsi un tout cohérent, logique et formellement interdépendant. Lorsque les droits garantis contraignent les mesures gouvernementales qui résultent de la pratique législative et gouvernementale, ils les contraignent, pour ainsi dire, "d'en haut". »³⁹⁰

L'interdépendance entre l'ordre normatif des droits fondamentaux et celui de l'activité gouvernementale caractérise en quelque sorte la vision traditionnelle des limitations dictées par les droits fondamentaux. Cette manière d'aborder les droits fondamentaux appartient à un jugement *conséquentialiste*, puisque ce qui compte c'est l'effet ou le résultat d'une norme gouvernementale dans la réalité, en ce sens les droits représentent une finalité politique³⁹¹.

Dans cette perspective, l'État a pour rôle de gouverner en favorisant la plus grande liberté de tous et, par conséquent, en adoptant le moins de restrictions possibles. L'imbrication entre la gouvernance et le droit constitutionnel lie l'action gouvernementale à une équation de cause et effet. Il en découle que les droits fondamentaux représentent des règles « supralégislatives »³⁹² qui dictent le contenu normatif de toutes les autres règles de droit adoptées par les autres corps politiques, et ce, à tous les niveaux incluant les administrations fédérale, provinciale et municipale.

La conception de la théorie du fondement légitime s'éloigne de la vision traditionaliste de la Constitution qui impose par le haut sa suprématie. La théorie du fondement légitime pose un regard *horizontal*³⁹³, c'est-à-dire que les droits fondamentaux coexistent à côté des règles de droit de la vie de tous les jours. La quotidienneté produira des règles à partir de son propre cadre normatif, elle répondra, par exemple, aux exigences bureaucratiques du jour, à l'urgence administrative, à l'émergence d'un conflit, ou encore à l'agenda politique, bref sa logique interne énoncera les règles nécessaires à la gestion administrative et sociétaire. La suprématie de la

³⁹⁰ Luc B. TREMBLAY, (2002) p. 308.

³⁹¹ Luc B. TREMBLAY, (2002) de la page 305 à 308.

³⁹² Voir entre autres le passage précédemment cité dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, par. 19.

³⁹³ Luc B. TREMBLAY, (2002) p. 311.

Constitution s'exprimera seulement en cas de conflits et le cadre normatif des droits fondamentaux corrigera la violation ou la restriction avec les moyens que nous avons vus précédemment. Nous pouvons donc répondre positivement à la question de départ à savoir si la théorie du fondement légitime permet d'expliquer des différences rationnelles. La théorie du fondement légitime en acceptant la coexistence de deux ou plusieurs ordres normatifs exerce toutefois un contrôle rigoureux sur les normes gouvernementales³⁹⁴.

La protection juridique et morale qu'offre un cadre éthique est d'autant plus importante lorsqu'il est question de sécurité nationale, tant pour guider la décision gouvernementale que pour encadrer l'exercice du juge. La problématique sécuritaire porte en elle un bagage mythique et sentimental qui peut parfois faire dévier l'objectivité factuelle vers la subjectivité de celui ou celle qui a le pouvoir de décider du sort des réfugiés (sous-section 1.2.3).

Sous-section 1.2.3 La sécurité, une conception libérale : discussion autour du rôle de l'État en matière de sécurité nationale

Dans un article de Thierry Balzacq, de 2004, sur la définition de sécurité nationale, l'auteur présente le concept de sécurité comme un oxymore qui découle du sens latin portant en son sein deux éléments contraires que sont sans (*sine*) et soin (*cura*)³⁹⁵. Ce que révèle l'histoire de la sécurité chez les Grecs est exactement le contraire de la racine latine, soit la paix³⁹⁶, pour traduire dans des termes contemporains ce que Cicéron exprimait, il s'agit de l'absence de menace³⁹⁷. L'historien français Jean Delumeau a également étudié le concept de sécurité dans son historicité³⁹⁸ et a recensé chez Descartes et Bossuet des propos qui révèlent la facette émotionnelle, presque artificielle, de la notion de sécurité au XVII^e siècle : « et ces hommes qui passent leurs jours dans la mollesse, les plaisirs et l'oisiveté (...) croiront pouvoir être tranquilles sur leur Etat et vivre dans une pleine

³⁹⁴ Voir la discussion du professeur Tremblay sur la sévérité de l'intervention judiciaire concernant la préservation des droits fondamentaux sous le titre V. La théorie du fondement légitime et les droits comme contraintes latérales, Luc B. TREMBLAY, (2002) pp. 320 et suivantes.

³⁹⁵ Thierry BALZACQ, « Qu'est-ce que la sécurité nationale? », (2003) 52 *La revue internationale et stratégique* 33-50. Voir également du même auteur Thierry BALZACQ and Sergio CARRERA (eds), *Security versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future*, Londres, Ashgate, 2006.

³⁹⁶ Emma ROTHSCHILD, "What is Security?", (1995) 124(3) *Daedalus* 53-98, p. 61.

³⁹⁷ Thierry BALZACQ, « Qu'est-ce que la sécurité nationale? », (2003) 52 *La revue internationale et stratégique* 33-50, p. 36.

³⁹⁸ Jean DELUMEAU, *Rassurer et protéger. Le sentiment de sécurité dans l'Occident d'autrefois*, Paris, Fayard, 1989.

sécurité au milieu de tant de sujets de trembler ! » (Bossuet)³⁹⁹ ou encore « lorsque l'espérance est si forte qu'elle chasse entièrement la crainte, elle change de nature et se nomme sécurité ou assurance » (Descartes)⁴⁰⁰.

Cet élément psychologique de la sécurité ne doit pas être négligé puisque l'émotion engendrée par la peur est, à notre avis, un puissant levier qui se répercute dans le droit⁴⁰¹. Le premier domaine juridique affecté par cette composante émotionnelle est sans doute l'immigration, puisqu'elle démarque l'étranger du familier, l'inconnu du personnel. L'exercice de rationalisation que les juristes tentent de faire dans le domaine de la sécurité cache souvent un malaise devant le bagage émotionnel que porte la sécurité nationale dans les médias et les discours politiques⁴⁰². L'affaire *Suresh* est une bonne illustration de cette transposition et la recherche en fera la démonstration⁴⁰³.

Le sens de la sécurité exprimé pendant le Grand siècle suivi du siècle des Lumières n'est pas sans rappeler l'analyse de Russell Hardin sur la notion de confiance, la sécurité comporterait ainsi une dimension subjective⁴⁰⁴. Daniel Weinstock abonde dans ce sens, lorsqu'il définit la sécurité de la façon suivante : « C'est que le sentiment qu'un individu a d'être en sécurité est fonction non pas directement de cet état de fait [en parlant de menaces réelles, de faits objectifs], mais plutôt de la représentation qu'il s'en fait »⁴⁰⁵. Le facteur subjectif qui se traduit dans la représentation qu'un individu ou une société se fait de la menace ou de son niveau de sécurité est au cœur de notre recherche et la section précédente en avait relevé les répercussions sur la vulnérabilité des réfugiés. En effet, l'imbrication des représentations politiques à travers la caractérisation du faux réfugié, figure menaçante de la quiétude de nos foyers, fut abordée dans la sous-section 0.1.1.

³⁹⁹ Jacques Benigne BOSSUET, *Œuvres de Bossuet*, Tome troisième, Paris, Firmin Didot Frères, 1841, p. 436 (nous avons consulté la version digitalisée).

⁴⁰⁰ Jean DELUMEAU, *Rassurer et protéger. Le sentiment de sécurité dans l'Occident d'autrefois*, Paris, Fayard, 1989, p. 20.

⁴⁰¹ Voir les pages introductives du quatrième chapitre. Voir également l'excellent collectif sur une redéfinition globale du concept de sécurité dans Janine BRODIE and Joanne WRIGHT (eds), « Globalization and the re-constitution of security », (2005) 10(1-2) *Review of Constitutional Studies* (Special Issue).

⁴⁰² Thierry BALZACQ, « Qu'est-ce que la sécurité nationale? », (2003) 52 *La revue internationale et stratégique* 33-50, à la p.41.

⁴⁰³ Sur l'hypothèse de départ, voir l'Introduction générale, à la sous-section 0.2.2.

⁴⁰⁴ Russell HARDIN, *Trust and Trustworthiness*, New York, Russell Sage Foundation, 2002.

⁴⁰⁵ Daniel Marc WEINSTOCK, « Sécurité et démocratie », (2002) 29(2) *Philosophique* 351-370, p. 355.

Il est difficile, comme le souligne Balzacq dans son analyse⁴⁰⁶, de cerner le moment critique qui institua la notion de sécurité telle que nous la concevons de nos jours. Balzacq propose trois temps charnières qui auraient déterminé la sécurité dans sa conception contemporaine. Ces trois moments historiques en illustrant clairement leur différence sémantique seront repris à notre compte, même s'il ressort assez clairement que le passage d'une époque à l'autre n'a fait que renforcer les assises étatiques et son intervention parfois très étendue au nom de la sécurité (point i). Cette approche en apparence aléatoire puisqu'il n'existe pas de consensus sur la question étayera le plus objectivement possible les trois temps et marquera notre choix à la lumière de nos intérêts les plus pressants, c'est-à-dire sur l'impact de la sécurité, entre autres par l'adoption de mesures draconiennes à l'égard des réfugiés et de leur refoulement aux frontières occidentales (point ii).

i) Trois propositions sur les origines de la notion contemporaine de la sécurité nationale

Historiquement, c'est dans la seconde moitié du XVIII^e siècle qu'apparaît plus nettement l'association de sécurité avec ce qui garde et préserve, c'est-à-dire comme moyen de protection. L'État prendra de plus en plus le monopole de la sécurité comme seul détenteur d'une liberté de ses membres conditionnée par la sécurité⁴⁰⁷. En effet, la conceptualisation politique de la sécurité a évolué de la moitié du XVII^e siècle jusqu'au début du XIX^e⁴⁰⁸. Elle coïncide avec la conception de l'État et débouche finalement sur la tradition libérale de voir l'État, où la légitimité de celui-ci, se justifier dans l'action de protéger et de sécuriser.

La Révolution française, précise Balzacq, constitue également un tournant conceptuel en ce sens qu'elle confine la sécurité au domaine exclusif de l'État⁴⁰⁹. L'auteur rappelle qu'Adam Smith – en affirmant que l'État est le levier principal du maintien de la sécurité et de sa promotion pouvant aller jusqu'à compromettre la liberté de ses sujets pour des raisons sécuritaires – a posé

⁴⁰⁶ Thierry BALZACQ, « Qu'est-ce que la sécurité nationale? », (2003) 52 *La revue internationale et stratégique* 33-50.

⁴⁰⁷ Sur l'État comme instrumentalisation de la promotion de la sécurité (affirmation également soutenue et démontrée par Foucault), voir entre autres Bill MCSWEENEY, *Security, Identity and Interest. A sociology of international relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, aux pages 83-85 et pour un long développement et les conséquences au lendemain de la guerre froide voir Barry NUZAN, *People, states and fear : An agenda for international security studies in the Post-Cold War era*, London, Longman, 1991, aux pages 65 à 96.

⁴⁰⁸ Emma ROTHSCILD, « What is Security? », (1995) 124(3) *Daedalus* 53-98, pp. 61 et 64.

⁴⁰⁹ Thierry BALZACQ, « Qu'est-ce que la sécurité nationale? », (2003) 52 *La revue internationale et stratégique* 33-50, p. 38.

comme condition de l'État, la sécurité : « les individus sont sécurisés si et seulement si l'État est sécurisé »⁴¹⁰.

L'idéologie contemporaine de la sécurité s'est surtout développée à partir du premier choc pétrolier de 1973, qui marque la fin des années de prospérité d'après-guerre, les « trente glorieuses »⁴¹¹. C'est à ce moment où l'Occident a entrevu la fragilité du modèle « fordiste » de son développement, largement centré sur l'industrie automobile. Il s'agissait donc bien d'une idéologie de crise⁴¹².

À cette époque, la Guerre froide avait provoqué la production de la recherche militaire, plus précisément dans le domaine nucléaire. Puis dans les années 70 les États ont poussé le développement de nouvelles approches à la sécurité⁴¹³. Au nom du combat de la démocratie contre le communisme, la doctrine de la sécurité nationale efface la distinction entre lutte internationale et nationale⁴¹⁴. Ce nouveau levier doctrinal instaure la répression interne de toute forme de contestation sociale et politique, baptisée lutte contre l'ennemi intérieur, en assimilant banditisme et subversion⁴¹⁵. Il permet la censure, les confiscations de biens, l'interdiction du droit de grève, les atteintes aux droits d'expression, de réunion et de manifestation. Il légitime toutes les violations des droits de l'homme, dont la torture⁴¹⁶. Pour dénoncer les abus, il a fallu la mobilisation des collectivités et l'émergence d'un nouvel acteur en droit international, c'est-à-dire la personne humaine. Le soulèvement des populations civiles contre ces violations et le renforcement de la justice internationale pénale a donc forcé les garanties juridiques des droits de la personne. Les

⁴¹⁰ Il s'agit de Adam SMITH, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, Oxford, Clarendon Press, 1976, p. 689, cité par Balzacq dans Thierry BALZACQ, « Qu'est-ce que la sécurité nationale? », (2003) 52 *La revue internationale et stratégique* 33-50, p. 38, note en bas de page 26.

⁴¹¹ Expression associée à l'économiste Alfred Sauvy. Sur l'impact de cette nouvelle pensée en immigration voir, entre autres, Ole WEAVER, Barry BUZAN, Morten KELSTRUP and Pierre LEMAITRE, *Identity, migration and the new security agenda in Europe*, New York, St-Martin's Press, 1993.

⁴¹² David A. BALDWIN, "Security Studies and the End of the Cold War", (1995) 48 *World Politics* 117-141.

⁴¹³ David A. BALDWIN, "Security Studies and the End of the Cold War", (1995) 48 *World Politics* 117-141, pp. 134-135.

⁴¹⁴ Voir Joanne Wright, "Reconceptualizing security – A European perspective", dans Janine BRODIE and Joanne WRIGHT (eds), « Globalization and the re-constitution of security », (2005) 10(1-2) *Review of Constitutional Studies* (Special Issue), pp. 1-19, aux pages 3-4.

⁴¹⁵ Il s'agit de la formule du sénateur américain Joseph McCarthy qui en voulant lutter contre le communisme, persécuta toutes personnes qui semblait toucher de loin ou de près avec l'idéologie communiste. Voir à ce sujet, l'excellent collectif, sous la direction de Ayes CEYHAN et Gabriel PÉRIÈS (dirs), *Construire l'ennemi intérieur*, Paris, L'Harmathan, 2001.

⁴¹⁶ Voir, entre autres, les articles de Yves VILTARD, « Le cas de McCarthy. Une construction politique et savante », dans Ayes CEYHAN et Gabriel PÉRIÈS (dirs), *Construire l'ennemi intérieur*, Paris, L'Harmathan, 2001, pp. 13-60 et aussi Fabien JOBARD, « Le banni et l'ennemi. D'une technique policière du maintien de la tranquillité et de l'ordre publics », dans Ayes CEYHAN et Gabriel PÉRIÈS (dirs), *Construire l'ennemi intérieur*, Paris, L'Harmathan, 2001, pp. 151-182.

efforts engendrés par l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* en 1948, en réponse à la Deuxième Guerre Mondiale porteront ses fruits seulement à la fin des années 70 ainsi que dans les années 80, jusqu'à la chute du mur de Berlin en 1989 et grâce à la démocratisation des pays sous le joug soviétique.

Au Canada, les politiques sur la sécurité nationale se sont surtout développées dans les années 90, d'une manière plus ou moins cohérente⁴¹⁷. L'attaque du vol *Air India* a certainement conscientisé le Canada de la nécessité de répondre à des menaces qui dépassent les simples frontières physiques d'un pays⁴¹⁸. La diversification des menaces tant au niveau étatique qu'individuel a fait émerger la facette multidimensionnelle de la protection des collectivités⁴¹⁹. Outre le terrorisme, il existe d'autres problèmes à caractère social et économique parmi lesquels nous trouvons la migration, la pénurie et la dégradation des ressources énergétiques, ainsi que le surendettement⁴²⁰. Malheureusement, il semble que tous ces phénomènes ont été transposés dans la logique sécuritaire et traduits sous forme d'agression, et les moyens traditionnels pour répondre à de telles « agressions » étaient archaïques et inadaptés⁴²¹. Une nouvelle réalité accompagnée d'une lecture différente du monde ambiant sont apparues et ont également été intégrées dans la culture populaire⁴²². Le problème de cette conceptualisation de la sécurité réside dans le fait que certains de

⁴¹⁷ Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, pp. 35 et ss.

⁴¹⁸ Pour un rappel des événements de la tragédie du vol *Air India*, voir l'Introduction générale au point ii) des pages introductives.

⁴¹⁹ Voir Joanne Wright, "Reconceptualizing security – A European perspective", dans Janine BRODIE and Joanne WRIGHT (eds), « Globalization and the re-constitution of security », (2005) 10(1-2) *Review of Constitutional Studies* (Special Issue), 1-19, aux pages 5-6. Voir également Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, p. 26.

⁴²⁰ Ce sont les rapports onusiens des années 80 sur le développement international et sur les questions environnementales qui ont fortement influencé la notion de sécurité au Canada, voir Myriam Gervais et Stéphane Roussel, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, p. 37.

⁴²¹ Joanne Wright, "Reconceptualizing security – A European perspective", dans Janine BRODIE and Joanne WRIGHT (eds), « Globalization and the re-constitution of security », (2005) 10(1-2) *Review of Constitutional Studies* (Special Issue) 1-19, pp. 5, 7 et 8.

⁴²² D'ailleurs, dans la conception traditionnelle de la sécurité, c'est-à-dire celle qui prévalait dans les années 90, un des postulats de base de la vision étato-centrique de la sécurité se fondait sur la concomitance des intérêts de sécurité de l'État avec ceux de la société civile. Voir Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, p. 26.

ces phénomènes ne portent pas en soi de dimension menaçante, comme par exemple l'immigration⁴²³.

Selon les auteurs d'une analyse post-guerre froide sur les nouvelles politiques canadiennes adoptées au début des années 90, le Canada fut contraint à établir sa sécurité à trois moments historiques⁴²⁴ : 1. Lorsque l'armée britannique quitte les colonies entre 1870 et 1871, le Canada doit assurer sa propre sécurité en recrutant son armée; 2. La Deuxième Guerre Mondiale qui correspond avec l'indépendance du Canada en 1931 (le Statut de Westminster), le Canada n'est alors plus forcé de participer aux efforts de guerre parce que l'Empire l'y oblige et enfin 3. L'ère de la guerre froide et, en particulier la chute du mur de Berlin, qui marque l'intervention du Canada dans le développement de l'aide internationale.

Pour les fins de la compréhension des origines contemporaines de la notion de sécurité, les prochains paragraphes se concentreront sur l'époque de la guerre froide, puisqu'elle correspond à l'élaboration de nouvelles stratégies en matière d'immigration. La menace nucléaire dictée par l'ex-URSS disparaît avec la chute du mur de Berlin. Le constat de démocratisation de l'Europe par Gorbatchev nous a probablement évité une troisième guerre mondiale. La levée du communisme en Europe centrale et orientale apporte un sentiment de sécurité en Occident qui n'a plus besoin de se préoccuper de l'urgence militaire. En effet, « [c]e n'est qu'avec le déclin de la menace militaire que la distinction entre les intérêts de l'État et ceux des populations deviendra évidente. »⁴²⁵ C'est donc dans les années 90 que le Canada intègre le développement international des priorités dans une vision de la protection commune fondée sur la sécurité coopérative et humaine⁴²⁶. La coopération fait référence au phénomène de mondialisation et de circulation des biens et des personnes, alors que la sécurité humaine adopte une action interventionniste auprès des gouvernements oppressant leur population⁴²⁷.

⁴²³ Sur la distinction entre menace et criminalité voir les troisième et quatrième chapitres, en particulier les sous-section 3.2.2 et 4.1.1.

⁴²⁴ Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, p. 30.

⁴²⁵ Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, p. 32.

⁴²⁶ Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, p. 38.

⁴²⁷ Pour le développement plus approfondi de ces deux notions voir entre autres le rapport onusien de 2005 dans SECRETARY GENERAL OF UNITED NATIONS, « In larger freedom : Towards development, security and human rights for all », A/59/2005, 21 March 2005. Rapport disponible sur le site officiel onusien, à l'adresse URL suivante : <http://www.un.org/largerfreedom/contents.htm> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

La sécurité coopérative constitue d'ailleurs une réponse immédiate à l'aide apportée aux anciens pays communistes en Europe de l'Est et en Afrique du Nord⁴²⁸. Cette participation du Canada dans le développement international auprès des populations civiles faisant face à la reconstruction institutionnelle et économique correspond avec l'idée d'une sécurisation de ces régions, adoptée entre 1990 et 1994⁴²⁹. La dégénérescence des rapports étatiques en Afrique et les génocides au Rwanda et en Bosnie changeront les modalités d'intervention à travers un cadre juridique et moral beaucoup plus sévère⁴³⁰. Ce que nous appelons le droit d'ingérence (Bernard Kouchner) et le droit humanitaire forcent la séparation entre l'intégrité de l'État et celle des communautés civiles⁴³¹. C'est ainsi qu'entre 1995 et 1996, au Canada et dans d'autres pays, la notion de sécurité humaine apportera une dimension supplémentaire au concept de sécurisation des populations civiles⁴³². Désormais, les menaces que représentent la faim, la pauvreté, l'essoufflement des ressources énergétiques doivent être considérées dans les stratégies de défense au même titre que le terrorisme, la dictature et la persécution⁴³³.

Il se dégage de l'analyse historique de la sécurité, trois concepts de la sécurité. Il s'agit de la sécurité traditionnelle, la sécurité étendue et la sécurité humaine. Par souci de clarté, nous reprenons le tableau de l'institut allemand sur l'éducation de la paix de Tübingen, complété par Elisabeth Wieland et définissant les trois concepts de sécurité⁴³⁴ :

⁴²⁸ Voir le détail sur l'élaboration des concepts dans le rapport de 1994 du PNUD dans UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, *Human Development Report 1994*, New York, Oxford university Press, 1994.

⁴²⁹ Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, p. 41.

⁴³⁰ Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, p. 44.

⁴³¹ Voir, entre autres, Gaëlle KERVAREC, « L'intervention d'humanité dans le cadre des limites au principe de non-ingérence », (1998) 32 *Revue juridique Thémis* 77-133; Philippe GARIGUE, « Intervention-Sanction and « droit d'ingérence » in *International Humanitarian Law* », (1993) 28(4) *International Journal* 668-686; Robert H. JACKSON, « Armed Humanitarianism », (1993) 28(4) *International Journal* 579-606.

⁴³² Grâce, entre autres, au contribution du PNUD dans UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, *Human Development Report 1994*, New York, Oxford university Press, 1994.

⁴³³ Le problème du terrorisme est qu'il est difficilement prévisible et il fait fi des frontières en s'attaquant directement à des individus ou des collectivités entières. Voir la discussion sur la difficulté de définir et d'encadrer juridiquement la notion de terrorisme au quatrième chapitre, à la sous-section 4.1.1.

⁴³⁴ Institut für Friedenspädagogik Tübingen e. V., *Friedensgutachten 2004 - didaktisch*, 2004, p. 15 dans le document pédagogique publié par l'ASSOCIATION SUISSE DE PUGWASH (ASP), « Découverte de la coopération internationale – dossier no 7 », *Paix & désarmement*, Genève, 2004, p. 26.

Figure 2: Trois concepts de sécurité

Concepts de sécurité		
Sécurité traditionnelle	Sécurité étendue	Sécurité humaine
Protection de l'État face aux menaces d'autres États	Protection de l'État face aux menaces militaires et non militaires (par exemple : migrations, risques de pénurie de ressources naturelles) susceptibles de voir le jour dans des régions en crise.	Protection de l'individu contre les menaces à l'intégrité humaine, y compris celles qui émanent de son propre État, comme la corruption, l'arbitraire, etc.
Niveau d'action : les États	Niveau d'action : les individus	Niveau d'action : les individus, les groupes, les communautés, les États
Accent sur les stratégies de sécurité militaires. Armement dans un but de dissuasion et de conduite de la guerre.	Les stratégies militaires de sécurité sont complétées par des stratégies civiles : modernisation et diversification des armements en vue de répondre à de nouveaux scénarios ; y compris en coopération avec d'autres États.	Accent sur des stratégies de sécurité civiles. Redéploiement des ressources du secteur militaire au secteur civil (<i>Peace dividend</i> ⁴³⁵), en particulier pour la promotion des droits humains et du droit international humanitaire ainsi que pour la gestion civile des conflits.
La dissuasion prend de plus en plus d'importance avec l'invention de la bombe atomique. La menace réciproque de destruction (<i>Mutually Assured Destruction</i> ⁴³⁶) garantit la coexistence pacifique des deux blocs pendant la guerre froide.	La recherche de stabilisation dans les régions et pays en crise par des voies militaires et non militaires est considérée comme une nécessité pour la sécurité de l'État.	Interventions militaires et sanctions économiques pour des raisons humanitaires (Rwanda, Kosovo).

⁴³⁵ La fin de la Guerre froide marquait la redistribution des ressources militaires sur les intérêts civils. Pour plus de détails sur la notion du *Peace dividend* et la recrudescence des forces militaires, surtout dans le combat contre le terrorisme, voir Sanjeev GUPTA, Benedict CLEMENTS, Rina BHATTACHARYA and Shamit CHAKRAVARTI, « The elusive Peace Dividend », (2002) 39(4) *Finance&Development*, disponible sur le site officiel de l'IMF (International Monetary Fund), à l'adresse URL suivante : <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2002/12/gupta.htm> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁴³⁶ Sur cette terrible stratégie opposant les États-Unis et l'ex-URSS durant la Guerre froide, le *Mutual Assured Destruction* (MAD) était utilisé dans le but d'intimider l'adversaire et l'usage possible d'une destruction massive, de part et d'autre, n'aurait fait aucun vainqueur et que des victimes. Voir Keir A. LIEBER and Daryl G. PRESS, "The Rise of U.S. Nuclear Primacy", (2006) 3 *Foreign Affairs* 42-55.

La migration apparaît comme une menace non militaire et s'inscrit, selon ce tableau (figure 2), dans le concept de sécurité étendue où les stratégies militaires sont accompagnées de stratégies civiles. Parmi ces dernières on compte l'*Entente des pays tiers-surs*, décrites précédemment. La sécurité humaine porte, de son côté, sur la protection de l'individu et englobe le droit des réfugiés, la prohibition de la torture de même que le développement des droits de la personne et des droits des minorités, dont le droit à l'autodétermination des peuples.

Le terrorisme reprend les concepts traditionnels de l'État et s'associe souvent aux mouvements d'autodétermination et de libération. Le combat contre le terrorisme apparaît donc dans la sphère de la sécurité traditionnelle mais comporte une contradiction, puisqu'il affirme violemment la nécessité d'une collectivité minoritaire vivant dans l'oppression. L'histoire des Sikhs en Inde et des Tamouls au Sri Lanka en sont des exemples. Ces situations d'oppression par la majorité sur une minorité renvoient plutôt à la sécurité humaine.

Ce bref détour historique nous montre combien la sécurité va de pair avec la conception libérale de l'État qui en légitimise l'existence. Plus important la sécurité est ancrée dans la représentation politique de la menace. Par conséquent, la sécurité constitue une idée malléable dont la conception change selon les époques et les circonstances environnantes, mais plus fondamentalement elle est associée au pouvoir de l'État, comme d'une prérogative⁴³⁷. Il apparaît que les trois concepts de sécurité se réfèrent à trois réalités différentes, tout en se rapportant à un même objet. Ce qui préoccupe, c'est l'accent des gouvernements mis sur la facette traditionnelle de la sécurité et sur l'exercice de la sécurité étendue au détriment de la sécurité des populations humaines en danger. L'instrumentalisation du réfugié, par les autorités et les médias, comme menace favorise donc l'action étatique contre ce dernier qui n'a de recours que les tribunaux.

Le point suivant examine de plus près l'idée de l'État et le moyen qu'il est devenu pour assurer la protection des individus qu'il gouverne à travers l'échafaudage d'une politique de sécurité publique plus au moins cohérente. Cette discussion permet de mieux comprendre la culture gouvernementale actuelle dans ses moyens d'action et dans ses discours sur la sécurité, particulièrement dans le cas du Canada.

⁴³⁷ En droit canadien certains pouvoirs relevant de la sécurité du pays appartiennent à la prérogative royale. Voir notre développement plus détaillé sur les prérogatives de l'État canadien dans la première partie de ce chapitre, à la sous-section 1.1.1.

ii) L'évolution du concept de sécurité : de la sécurité militaire vers la défense commune internationale pour le bien des populations vulnérables (1950-1960 à 1970-1980)

Au Canada, c'est le ministère de la Sécurité publique qui est chargé des politiques en matière de sécurité nationale. Il conseille également les autres ministères, en particulier le ministère de l'Immigration, sur tout ce qui touche les enjeux sécuritaires nationaux et internationaux. La structure portefeuille du ministère de la Justice remanié en 2003 et la réorganisation du ministère de l'Immigration à la même époque reflètent le changement de cap dans la gestion de la sécurité intérieure et extérieure au Canada⁴³⁸. La priorité est claire : « s'attaquer au problème de la criminalité étrangère » avec un accent marqué sur les étrangers présents au Canada⁴³⁹. Cette tendance s'affirmera en 2012 et 2013 tandis que les initiatives législatives viseront directement, cette fois-ci les réfugiés⁴⁴⁰.

Le ministère de la Sécurité publique comprend les dossiers suivants, ils sont énumérés dans cet ordre sur le site ministériel : 1. Stratégie antiterroriste ; 2. Conseil et soutien en matière de politique ; 3. Infrastructures essentielles⁴⁴¹ (réseaux et technologies) ; 4. Table ronde transculturelle sur la sécurité ; 5. Liste des entités terroristes ; 6. Certificats de sécurité ; et 7. Réexamen en vertu du Programme de protection des passagers, lorsqu'il y a un refus à l'embarquement d'un passager. Cinq des sept priorités du ministère en matière de sécurité nationale touchent directement les

⁴³⁸ Voir sur la structure ministérielle de l'immigration canadienne, le troisième chapitre, à la sous-section 3.1.2, au point ii).

⁴³⁹ Voir le discours du 20 juin 2012 du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada, l'Honorable Jason Kenney, sur le besoin de renforcer les mesures de sécurité et de renvoi à l'égard des étrangers. Ce discours fut prononcé à l'occasion de l'annonce du dépôt du projet de loi C-43 sur le renvoi accéléré des criminels étrangers: <http://www.cic.gc.ca/english/departement/media/speeches/2012/2012-06-20.asp> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁴⁴⁰ Pour les détails des lois adoptées par les Conservateurs en 2012 et 2013, voir les détails au troisième chapitre, à la sous-section 3.2.1, au point ii).

⁴⁴¹ Le ministère de la Sécurité publique définit infrastructures essentielles comme suit : On entend par infrastructures essentielles les processus, les systèmes, les installations, les technologies, les réseaux, les biens et les services qui sont essentiels à la santé, à la sécurité ou au bien-être économique des Canadiens et des Canadiennes, ainsi qu'au fonctionnement efficace du gouvernement. Les infrastructures essentielles peuvent être autonomes ou interconnectées et interdépendantes dans les administrations provinciales, territoriales ou nationales ou entre celles-ci. La perturbation de ces infrastructures essentielles pourrait se traduire en pertes de vie et en effets économiques néfastes, et pourrait considérablement ébranler la confiance du grand public. URL : <http://www.securitepublique.gc.ca/prg/ns/ci/index-fra.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

étrangers. D'ailleurs la prolifération des mesures régissant le contrôle des documents et le statut des étrangers depuis 2009 n'est qu'un indicateur de la perception négative de l'étranger⁴⁴².

En reprenant brièvement les trois époques qui marquèrent le concept de sécurité au Canada, décrites dans le point précédent, on saisit mieux l'évolution du concept de la menace au Canada et les politiques mises en place pour répondre aux priorités sécuritaires. En effet, l'objet de la menace définit généralement les stratégies politiques de défense, à moins que les priorités ne soient dictées par un tiers. Le chemin vers l'indépendance du Canada devant la Couronne britannique reflète bien cette réalité.

Dans un premier temps, le *Traité de Washington en 1871* stabilisait les frontières entre le Canada et les États-Unis⁴⁴³. Le repli des troupes britanniques et la décision de la Couronne d'utiliser les soldats canadiens pour défendre les intérêts de l'Empire portaient les préoccupations de la sécurité à un niveau supranational et non pas interétatique⁴⁴⁴. Le Canada, toujours sous l'emprise coloniale, devait désormais défendre les intérêts de la Couronne aux moyens du recrutement de ses propres soldats. Les tensions entre les deux peuples fondateurs dans un pays en devenir, Français et Anglais qui se disputent les pouvoirs et l'organisation publique, ajoutaient une dimension interne aux stratégies de sécurité canadiennes⁴⁴⁵. La menace se pressent de façon indirecte, puisque les limites du pays étaient assises et non plus contestées et la défense s'opérait dans les pays lointains de l'Empire britannique, en Asie et en Afrique, par exemple⁴⁴⁶.

Dans un deuxième temps, le désir d'autonomie du Canada et la divergence des préoccupations sécuritaires apportent un changement dans les priorités de la défense du Canada. La contestation de la population canadienne à s'enrôler durant la Première Guerre Mondiale pour défendre l'Empire britannique en Europe, mais aussi sur les autres continents, marquent un retrait

⁴⁴² Sur le développement législatif en matière de sécurité dans le droit de l'immigration, voir au troisième chapitre, la deuxième partie 3.2.

⁴⁴³ *Treaty of Washington*, done in duplicate with Washington on May 8, 1871 (Article XLIII). Voir également, l'article de Barbara J. MESSAMORE, "Diplomacy or Duplicity? Lord Lisgar, John A. Macdonald, and the Treaty of Washington, 1871", (2004) 32(2) *Journal of Imperial & Commonwealth History* 29–53.

⁴⁴⁴ Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, p. 29.

⁴⁴⁵ Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, p. 30.

⁴⁴⁶ Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, p. 30.

progressif et définitif du Canada auprès de la Couronne britannique⁴⁴⁷. Le *Statut de Westminster en 1931* déclare le Canada indépendant qui peut maintenant consolider sa propre défense et adopter une politique étrangère en fonction de ses intérêts et convictions⁴⁴⁸. Desmond Morton résume bien les stratégies de défense employées par le Canada entre 1867 et 1987 insistant sur le premier siècle d'existence du Canada. Morton affirme que le Canada maintenait trois lignes de défense en réponse à la réalité impériale et à la crainte de nouveaux contentieux frontaliers avec les Américains au sujet de la place des Autochtones :

« Since Confederation Canadians have known three overlapping eras in their military history. From 1865 to 1940, the young dominion lived under the theoretical protection of Great Britain and **the practical reality that it could not be defended from its only territorial neighbor, the United States**. Since its coasts were secure behind the power of the Royal Navy, Canadians felt free, in 1899, 1914, 1939, and 1950, **to satisfy a majority ethnic and cultural yearning to serve at Britain's side in South Africa and the Great War and in a wider alliance in the Second World War and Korea**. Finally, as the partner of its old enemy, Canada has found itself tied to the defence of a **continent that no longer enjoys a 'splendid isolation' from its enemies**. The old immunity is over. »⁴⁴⁹ [Nous soulignons.]

Cette posture du Canada face l'Empire et l'accession à sa souveraineté conduiront le gouvernement canadien à adopter une stratégie de distanciation face aux autres nations. Cet « isolement » du Canada ne pourra pas durer. Par ailleurs, l'introduction de la menace nucléaire, un danger qui ignore la frontière, et pouvant affecter le Canada, de même que les tensions idéologiques entre les Russes et les Américains forceront le Canada à adopter de nouvelles mesures de sécurité⁴⁵⁰.

Finalement, dans une troisième période, le rapatriement de la Constitution canadienne et l'adoption de la Charte des droits et libertés en 1982 consolidèrent une logique déjà dessinée au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale⁴⁵¹. Le début de la guerre froide accélère les décisions

⁴⁴⁷ Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, p. 30.

⁴⁴⁸ Le *Statut de Westminster de 1931*, officiellement la Loi de 1931 visant à donner effet aux résolutions adoptées lors des conférences impériales de 1926 et 1930, fut adopté le 11 décembre 1931 et reconnaissait l'indépendance de tous les dominions de l'Empire britannique. Le texte du statut du annexé à la Loi constitutionnelle de 1982.

⁴⁴⁹ Desmond MORTON, « Defending the indefensible : some historical perspectives on Canadian defence 1867-1987 », (1987) 42(4) *International Journal* 627-644, p. 629.

⁴⁵⁰ Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, pp. 31 et ss.

⁴⁵¹ Desmond MORTON, « Defending the indefensible : some historical perspectives on Canadian defence 1867-1987 », (1987) 42(4) *International Journal* 627-644, p. 632.

en matière de sécurité devant la menace nucléaire, déclarée par l'ancien Bloc soviétique en réponse à la chasse aux communistes des Américains et confirmée par l'utilisation des technologies avancées des Russes⁴⁵². C'est durant la guerre froide que se développe une nouvelle politique de la sécurité canadienne qui s'appuie sur des concepts à la fois traditionnels et avant-gardistes et qui influenceront la politique étrangère et la défense du Canada à la fin des années 80 et dans les années 90 :

« D'une part, la définition de la sécurité est marquée par des idées nouvelles qui teintent les grandes orientations de la politique extérieure du Canada à cette époque : l'internationalisme libéral, le fonctionnalisme et le concept de puissance moyenne. D'autre part, elle est conservatrice dans la mesure où le gouvernement canadien adopte à son tour une conception de la sécurité qui est déjà celle de la plupart des États européens depuis le XVIII^e siècle. Celle conception de la sécurité [...] se caractérise par trois éléments centraux : le caractère étato-centrique de la menace, l'amalgame des intérêts de sécurité de l'État et de la société et la prédominance de la dimension militaire dans la panoplie des moyens servant à contrer la menace. »⁴⁵³

Il se dégage distinctement trois éléments essentiels du concept de la sécurité : 1. la définition de la menace (pourquoi se défendre ?) 2. L'objet de la sécurité (qui doit être protégé ?) et 3. Les moyens utilisés (comment protéger ?)⁴⁵⁴. Les débats durant la Guerre froide tournent essentiellement autour des mesures à prendre et de la distribution des ressources allouées au budget de la défense⁴⁵⁵. La chute du mur de Berlin déplacera l'objet de la sécurité sur la protection des individus et des sociétés⁴⁵⁶. Conséquemment, les moyens, utilisés afin d'assurer la protection de la nation, correspondront à un équilibre entre les dépenses militaires (*capacity building*) et la politique étrangère pour l'aide au développement à travers la mise sur pied de l'Agence canadienne de développement international en 1968⁴⁵⁷.

⁴⁵² Voir le livre très intéressant de Jockel et ironiquement intitulé *No boundaries upstairs* dans Joseph T. JOCKEL, *No boundaries upstairs*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1987.

⁴⁵³ Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, p. 31.

⁴⁵⁴ Rod B. BYERS, « Canadian security and defence : the legacy and the challenges », (1986) 214 *Adelphi Papers* 3-84, pp. 68 et ss.

⁴⁵⁵ Barry Dennis HUNT and Ronald G. HAYCOCK (eds), *Canada's defence. Perspective on policy in Twentieth Century*, Toronto, Copp Clark Pitman, 1993, pp. 145 et ss et Nils ORVIK, « A defence doctrine for Canada », (1983) 27(2) *Orbis* 185-206.

⁴⁵⁶ La réflexion sur la politique étrangère du Canada avait déjà été amorcée dans les années 70, voir Alasdair MACLAREN, « Le Canada doit concilier sa politique étrangère et sa politique de défense », (1977) 3 *Perspectives internationales* 22-26.

⁴⁵⁷ Cette préoccupation à l'aide internationale s'associe à la conscientisation des phénomènes écologiques à l'échelle mondiale qui mènera à la notion de développement durable officialisée en 1987 et popularisée au Sommet de la Terre de

C'est à partir de 1994, dans une réflexion globale, que l'objet de la sécurité assoie deux éléments nets soit l'État d'un côté et les civils, les individus de l'autre. Le Programme des Nations Unies pour le développement dans son *Rapport mondial sur le développement humain 1994* le confirme dans ces propos :

« Outre la protection des frontières, des élites et des intérêts individuels des États, la sécurité inclut également la protection des personnes. Les menaces militaires ne sont pas pour autant écartées de l'agenda de sécurité. Il s'agit plutôt de proposer une définition plus large des menaces pour faire face aux préoccupations d'ordre humanitaire post-guerre froide. »⁴⁵⁸

Toutefois, le rapport va plus loin en élargissant la définition de la sécurité humaine (voir le tableau précédent, figure 2). Dans son encadré 2.6, le Rapport de 1994 liste quelques indicateurs propres à la protection de la sécurité humaine qui se rapportent directement au lien entre menace et migration :

« Même s'il est impossible de traduire la sécurité humaine en chiffres précis, certains indicateurs peuvent annoncer très tôt si un pays est confronté à un problème d'insécurité et s'oriente vers une désintégration sociale, voire vers une décomposition de l'État. [...] Dans l'idéal, **il faudrait aussi disposer d'un ensemble d'indicateurs pour identifier les menaces pesant sur la sécurité humaine à l'échelle du globe. La combinaison d'indicateurs nationaux et mondiaux mettrait en relief la corrélation entre formes d'insécurité nationale (un taux de chômage élevé, par exemple) et d'insécurité mondiale (migrations internationales de grande ampleur).** »⁴⁵⁹ [Nous soulignons.]

Il ressort du Rapport de 1994 une certaine confusion entre les indicateurs et la définition de la menace. Dans le contexte post-guerre froide, on peut se surprendre d'une affirmation aussi franche entre non seulement la migration internationale et le chômage, qui à la limite sont des phénomènes indirectement liés, mais plus fort encore l'association entre migration et menace⁴⁶⁰.

Enfin, des événements du 11 septembre 2001, il ressort que la réponse mise en place dans les mois qui suivirent les attaques que les stratégies de sécurité ne constituaient pas une rupture

1992. Voir Albert LEGAULT et Michel FORTMANN, *Une diplomatie de l'espoir. Le Canada et le désarmement 1945-1988*, Québec, PUL-CQRI, 1989. Voir également Peter C. NEWMAN, *Un pays sans défense. Le Canada et ses forces armées*, Montréal, Primeur, 1983.

⁴⁵⁸ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, *Human Development Report 1994*, New York, Oxford University Press, 1994, p. 40.

⁴⁵⁹ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, *Human Development Report 1994*, New York, Oxford university Press, 1994, p. 41.

⁴⁶⁰ Voir le développement détaillé au troisième chapitre de la caractérisation du réfugié comme une menace, à la sous-section 3.1.2 et dans l'Introduction générale, à la sous-section 0.1.2.

dans le paradigme sécuritaire. En effet, sur le plan conceptuel les attaques du 11 septembre sont comparables à d'autres attaques terroristes en Europe et au Canada, par exemple, avec la tragédie du vol *Air India*. Il semble que le recours unilatéral de la force par les États-Unis en Afghanistan se sont également répercutés dans d'autres sphères comme dans le droit de l'immigration. La réalisation d'une menace au terrorisme semble avoir procuré aux décideurs militaires et aux politicologues de la sécurité un tremplin dans la consolidation d'un système de gestion toujours plus imposant, justifiant l'invasion de plus en plus grande de la vie privée des citoyens, sans égard aux droits fondamentaux des étrangers.

Toutefois, l'expression « sécurité nationale » demeure un concept plutôt vague et pour reprendre les propos de Macnamara et Fitz-Gerald, il s'agit peut-être d'une confusion souhaitée : « The term « national security » is used frequently to refer to matters ranging from domestic of internal security through to international security, but is seldom defined. Such imprecision can lead to difficulties, unless a Humpty-Dumpty-like flexibility in meaning is intentional and, therefore, intentionally confusing.»⁴⁶¹ Ces auteurs préconiseront une orientation donnée par les définitions canadienne et américaine :

“For Canadian policy-planners, in keeping with both definitions [Canadian and American ones], it should be understood, and be equally clear, that the concept goes beyond internal security or military issues, and takes into account the whole range of government activities. National security, then, as pointed out by Slessor, truly is the first and most important social service for a government to deliver to its people.”⁴⁶²

Dans une analyse post 11 septembre, Macnamara et Fitz-Gerald ne contestent pas tellement l'usage d'une définition plutôt qu'une autre, mais bien la construction de politiques publiques en matière de sécurité publique autour d'un cadre cohérent qui assure les principes démocratiques du Canada et la sécurité physique de sa population.

⁴⁶¹ W.D. MACNAMARA and Ann FITZ-GERALD, « A national security framework for Canada », in Hugh SEGAL (ed.), *Geopolitical integrity*, Montreal, The Institute for research on Public Policy, 2005, pp. 81-104, à la page 83.

⁴⁶² La définition canadienne reproduite par les auteurs se lit comme suit: “National security is the preservation of a way of life acceptable to the Canadian people and compatible with the needs and legitimate aspirations of others. It includes freedom from military attack or coercion, freedom from internal subversion, and freedom from the erosion of the political, economic, and social values which are essential to the quality of life in Canada.”, définition formée by Major General L.V. Johnson C.F. (retired) as Commandant of the National defence College. La définition américaine appartient plutôt au *Department of Defence Dictionary of Military and Associated Terms*, Joint Publication 1-02, Décembre 19, 2001 . Voir, W.D. MACNAMARA and Ann FITZ-GERALD, « A national security framework for Canada », in Hugh SEGAL (ed), *Geopolitical integrity*, Montreal, *The Institute for research on Public Policy*, 2005, pp. 81-104, à la page 83 et les fins de notes 4 et 5, à la page 102.

Pour conclure, un des problèmes soulevés par la sécurité porte sur la maximisation de cette dernière. Cette sécurité « maximale » se manifeste à travers une tolérance zéro contre les menaces, ce qui sous-entend une gestion des risques tout aussi absurdement maximale. Aussi petit soit le risque, il entrainera un investissement financier, en argent et en ressources humaines, afin de le traiter, l'analyser et offrir une réponse politique, civile et parfois militaire⁴⁶³. Le gouvernement se spécialise de plus en plus en fonction de la perspective de la menace et se transforme peu à peu en une agence d'assurance ou de sécurité maximale désireux de se prémunir d'une protection absolue contre le risque⁴⁶⁴. Dans un tel contexte, est-il possible pour le droit d'offrir une réponse démocratique acceptable qui sécurise la population tout en garantissant la pleine reconnaissance et l'exercice des droits fondamentaux des réfugiés.

Sous-section 1.2.4 Le commerce de la peur: quand la sécurité nous obnubile

La sécurité nationale est un enjeu lourd et redoutable. Sa vision romantique des espions traversant le Rideau de fer à la recherche d'informations secrètes en terre hostile communiste durant la Guerre froide s'est dramatiquement transformée avec des actes d'une violence extrême utilisés par les terroristes. Les attentats du 11 septembre de 2001 sont venus éveiller la conscience populaire à une forme de conflit pourtant vieille comme le monde⁴⁶⁵, dont l'objectif était de mettre en avant une idéologie religieuse extrémiste. L'usage de la terreur par certains groupuscules musulmans était jusque-là encore loin de notre réalité nord-américaine

⁴⁶³ Sur société risques zéro, voir au troisième chapitre, à la sous-section 3.1.2 au point i).

⁴⁶⁴ Nous y reviendrons dans la prochaine section 3.2.2 en particulier lorsque nous parlons de la métamorphose étatique dans le premier point i) sur l'explication du protectionniste.

⁴⁶⁵ L'histoire du terrorisme remonterait au premier siècle de notre ère, alors que les Sicars et les Zélotes, tribus juives, s'opposèrent avec les armes à la domination romaine au Moyen-Orient. Il semble que les théoriciens aient de la difficulté à identifier les premières manifestations du terrorisme, mais tous s'entendent pour dire qu'il ne s'agit pas d'un phénomène nouveau et que les raisons politiques souvent religieuses représentent la motivation première au recours à une telle méthode. Une des difficultés à remonter aux origines du terrorisme tient de l'ambiguïté de sa définition qui ne fait pas l'unanimité. Dans sa conception moderne, la Révolution française marquée par le Régime de terreur serait à l'origine de l'expression terroriste. Bruce HOFFMAN, *Inside Terrorism*, New York, Columbia University Press, 1988. p. 83 et Gerard CHALIAND, *The History of Terrorism : From Antiquity to al Qaeda*, Berkeley, University of California Press, 2007. p. 68. Voir également les articles éclairants du politicologue britannique Edward NEWMAN, "Exploring the « Root Causes » of Terrorism", (2006) 29(8) *Studies in Conflict and Terrorism* 749-772; Edward NEWMAN, "The « New Wars » debate : A historical perspective is needed", (2004) 35(2) *Security Dialogue* 173-189. Nous reviendrons dans le deuxième chapitre sur la définition du terrorisme lorsqu'il sera question des Tamouls au Sri Lanka, dans la seconde partie 2.2. Sur l'ambiguïté du terme et la difficulté de cerner la notion de terrorisme voir, plutôt, le troisième, à la sous-section 4.1.1.

contemporaine⁴⁶⁶. Là même où nos sociétés occidentales relèguent la religion, autant que possible, dans la sphère privée, les fanatiques religieux la posent comme une fondation de l'État et comme régulation sociale⁴⁶⁷. Cette dernière partie porte sur la délicate question de la place de la sécurité dans la société et en droit. L'usage excessif de la sécurité nationale en droit de l'immigration comme motivation de l'action gouvernementale représente, à notre avis, un risque à l'encontre des droits fondamentaux des réfugiés. Nous discuterons brièvement de la possibilité pour la sécurité nationale de répondre aux impératifs d'une société libre et démocratique tout en préservant les droits de la personne, et ce, dans les limites imposées par le principe démocratique.

En effet, la sécurité comporte deux obstacles à l'évaluation des dossiers en immigration, particulièrement la détermination du statut des réfugié, soit la montée du sentiment de peur, transformant la perception des étrangers, passant de la différence à la terreur, et le manque d'objectivité occulté par ce sentiment dont les bases d'information sont incomplètes voire faussées. Les manifestations de la manipulation politique de la peur de la population à l'égard des étrangers (i) et le secret entourant la sécurité (ii) seront les deux thèmes développés.

⁴⁶⁶ En dépit du fait que les renseignements secrets travaillaient déjà sur ce phénomène. Voir Ali KHAN, "A Legal Theory of International Terrorism", (1987) 19 *Connecticut Law Review* 1-35, accessible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.C.F.m?abstract_id=935347 (dernière consultation le 16 septembre 2013).

⁴⁶⁷ Cette position a fait naître une nouvelle terminologie, celle de la radicalisation. Le terme « radicalisation » est utilisé en sociologie pour décrire les processus sociaux légitimant l'usage de la violence pour des fins politiques et religieuses. Sur la notion de radicalisation et son analyse consulter l'initiative onusienne prise en septembre 2006 : First Report on Working Group on Radicalisation and Extremism that lead to terrorism inventory of State programmes by the Counter-Terrorism Implementation Task Force, publié en 2010 et encore disponible sur le site de Youth Policy à l'adresse URL suivante : <http://www.youthpolicy.org/library/documents/first-report-of-the-working-group-on-radicalisation-and-extremism-that-lead-to-terrorism/> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Pour une étude s'étalant sur plusieurs années, voir l'auteur prolifique au sujet du phénomène de radicalisation et de son implication dans les analyses publiques David R. MANDEL, "Radicalization : What does it mean ?" in Thomas M. PICK, Anne SPECKHARD and Beatrice JACUCH (eds.), *Home-Grown terrorism: Understanding and addressing the root causes of radicalisation among groups with an immigrant heritage in Europe*, Amsterdam, IOS Press, pp. 101-113 ; David R. MANDEL, « The role of instigators in radicalization to violent extremism », in Anne SPECKHARD (ed.), *Psychosocial, Organizational, and Cultural Aspects of Terrorism: Final Report to NATO HFM140/RTO*, Brussels, NATO, pp. 2-1 to 2-10 ; David R. MANDEL, « Affect and risk perception in the context of terrorism: Towards an understanding of its psychosocial aspects », in Anne SPECKHARD (ed.), *Psychosocial, Organizational, and Cultural Aspects of Terrorism: Final Report to NATO HFM140/RTO*, Brussels, NATO, 2011, pp. 14-1 to 14.10 ; l'excellent collectif dans le domaine social et politique voir Christoph HOERL, Teresa MCCORMACK and Sara BECK (eds.), *Understanding counterfactuals, understanding causation: Issues in philosophy and psychology*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 147-170 ; Laurie FENSTERMACHER, Larry KUZNAR, Tom RIEGER and Anne SPECKHARD (eds.), *Protecting the Homeland from International and Domestic Terrorism Threats: Current Multi-Disciplinary Perspectives on Root Causes, the Role of Ideology, and Programs for Counter-radicalization and Disengagement*, Arlington, Office of Secretary of Defense, Director, Defense Research & Engineering, 2010, pp. 122-128 ; David R. MANDEL and O VARTANIAN, « Bush v. Bin Laden: Effect of state emotion on perceived threat is mediated by emotion towards the threat agent », (2010) 23(1) *International Review of Social Psychology* 5-23.

i) La manipulation politique de la peur des terroristes: une réponse démocratique encore inexistante

Les événements du 11 septembre ont tristement marqué le début de ce millénaire et expriment douloureusement notre méconnaissance dans le monde occidental de la diversité culturelle et religieuse des autres civilisations qui nous entourent. Sa répercussion en droit de l'immigration et face aux étrangers est notoire⁴⁶⁸. À notre avis, la modulation et, en particulier, l'amplification de la peur des citoyens, par le politique et les médias, contre les étrangers n'a pas encore trouvé de remède démocratique⁴⁶⁹. Ce phénomène s'explique, entre autres, par le manque de mobilisation citoyenne en faveur des migrants qui se répercute dans le choix du discours protectionniste portant le blâme sur l'étranger au sujet des difficultés internes.

La préoccupation sécuritaire est un passage obligé dans cette thèse puisque M. Suresh fait cas de figure de cette intersection entre immigration et criminalité. En effet, en 1990, M. Suresh fut d'abord reconnu réfugié pour son appartenance au groupe ethnique tamoul et, par la suite en 1995, il représenta un danger pour la société canadienne à cause de sa participation à la collecte des fonds pour les Tigres Tamouls du Sri Lanka (les Tigres de libération de l'île tamoul (connu sous TLET ou LTTE) entité apparaissant sur la liste des groupes terroristes bannis à partir de 2006)⁴⁷⁰. Le gouvernement a donc conclu à la participation de M. Suresh au terrorisme avant l'adoption des nouvelles normes adoptées après le 11 septembre 2001⁴⁷¹. Il semble pourtant que les règles antérieures sur la prévention du terrorisme et la poursuite des criminels n'ont pas été considérées suffisantes, du moins sur le plan politique; il a fallu renforcer, par l'adoption de nouvelles mesures et la légalisation du renvoi vers la torture, la position du Canada sur la scène internationale.

⁴⁶⁸ Didier BIGO, *Polices en réseaux, l'expérience européenne*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des sciences politiques, 1996; Jef HUYSMANS, "The European Union and the securitization of migration", (2000) 38 *JCMS* 751-777; Anastassia TSOUKALA, "Looking at migrants as enemies", dans Didier BIGO et Elspeth GUILD (eds), *Controlling frontiers. Free movement into and within Europe*, Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 160-191; Andrew GEDDES, *Immigration and European integration. Towards fortress Europe?*, Manchester, Manchester University Press, 2000; Ole WAEVER, Barry BUZAN, Morten KELSTRUP, Pierre LEMAÎTRE, *Migration and the new security agenda in Europe*, Londres, Pinter, 1993.

⁴⁶⁹ Voir le traitement plus élaboré de notre hypothèse au quatrième chapitre, dans la seconde partie, 4.2.

⁴⁷⁰ Le TLET fut d'abord inscrit le 8 avril 2006 et le dernier examen remonte en novembre 2012. Consulter le site de la Sécurité publique pour connaître la liste des entités inscrites sur la liste des groupes terroristes : <http://www.securitepublique.gc.ca/prg/ns/le/cle-fra.aspx> (dernière consultation le 16 septembre 2013).

⁴⁷¹ Pour plus de détails sur la chronologie des faits dans *Suresh* voir l'introduction de la seconde partie du troisième chapitre, à la sous-section 3.2.2.

Le terrorisme n'est toutefois pas une nouvelle arme ou un nouveau mode opératoire et n'appartient pas uniquement au monde musulman. La barbarie est de toutes les époques et de tous les hommes animés par le désir de conquête ou d'autonomie. Néanmoins, il semble que le terrorisme soit généralement utilisé en réponse à un système répressif ou pour faire entendre une voix minoritaire qui ne parvient pas à trouver écho au sein de la majorité⁴⁷². Les victimes sont civiles -l'objectif est gouvernemental, et pour cause : au début des années '70, Irlande du Nord, le Sinn Féin fait exploser plusieurs bombes dans la capitale anglaise⁴⁷³; 1972, les membres de Septembre noir enlèvent et tuent onze athlètes israéliens lors des Jeux olympiques de Munich⁴⁷⁴; 1982, Canada : 329 passagers du vol *Air India* décèdent suite à l'explosion d'une bombe posée par des membres d'une branche dissidente de la religion sikh⁴⁷⁵, enfin, que dire de l'infructueuse tentative d'explosion des transports publics à Toronto en 2006⁴⁷⁶.

Les motivations sont diverses, elles appartiennent à des causes tantôt religieuses, idéologiques ou ethniques. Dans le cas des Sikhs et de la défense du Khalistan, l'état d'un Pendjab indépendant, il s'agit d'un terrorisme fondé sur des raisons religieuses, alors qu'au Sri Lanka, la cause des Tamouls, et sa radicalisation à travers les actions terroristes du TLET, les revendications sont de nature ethnique⁴⁷⁷. Ces démonstrations de violence contre la population

⁴⁷² Edward NEWMAN, "Exploring the « Root Causes » of Terrorism", (2006) 29(8) *Studies in Conflict and Terrorism* 749-772.

⁴⁷³ Le Sinn Féin ("We Ourselves") est un parti politique irlandais créé en 1905 par Arthur Griffith et fondé sur l'idéologie républicaine et du nationalisme irlandais. Le début des années 70, en Irlande, fut marqué par une forte répression du mouvement séparatiste irlandais par l'armée britannique qui enflamma la population civile contre une révolte musclée après le triste Bloody Sunday au Derry, au Nord de l'Irlande le 30 janvier 1972. Voir Brian FEENEY, *Sinn Féin : a Hundred Turbulent Years*, The O'Brien Press, Dublin, 2002, pp. 270 et ss. Voir également Mícheál MacDONNCHA, *Sinn Féin : A Century of Struggle*, Parnell Publications, Dublin, 2005.

⁴⁷⁴ Septembre Noir est l'organisation palestinienne qui a orchestré la prise d'otages des membres de l'équipe olympique israélienne, le 5 septembre 1972 à Munich. Connue sous le Massacre de Munich, la prise d'otage avait pour but de réclamer la libération et le passage en Égypte de 234 activistes Palestiniens et autres prisonniers détenus en Israël et deux prisonniers en Allemagne. À l'époque des événements, Golda Meir, le premier ministre israélien, refusa de céder à la demande des terroristes et le 6 septembre, 11 membres de l'équipe furent assassinés. Voir les rapports journalistiques Simon REEVE, *One Day in September : the full story of the 1972 Munich Olympic massacre and Israeli revenge operation 'Wrath of God'*, New York, 2001 et John K. COOLEY, *Green March Black September : The Story of the Palestinian Arabs*, Londres, 1973.

⁴⁷⁵ Pour plus de détails sur *Air India*, voir l'Introduction générale, au point iii) des pages introductives.

⁴⁷⁶ À l'été 2006, la police réussit à démanteler un groupe de terroriste s'apprêtant à poser des bombes à Toronto. 18 personnes sont arrêtées dont 4 mineurs. Les 18 détenus seront jugés devant la cour provinciale de l'Ontario et la cause portera le nom de Toronto 18. Pour une mise à jour sur les diverses décisions de la cour d'Ontario et la cour d'appel, ainsi que les réactions gouvernementales, voir le site de CBC : <http://www.cbc.ca/news/canada/story/2008/06/02/f-toronto-timeline.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁴⁷⁷ Pour plus de détails sur l'histoire des mouvements d'indépendance sikhs et tamouls, voir le deuxième chapitre.

civile font augmenter le risque pour nos sociétés démocratiques de tomber dans un certain fanatisme sécuritaire au détriment des fondations juridiques qui nous définissent. Comme le soulignait la Très-Honorable Beverley McLachlin lors de son discours prononcé devant le Club Canadien pour les femmes à l'occasion du 8e anniversaire des attentats du 11 septembre :

Le phénomène continu du terrorisme exige une réponse continue, d'envergure et soutenue, qui soit **compatible avec nos valeurs fondamentales et avec la primauté du droit. L'un des effets les plus destructeurs du terrorisme, c'est sa capacité de provoquer des réactions qui sapent les valeurs démocratiques fondamentales** sur lesquelles sont fondés nos pays démocratiques. **La crainte et la colère suscitées par le terrorisme peuvent amener des dirigeants à faire la guerre à des cibles qui ne sont pas nécessairement liées à l'incident terroriste lui-même. Ou encore, elles peuvent conduire des gouvernements à restreindre les libertés civiles et à recourir à des tactiques, telle la torture, qu'ils dénonceraient normalement** — tactiques qui, avec le recul, ne s'avéreront peut-être pas nécessaires ou justifiables.⁴⁷⁸ [Nous soulignons.]

L'effroi de la population devant le terrorisme, surtout après des événements comme le 11 septembre à New York, ailleurs aux États-Unis, ou à Madrid et à Londres est normal et légitime⁴⁷⁹. Il ne faut ni banaliser ni vivifier cette peur. Ce qui trouble, à notre avis, c'est la manipulation du politique et des médias de ce sentiment. La peur devient une arme médiatique permettant à l'exécutif de masquer d'autres enjeux et proposer ainsi des politiques sévères contre les étrangers ou encore augmenter les peines d'emprisonnement, alors que le droit en vigueur est en mesure d'offrir une sécurité adéquate à la population, en répondant entre autres au problème du terrorisme ou à l'interdiction d'entrée et de séjours des criminels étrangers⁴⁸⁰. Hannah Arendt qualifie le problème en terme de *mystères* et démontre comment l'imagination est intimement imbriquée dans l'action humaine et de surcroît dans l'action politique :

« Le secret - ce qu'on appelle diplomatiquement la "discrétion", ou encore *arcana imperii*, les mystères du pouvoir - la tromperie, la falsification délibérée et le mensonge pur et simple employés comme moyens légitimes de parvenir à la réalisation d'objectifs politiques, font partie de l'histoire aussi loin qu'on remonte

⁴⁷⁸ Voir l'allocation de la très honorable Beverley McLACHLIN du 22 septembre 2009, intitulé « Lutter contre le terrorisme tout en préservant nos libertés civiles », devant le Ottawa Women's Canadian Club Ottawa (Ontario). Le texte intégral est disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.scc-C.S.C..gc.ca/court-cour/judges-juges/spe-dis/bm-2009-09-22-fra.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁴⁷⁹ Les attentats de Madrid en mars 2004 et de Londres en septembre 2005 ont été réclamés par Al-Qaeda. Voir les sources journalistiques suivantes : <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/3509556.stm>, http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/4206800.stm et <http://www.guardian.co.uk/uk/2005/jul/07/terrorism.july7> (dernière consultation de ces sites, le 16 septembre 2013).

⁴⁸⁰ Voir discussion plus approfondie au quatrième chapitre, à la sous-section 4.1.1.

dans le passé. **La véracité n'a jamais figuré au nombre des vertus politiques, et le mensonge a toujours été considéré comme un moyen parfaitement justifié dans les affaires politiques.** Qui prend la peine de réfléchir à ce propos ne pourra qu'être frappé de voir à quel point notre pensée politique et philosophique traditionnelle a négligé de prêter attention, d'une part à la nature de l'action et, de l'autre, à **notre aptitude à déformer, par la pensée et par la parole, tout ce qui se présente clairement comme un fait réel.** Cette sorte de capacité active, voire agressive, est bien différente de notre tendance passive à l'erreur, à l'illusion, aux distorsions de la mémoire, et à tout ce qui peut être imputé aux insuffisances des mécanismes de la pensée et de la sensibilité. »⁴⁸¹ [Nous soulignons.]

La déviation des perceptions de la population contre les étrangers est une chose en soit très simple, et combien plus facile au lendemain du 11 septembre 2001. Le thermomètre américain passant du vert, au jaune au rouge suite à l'attentat des tours du *World Trade Center* est, à notre avis, l'exemple le plus explicite, illustration parfaite de cette manipulation du politique sur l'imaginaire de la population déjà troublée⁴⁸². Cette propagande est dangereuse et faut-il le rappeler antidémocratique. Qui plus est l'infiltration de la crainte ou du sentiment dans les prises de décisions gouvernementales comporte deux effets néfastes, voire pervers.

Le premier porte sur la prédétermination émotionnelle des choix politiques sur une base subjective, une combinaison bien malheureuse entre cette capacité à la déformation de la réalité et notre penchant humain à l'illusion, comme le souligne Arendt⁴⁸³. Cette *capacité active* et la *tendance passive* participent à une confusion générale de la part des fonctionnaires et des décideurs politiques. Qui plus est, ce type de raisonnement ne pourrait constituer une bonne

⁴⁸¹ Hannah ARENDT, *Du mensonge à la violence*, Pocket, Paris, 1972, pp. 8 et 9.

⁴⁸² Il s'agit du *Homeland Security Advisory System*. Ce système fut mis en place en 2002 et fut effectif à partir de 2003 jusqu'en avril 2011 où il fut remplacé par un autre type de système. Cette méthode consistait à prévenir la population du danger de terrorisme sur le territoire américain à l'aide d'un code de couleur. Le manque d'information fourni à la population et l'élaboration de ce système portent à la manipulation politique. Nous ne sommes d'ailleurs pas les seuls à le dénoncer, voir entre autres, Jeremy BRINGHAM, "Anti-anti terror : Color coding and the joke of « homeland security »", (2005) 27 *New Political Science* 481-496; SHAPIRO, J. N. and COHEN, D. K. (2007), "Color bind : Lessons from the failed homeland security advisory system", (2007) 32 *International Security* 121-154 et John PAUL and Sangyoub PARK, "With the Best of Intentions : The Color Coded Homeland Security Advisory System and the Law of Unintended Consequences", (2009) 4(2) *Research and Practice in Social Sciences* 1-13. Au niveau journalistique voir les critiques sanglantes de Al KAMEN, "Will Terror Alert Level Show Its True Colors?", *Washington Post*, 13 October 2004, p. A19 et Bruce SCHNEIER, "Do terror alerts work?", October 2004, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.schneier.com/essay-059.html> (dernière consultation le 16 septembre 2013). Sur le nouveau système de prévention d'alertes, consulter le site du Homeland security à l'adresse suivante : <http://www.dhs.gov/files/publications/ntas-public-guide.shtm> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁴⁸³ Hannah ARENDT, "Reflections on Truth and Politics", *The New Yorker*, February 25, 1967, texte apparaissant dans *Between Past and Future*, New York, Viking Press, 1961.

justification ni rencontrer le *seuil de résistance* posé par l'application des droits fondamentaux dans la conception de la théorie du fondement légitime⁴⁸⁴.

La deuxième conséquence vise le phénomène de la « surcriminalisation » du droit administratif en général, et plus précisément du droit de l'immigration⁴⁸⁵. En effet, le sentiment de peur encourage le politique à démontrer son implication par l'adoption toujours plus grandes et sévères de mesures pénales sur tout et partout. Cette surcriminalisation s'associe au glissement des enjeux sociaux à la question sécuritaire, une transformation connue sous la criminalisation du politique :

« The criminalization of politics occurs when issues of criminal justice and in particular the creation of new offences, new investigative powers and more severe punishment are given priority in political discourse over issues of social and economic justice, even when those larger issues may play role in crime. This process could be described as a politicization of crime or a legalization of politics, but the concept of the criminalization of politics best describes the particular pressures that are leading the state to place more and more reliance on the criminal law. »⁴⁸⁶

En 2004 la Cour suprême s'est prononcée sur la légalité d'une norme pénale adoptée dans le cadre des mesures anti-terrorisme de 2001. Les juges prévenaient des excès possibles d'une trop grande pénalisation et de l'équilibre fragile entre lutte au terrorisme et droits fondamentaux (individuels ou collectifs) dans le but de préserver notre démocratie :

Par conséquent, le défi qu'un État démocratique doit relever en réagissant au terrorisme consiste à prendre des mesures qui soient à la fois efficaces et conformes aux valeurs fondamentales de la primauté du droit. Dans une démocratie, tout n'est pas permis pour contrer le terrorisme. Ce qui peut sembler être un désavantage, au premier abord, n'en est pas un en réalité. La réaction au terrorisme, qui respecte la primauté du droit, protège et renforce les libertés précieuses qui sont essentielles à une démocratie.⁴⁸⁷ [Nous soulignons.]

⁴⁸⁴ Sur les seuils de résistance exercés par les droits fondamentaux voir l'argumentation portant sur la fonction *positive* des droits dans Luc B. TREMBLAY (2002), pp. 331 et suivants.

⁴⁸⁵ Sur le manque d'objectivité des prémisses de base en matière de sécurité voir le quatrième chapitre, à la sous-section 4.1.1 et sur le phénomène de surcriminalisation et de pénalisation, voir la discussion au troisième chapitre, à la sous-section 3.2.1.

⁴⁸⁶ Kent ROACH, "The dangers of a *Charter*-proof and crime-based response to terrorism", in Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH (eds), *The security of freedom, Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, pp. 131-147, particulièrement aux pp. 138-139.

⁴⁸⁷ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, par.7.

Dans un tel contexte, on peut en effet s'interroger sur la place que prennent les droits des réfugiés⁴⁸⁸ : au sein d'un environnement alimenté par la terreur et la fluctuation du sentiment de crainte dont bénéficient nos gouvernements pour adopter des mesures draconiennes qui n'appartiennent qu'à des situations de conflits civils ou internationaux⁴⁸⁹. Le professeur Wesley Wark écrivait sur les mesures adoptées par le Canada dans sa loi sur l'anti-terrorisme, en particulier sur la détention préventive et les enquêtes, qu'elles sont le propre d'un pays en guerre :

« But then we are at war, or at least in a war. Our problem is that we don't yet understand the nature of this war on terrorism, or its future. We have not been directly targeted, although Canadian lives were lost in the World Trade Center towers and the Canadian economy has suffered significantly in the aftermath of the attack. »⁴⁹⁰

Encore aujourd'hui, une décennie plus tard, nous avons peine à saisir la complexité géopolitique des actes terroristes posés par les extrémistes religieux. Alors que le droit des réfugiés pose la question pressante de la protection physique du réfugié, la sécurité s'enveloppe d'un manteau de mystères, difficilement pénétrable. La société canadienne devrait plutôt s'intéresser au maintien des droits des réfugiés et de leurs droits fondamentaux, plutôt que de participer à la confusion globale d'une « guerre » contre le terrorisme dont nous comprenons très peu les enjeux réels, et dont la qualification juridique est par ailleurs contestable⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ En immigration, le gouvernement canadien a adopté dans sa lancée des politiques sur l'antiterrorisme, la définition du terme « terrorisme », pour l'introduire dans la *LIPR*. D'autres mesures ont été ainsi prises et font l'objet d'un examen détaillé dans la première partie du troisième chapitre, à la sous-section 3.1.3.

⁴⁸⁹ Sur la réponse du Canada, par l'adoption de son projet de loi C-36, *Loi anti-terroriste*, voir l'excellent collectif d'articles dans Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH, *The security of freedom, Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001. Le chapitre 3 s'intéresse particulièrement à la réponse législative des normes excessives qui n'augmentent ni la sécurité ni l'efficacité de la poursuite des criminels terroristes. Il s'agit plutôt d'une réponse diplomatique canadienne à ses alliés pour se positionner sur l'échiquier international. Voir également sur les enjeux internationaux et politiques le collectif de Gil LOESCHER, James MILNER, Edward NEWMAN and Gary TROELLER, *Protracted Refugee Situations : Political, Human Rights and Security Implications*, New York, UNU Press, 2008.

⁴⁹⁰ Wesley WARK, "The Intelligence requirements and Anti-terrorism legislation", in Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH, *The security of freedom, Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, pp. 287-319, particulièrement à la p. 290.

⁴⁹¹ L'expression guerre au terrorisme est contestable à plusieurs niveaux et pose le problème de la manipulation du politique et des médias à un niveau incontestablement élevé. Sur le plan légal, voir Antonio CASSESE, "Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law", (2001) 12(5) *European Journal of International Law* 993-1001; Christopher GREENWOOD, "International law and the « War against terrorism »", (2002) 78(2) *International Affairs* 301-317 et Luigi CONDERELLI, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international? », (2001) *RGDIP* 829-996. Enfin consulter l'excellent collectif de Andrea BIANCHI (ed.), *Enforcing international law norms against terrorism - Studies in International Law*, Portland, Hart Publishing, 2004. Pour une analyse politique et sociologique voir, entre autres, Francis FUKUYAMA, *America at the Crossroads : Democracy*,

ii) Démystifier la sécurité nationale et la levée du voile du secrecy – vers des procédures équitables pour tous les réfugiés et les étrangers criminels

L'analyse de la sécurité n'est pas chose simple. De par sa nature la sécurité est synonyme de *secrecy*. La sécurité s'apprête et se justifie d'autant plus dans le secret, et elle rencontre facilement le critère de l'intérêt public lorsqu'il s'agit de défendre la restriction imposée contre un individu ou un groupe d'individus pour motif de sécurité. Toute vérité n'est peut-être pas bonne à dire, mais en contre partie, tout mensonge ou demi-vérité ne sont pas non plus gage de sécurité. Évidemment, il est important de distinguer la protection de l'information pour motifs de sécurité nationale (*secrecy*) de l'obligation de l'état de divulguer l'information à l'accusé ou encore à la population. L'État et sa population doivent accepter qu'aucun système de contrôle frontalier et aucun service des renseignements ne soient en mesure d'intercepter tous les criminels et les terroristes de ce monde. La société sans risque a beaucoup de difficulté à admettre cette réalité⁴⁹² et le gouvernement ne pourra jamais prétendre à une protection nationale contre le crime totalement efficace⁴⁹³. Un compromis devient donc nécessaire :

“Secrecy for the state entails a lack of accountability to its citizens. The absence of secrecy for citizens entails a lack of individual privacy. And a liberal democracy governed by the rule of law demands both state accountability and the protection of individual civil liberties such as privacy. As a result, a liberal democracy can never have the most efficient system possible for the apprehension of criminals. A balance must be struck between safety and security on the one hand, and privacy and accountability on the other.”⁴⁹⁴

La sécurité est donc un terreau fertile à l'imaginaire et permet d'exacerber les sensibilités d'une population déjà en émoi. La sécurité est en soi un lieu secret où seuls quelques individus,

Power and the Neoconservative Legacy, Yale University Press, 2006; Ira CHEMUS, *Monsters To Destroy : The Neoconservative War on Terror and Sin*, Boulder, Paradigm Publishers, 2006 et plus récemment du même auteur *Apocalypse Management : Eisenhower and the Discourse of National Insecurity*, Stanford University Press, 2008. Voir également, la discussion sur la notion de sécurité et la perception de la menace au quatrième chapitre, à la sous-section 4.1.1, au point i).

⁴⁹² Sur la société des risques (à savoir l'aversion pour le risque et la montée de la sécurisation de tous les paramètres afin de donner l'impression du risque zéro), voir au troisième chapitre, la sous-section 3.1.2, au point i).

⁴⁹³ À cette distinction, il faut ajouter deux phénomènes socio-juridiques sous-jacents, soit la difficulté de la preuve pour l'état dans les dossiers internationaux (dans qualification des faits en termes légaux) et la sécurisation de la population dans le fait de trouver un coupable (sécurité psychologique, se rapporter au droit pénal canadien et international. La difficulté de prouver la culpabilité des crimes internationaux est soulignée au troisième chapitre, à la sous-section 3.2.2.

⁴⁹⁴ Lisa AUSTIN, “Is privacy a casualty of the war on terrorism?”, in Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH, (eds), *The security of freedom, Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, pp. 251-267, à la p. 258.

experts sur le terrain, fonctionnaires et politiciens se partagent des bribes d'information, souvent incomplètes. Sur la base de ces informations sont prises des décisions importantes à l'encontre d'individus *politiquement* jugés dangereux. On pourra en effet difficilement admettre que la procédure d'identification des terroristes s'apparente au processus pénal⁴⁹⁵. Le déroulement judiciaire qui s'en suit s'appuie à partir d'une banque d'information encore plus tronquée, laissant souvent peu de latitude pour la défense de celui ou celle préalablement étiqueté de sujet dangereux et indésirable pour la société. Cette réalité reflète surtout le modèle législatif des cas de certificat de sécurité⁴⁹⁶. Toutefois, la sécurité ne peut pas seulement être affaire secrète, elle doit sortir au grand jour et se définir en termes de préservation du droit en vigueur et des garanties qu'il offre⁴⁹⁷.

Toujours dans la *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*⁴⁹⁸ qui concerne l'affaire *Air India*, la Cour à bon escient cite les propos rendus fameux du président Aharon Barak du tribunal de la plus haute instance en Israël :

« [TRADUCTION] Tel est le destin d'une démocratie : dans un régime démocratique, la fin ne justifie pas tous les moyens et il n'est pas possible non plus de recourir à toutes les méthodes utilisées par l'ennemi. **Il arrive parfois qu'une démocratie doive se battre en ayant une main attachée derrière le dos. Elle est néanmoins en position de force. Le maintien de la primauté du droit et la reconnaissance des libertés individuelles représentent un aspect important de sa conception de la sécurité.** En définitive, ils accroissent son enthousiasme et son dynamisme et lui permettent de venir à bout de ses difficultés. (H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israël v. Israël*, 53(4) P.D. 817, p. 845, cité dans Barak, loc. cit., p. 148.)⁴⁹⁹ [Nous soulignons⁵⁰⁰.]

L'enjeu démocratique est primordial, la force étatique déployée en matière de sécurité devrait égaler l'énergie nécessaire au maintien des droits et libertés des individus. L'équilibre est

⁴⁹⁵ Pour une discussion plus détaillée sur le traitement administratif des questions de criminalité en matière d'immigration, voir au troisième chapitre, la sous-section 3.2.2.

⁴⁹⁶ Article 77 de la *LIPR* et pour plus de détails sur les cas de sécurité et l'émission des certificats de sécurité, voir les précisions apportées sur les certificats de sécurité, voir au troisième chapitre, à la sous-section 3.2.2.

⁴⁹⁷ Voir au dernier chapitre, la discussion sur la dite « guerre » au terrorisme et les moyens qu'offre le droit pour y répondre, à la sous-section 4.1.1.

⁴⁹⁸ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248.

⁴⁹⁹ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, par.7.

⁵⁰⁰ La très honorable Beverley McLACHLIN abonde également dans ce sens, en reprenant les propos de monsieur Barak dans Lutter contre le terrorisme tout en préservant nos libertés civiles, Allocution de la très honorable Beverley McLACHLIN, C.P. Juge en chef du Canada Devant le Ottawa Women's Canadian Club Ottawa (Ontario) Le 22 septembre 2009. Source internet : <http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/ju/spe-dis/bm2009-09-22-fra.asp> (consulté le 16 septembre 2013).

certes difficile à atteindre et requiert une grande sagesse chez nos politiciens, une responsabilisation du gouvernement dans son ensemble (fonctionnaires inclus) et une prise de conscience sociale.

Le professeur Wesley Wark propose six principes pour une démocratie effective dans un contexte sécuritaire : [traduction libre] 1. de bonnes lois, 2. une organisation gouvernementale cohérente autour des politiques sur les renseignements (collecte, traitement et dissémination à tous les niveaux décisionnels), 3. ressources suffisantes pour la globalité des services de renseignements, 4. le talent, 5. des alliés de mérite (honorables) et 6. la légitimité publique⁵⁰¹. Ces principes assurent, à notre avis, la reconnaissance des droits et libertés individuelles et permettraient également de lever les masques contre les réfugiés, qu'ils soient perçus comme des terroristes potentiels (méchants réfugiés) ou comme de mauvais réfugiés ou de simples migrants menteurs et abusant d'un système démocratique « généreux » à la recherche d'un avenir meilleur⁵⁰². Le troisième chapitre consacrera son analyse à la vérification de ces principes, en particulier dans la seconde partie.

Bref, donner un sens au droit des réfugiés, voilà l'entreprise de cette thèse. Trouver un sens à quelque chose c'est rendre la place qui lui revient. Aussi, le droit des réfugiés nous semble-t-il négligé par les politiciens et leurs considérations humanitaires servent plutôt à reluire leur image en popularité. La cohérence du système juridique canadien passe par une interrogation sur l'espace que peut occuper la sécurité publique et nationale en droit des réfugiés. À notre avis, le *modus operandi* de la sécurité tel qu'il apparaît en droit de l'immigration est si puissant qu'il faut lui opposer un cadre ferme permettant d'éviter les débordements qui tendent naturellement à survenir. Ce *modus* s'exprime tant sur le plan purement légal que par la force psychologique qu'il exerce sur les décideurs, les politiciens et la population.

Le cadre pouvant délimiter les excès de la sécurité pourrait se traduire sous la forme d'une éthique humaniste. En d'autres termes, la lecture que les juristes, juges et conseillers font des normes et directives du droit de l'immigration, doit s'appuyer sur des références d'ordre éthique

⁵⁰¹ Wesley WARK, "The Intelligence requirements and Anti-terrorism legislation", in Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH, *The security of freedom, Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, pp. 287-319, particulièrement aux pp. 287-288.

⁵⁰² ROUSSEAU, Cécile and FOXEN, Patricia, "Constructing and deconstructing the myth of the lying refugee : Paradoxes of power and justice in an administrative immigration tribunal", in Els VAN DONGEN (ed.), *Lying and illness : Power and performance*, Her Spinhuis, Amsterdam, 2005, pp. 56-91.

préconisant l'accueil, ou du moins l'ouverture vers la différence, le respect de la vie et de la dignité humaine.

En conclusion, ce premier chapitre a mis en évidence les vertus rationnelles de la théorie du fondement légitime, bien que nous sommes conscients des limites épistémologiques de cette théorie qui requièrent une connaissance et une recherche presque infinies. Notre entreprise se veut plus modeste et l'utilité d'une telle théorie est double pour les fins de notre démonstration. Premièrement, elle permet de dévoiler les véritables motifs qui confrontés à la raison peuvent faire échouer la survie d'une norme et, deuxièmement, elle met en évidence les valeurs préconisées par la société canadienne.

L'analyse des deux jugements de la Cour suprême dans les affaires *Singh* (1985) et *Suresh* (2002) tentera de découvrir, dans un premier temps, si les juges ont appliqué les critères relevés précédemment. Puis dans un deuxième temps, en fonction de notre première conclusion (le respect de l'arrière-plan rationnel), nous nous efforcerons de comprendre les possibles distorsions judiciaires entre une première décision qui octroya aux réfugiés la protection de l'article 7, et la deuxième, qui permet désormais explicitement le renvoi vers la torture, alors que le droit, à notre avis, ne l'y autorise pas. Nous verrons s'il s'agit d'une aberration judiciaire, en ce sens que certains critères rationnels n'ont pas été respectés ou, encore, s'il y a eu « irrationalité » au sein de l'ordre normatif dans l'éventualité où nous soutenons que la grille rationnelle fut respectée. En d'autres termes, l'impératif sécuritaire offre-t-il une justification suffisamment rationnelle au point de déroger du droit existant? Ou pour aborder le problème sous un autre angle, quelles sont les balises nécessaires qu'il faudra soumettre devant la justification sécuritaire pour prétendre au maintien de notre démocratie et défendre la légitimité de nos institutions publiques?

Le prochain chapitre reprendra les faits des deux affaires et établira la trame factuelle, c'est-à-dire la *factualité* qui constitue le premier critère de la grille d'analyse constitutionnelle. Les différences dans les histoires des demandeurs dans *Singh* et *Suresh* seront relevées afin de comprendre si le traitement politique et médiatique n'a pas un impact négatif dans l'élaboration des qualifications juridiques des faits. À partir de la *factualité*, le troisième chapitre étudiera les conséquences qu'ont provoquées les affaires *Singh* et *Suresh* dans le traitement des réfugiés (la création de la Commission de l'immigration et du statut pour le réfugié et le renvoi vers la torture). Ce n'est que dans la seconde partie du troisième chapitre qu'il sera question de l'analyse

spécifique de la validité des justifications au renvoi vers la torture. La validité des motivations étatique et la légalité de la décision de la Cour dans *Suresh* occuperont la réflexion constitutionnelle en regard avec les obligations internationales du Canada.

Finalement, la Conclusion générale sortira du cadre de l'analyse constitutionnelle en proposant une discussion sur l'empire de la sécurité qui reprendra les conclusions tirées au troisième chapitre. La Conclusion générale mettra en évidence l'existence d'outils juridiques déjà à la disposition de l'État depuis l'entrée en vigueur de la *Convention relative au statut de réfugié* qui offre à travers l'interprétation des exclusions prévues une réponse suffisante au terrorisme et à la violation physique et territoriale d'une nation.

Bref, dans l'éventail des possibilités démocratiques offert à l'État, notre réflexion questionne la nécessité du recours à de nouvelles mesures juridiques pour combattre le terrorisme. À savoir, si les pouvoirs existants offrent les moyens nécessaires à l'État pour intervenir ou faut-il, comme le prétendent les politiciens, renforcer par de nouvelles mesures le droit pour une plus grande sécurité. En effet, certains dérapages politiques et judiciaires se sont produits après le 11 septembre 2001 et ont donné lieu à une distorsion majeure de l'état du droit au profit de mesures pénales en droit de l'immigration et en droit administratif en général. L'affaire *Kadhr*, précédemment décrite en Introduction générale, en est un exemple malheureux et désolant. L'adoption de nouvelles réformes du droit des réfugiés par le gouvernement conservateur est également inquiétante. Dans un tel contexte du rejet de l'étranger, la considération de l'éthique dans le droit comme un moyen de contrecarrer le pouvoir politique en matière de sécurité en droit constitutionnel canadien nous semble pertinente, voire une exigence nécessaire.

CHAPITRE 2. LA RÉALITÉ HISTORIQUE ET LE MANQUE DE CONSIDÉRATION
FACTUELLE DES TRIBUNAUX : L'INFLUENCE NÉGATIVE DU CONTEXTE
SOCIOPOLITIQUE DE LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME SUR L'APPROCHE
JURIDIQUE HUMANITAIRE (FACTUALITÉ)⁵⁰³

« ... alors tu réentends parler de la Personne Humaine tu entends un nommé Dean Rusk demander aux peuples libres qui croient en cette même Personne et en ses Droits inaliénables de resserrer le blocus autour de Cuba « économiquement, politiquement et spirituellement » et tu entends un certain Cabot Lodge protester au nom encore de cette même Personne et de ses mêmes Droits de la sauvagerie de la barbarie d'un attentat du Viêt-Cong contre trois innocents officiers américains et qui demande aux peuples libres de condamner de telles méthodes et tu lis dans ton journal qu'un avion vietnamien sur le conseil des civilisés a rasé au napalm un village de ce pays repère de vermines et qu'il n'est pas resté de survivants et toi tu en conclus que ces gens-là ne font pas partie de l'Humanité et qu'ils ne sont pas de Personne Humaine ... »
Gaston Miron, *Aliénation délirante* (1964)⁵⁰⁴

Ce deuxième chapitre traite du contexte historique entourant les deux décisions gouvernementales dans les affaires *Singh* et *Suresh*⁵⁰⁵. Comme nous l'avons vu au premier chapitre, ces décisions sont le point de départ de notre démonstration et elles permettent de confronter deux époques différentes avec deux résultats opposés sur le traitement des réfugiés. Ce chapitre aborde le premier critère de la grille d'analyse constitutionnelle, soit la *factualité*, c'est-à-dire les faits conduisant les parties devant le juge, ce qui comprend l'histoire politique et biographique des réfugiés. C'est également l'occasion de poser un regard critique sur les représentations politiques du monde occidental⁵⁰⁶ et sur les conflits civils étrangers qui teintent l'interprétation du droit des réfugiés, à savoir l'octroi ou le refus de la protection aux réfugiés⁵⁰⁷. En effet, la confrontation de ces deux décisions jette un éclairage sur la réelle participation de la

⁵⁰³ J'aimerais remercier l'aide inestimable de mes collègues de la classe du cours d'hiver du *Mahanirban Calcutta Research Group* (MCRG), promotion 2008, qui m'ont permis d'avoir une vision d'ensemble sur la situation politique indienne et sri lankaise, en particulier Mmes Sahana BASAVAPATNA, Anuradha GUNARATHNE, Pascale MCLEAN, Francis ADAIKALAM et Peter PRAKASH. Sans eux je n'aurais pas pu retracer toute l'information pertinente et les documents nécessaires à une telle étude.

⁵⁰⁴ Citation tirée du poème *Aliénation délirante* (1964) dans Gaston MIRON, *Un long chemin – Proses 1953-1996*, Montréal, Hexagone, 2004, pp. 180-181.

⁵⁰⁵ Les références exactes sont *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 et *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3. Ces dossiers seront simplement désignés par *Singh* et *Suresh*.

⁵⁰⁶ Nous avons vu en introduction l'influence des représentations politiques sur le droit. Ces représentations se caractérisent par l'image véhiculée par le discours politique sur un sujet donné, ici le réfugié. Cette image injectée dans l'esprit des auditeurs nourrit l'imaginaire populaire jusqu'à transformer l'objet réel. Pour plus de détails, voir l'Introduction générale, en particulier les premières pages introductives et la sous-section 0.1.2.

⁵⁰⁷ Voir l'hypothèse de départ de la recherche en Introduction générale, à la sous-section 0.2.2., au point ii).

justice dans la sphère politique ou, inversement posé, on peut s'interroger sur la détermination de la justice par le politique.

La première décision gouvernementale mettait en application le processus de détermination du statut de réfugié qui prévalait dans les années 80. Ce régime fut changé suite au jugement de la Cour suprême du Canada qui a reconnu aux revendicateurs le droit d'être entendus par le décideur (*Singh*). À notre avis, les faits judiciaires ne se rapportent pas seulement à la revendication faite par Monsieur Singh et les autres demandeurs lors de leur arrivée au Canada, mais comprennent aussi les faits historiques et politiques entourant la décision de refuser le droit d'asile (première partie). Nous reviendrons en détail sur le droit d'être entendu dans le cadre de la discussion en deuxième partie de ce chapitre, lorsqu'il sera question du critère de la légalité.

La deuxième décision gouvernementale porte sur le renvoi au Sri Lanka d'un étranger Tamoul déjà reconnu réfugié par le Canada, alors qu'il existait un risque de torture. En 2001, la Cour suprême a retourné l'affaire devant le décideur initial, sans toutefois remettre en cause le régime législatif en place (*Suresh*), c'est-à-dire en préservant le possible renvoi vers la torture prévue par la loi. En d'autres mots, la Cour a admis qu'il existe des « circonstances exceptionnelles » au renvoi vers la torture d'un réfugié jugé trop menaçant pour la sécurité du pays, sans toutefois se prononcer sur le degré de danger de M. Suresh⁵⁰⁸. Il devient particulièrement intéressant dans le contexte des événements tragiques du 11 septembre 2001, d'étudier l'histoire du Sri Lanka et les revendications à l'autodétermination des Tamouls ainsi que la position de la communauté internationale devant la radicalisation du *Liberation of Tamil Tiger Eelam* (les Tigres de libération de l'île tamoul, ci-après le LTTE). En effet, l'intensification des mesures de sécurité advenue après le 11 septembre 2001 a influencé les positions politiques du gouvernement sri lankais et des leaders du LTTE. Le régime législatif de la pondération des risques personnels et collectifs sera, pour sa part, étudié en profondeur en deuxième partie de ce chapitre.

⁵⁰⁸ L'expression « circonstances exceptionnelles » fut utilisée par la Cour suprême sans toutefois être définie, laissant ainsi le soin au gouvernement de démystifier par essai-erreur les cas exceptionnels. À ce jour, aucun renvoi vers la torture n'a été admis dans cette catégorie créée par la jurisprudence. Pour plus de détails, voir la discussion au dernier chapitre, à la sous-section 4.2.2.

L'enracinement du politique dans le droit n'est probablement pas à démontrer, mais démystifier les imbrications entre politique et droit, entre représentations politiques et interprétations juridiques, devient une tâche fort complexe. L'Introduction générale abordait l'influence du politique et des représentations politiques dans le droit⁵⁰⁹. Il faut retenir que les modes de contrôle des populations sont de nature répressive et que la construction de l'étranger et du réfugié dépend essentiellement des mécanismes mis en place par l'État par les moyens à sa disposition: communication, décisions politiques, normes adoptées, etc.

On pourrait poser la problématique de la construction d'une fausse identité de l'étranger en ces termes: devant la pression migratoire de plus en plus importante, et ce, surtout du Sud vers le Nord, les États occidentaux établissent des paramètres sociopolitiques, accompagnés de mesures juridiques, autour de la personne du réfugié visant à le discréditer aux yeux de la population hôte. Ce discrédit du réfugié, et plus globalement de l'étranger, se transforme rapidement en un repli sur soi situant l'étranger dans une sphère autre, au-delà de nous. L'Autre devient une menace et plus il s'aventure près de nous, plus il se rapproche de nos frontières, de notre culture et de notre identité, plus nous tentons de l'en éloigner. Pour reprendre une image de Gaston Miron, à force de déformer l'image de cet Autre, étranger lointain, nous en venons à la conclusion « que ces gens-là ne font pas partie de l'Humanité et qu'ils ne sont pas de Personne Humaine »⁵¹⁰.

La politique suppose l'appartenance à une collectivité et impose l'exclusion, une ligne de partage entre nous et l'étranger. La politique discrimine, tout comme le droit et sa mise en œuvre. C'est pour cette raison que les mesures de contrôles que l'on voit décupler et se raffiner confirment les représentations politiques négatives des étrangers, jusqu'à être meurtrières, lorsque l'on pense au renvoi vers la torture des réfugiés; mesure par ailleurs condamnée par le droit international, mais entérinée par le droit interne canadien⁵¹¹. L'altération de l'identité de l'étranger, par le politique, se répercute sur les réfugiés. En effet, la mécanique décisionnelle au sein des ministères impliqués et le jugement technocratique de la CISR reproduisent cette

⁵⁰⁹ Voir en particulier l'Introduction générale, à la sous-section 0.2.2.

⁵¹⁰ Citation tirée du poème *Aliénation délirante* (1964) dans Gaston MIRON, *Un long chemin – Proses 1953-1996*, Montréal, Hexagone, 2004, p. 181.

⁵¹¹ Article 115 de la *LIPR*.

déformation en présentant l'exilé comme faux réfugié. Jérôme Valluy, ancien commissaire à la détermination du statut de réfugié en France, écrit à bon escient que :

« Le jugement technocratique de l'exil participe de manière centrale au retournement du droit de l'asile contre les exilés en se présentant comme une évaluation objective de ce qu'ils sont au regard de règles juridiques impersonnelles alors qu'il ne procède [...] d'aucune définition consensuelle du réfugié, ne possède aucun moyen significatif d'instruction sur les réalités biographiques des exilés et se trouve de ce fait tributaire des subjectivités et de leurs interactions. »

Valluy va même plus loin en affirmant que le « jugement technocratique est un champ de luttes idéologiques qui ne se reconnaît pas comme tel et produit des effets politiques d'autant plus lourds »⁵¹². C'est dire que le droit et son *institutionnalisation*, comme l'entend Foucault⁵¹³, empruntent les mêmes sentiers politiques et transposent les mêmes peurs en stigmatisant le réfugié, tout en y justifiant son rejet dans une bureaucratisation logiquement sécuritaire. On pourra se demander, dans un tel contexte, quelle résistance juridique ou individuelle pourra être suffisamment forte pour contrer une perception aussi négative des réfugiés et ainsi rétablir les droits qui leur reviennent de même que la protection réelle contre la persécution dont ils souffrent. L'analyse historique permettra d'illustrer ce glissement pernicieux des représentations politiques vers le droit.

L'affaire *Singh* est une référence en droit de l'immigration et en droit de la personne, puisque la Cour suprême a reconnu le droit aux étrangers d'être entendus devant les autorités canadiennes (plus spécifiquement le décideur du statut de réfugié) et ainsi de se prévaloir des droits fondamentaux prévus par la *Charte canadienne des droits et libertés* au même titre que les citoyens canadiens⁵¹⁴. Une avancée en droit canadien qui suivait à l'époque le développement des droits de l'homme sur la scène internationale et marquait une juste interprétation de la *Charte* adoptée en 1982.

En opposition, au moment des attaques du 11 septembre 2001, la Cour suprême devait décider du retour à la torture d'un réfugié au Sri Lanka. L'affaire *Suresh* a confirmé la possibilité

⁵¹² Jérôme VALLUY, *Rejet des exilés – Le grand retournement du droit d'asile*, Paris, Les éditions du Croquant, 2009, p. 42.

⁵¹³ Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, 1975 et Michel FOUCAULT, *Sécurité, Territoire et Population : Cours au Collège de France (1977-1978)*, Paris, Seuil, 2004. Pour une discussion plus approfondie, voir le chapitre 3.1.1.

⁵¹⁴ Les droits fondamentaux sont ceux prévus aux articles 1 à 15 de la *Charte*. Quelques exceptions existent et ne visent que les citoyens, par exemple à l'article 6 il est prévu la libre entrée au pays. Consulter le premier chapitre, à la sous-section 1.1.2.

pour le gouvernement de renvoyer une personne protégée à la torture, puisque l'intérêt du Canada à combattre le terrorisme le justifie. À notre avis, cette conclusion est contestable et entache l'avancée jusque-là faite dans la préservation et l'octroi des droits fondamentaux à toute personne se trouvant au Canada.

On ne saurait débiter l'analyse constitutionnelle sans la compréhension réelle des faits qui ont initié la confrontation entre un individu et l'administration gouvernementale. Le conflit soulevé doit nécessairement porter sur la négation d'un droit fondamental prévu par la *Charte*. Généralement, on entend par *factualité* tout ce qui se rapporte aux faits judiciaires et aux faits qui ont marqué l'histoire des demandeurs. L'enjeu central dans l'affaire *Suresh* porte sur la conformité du renvoi vers la torture au regard des principes de justice fondamentale. La décision de la Cour se fonde sur un test, précédemment établi et utilisé, par les juges à savoir si l'expulsion vers la torture « choquerait la conscience des Canadiens » (*Suresh*, par. 49)⁵¹⁵. La démarche contextuelle est celle préconisée par la Cour, dans *Suresh*, pour y dégager les principes de justice fondamentale⁵¹⁶. Une telle approche exige une compréhension des enjeux entourant la sécurité nationale et son imbrication avec le droit de l'immigration, et particulièrement, le droit des réfugiés.

Le raisonnement judiciaire en matière de sécurité nationale doit nécessairement convaincre l'auditoire des conclusions recherchées, à travers l'exposé factuel qui permet l'adhésion de la communauté juridique et des acteurs impliqués ; une base factuelle qui manque de façon flagrante dans la décision *Suresh*⁵¹⁷. La démonstration de l'importance des faits et du manquement de la Cour suprême dans *Suresh*, particulièrement sur les questions de sécurité, furent établis dans un mémoire de maîtrise. La recherche d'Andréanne Joanne-Laflamme « 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 »⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Sur le test et l'analyse constitutionnelle, voir le quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.2.

⁵¹⁶ Sur la démarche contextuelle et l'approche choisies par la Cour dans *Suresh*, voir les précisions au quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.2.

⁵¹⁷ Voir, entre autres, Chaïm PERELMAN, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », dans Chaïm PERELMAN et Pierre FORIERS (dirs), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 416-426, en particulier à la page 425.

⁵¹⁸ Voir Andréanne JOANNETTE-LAFLAMME, *La puissance des faits qui sont tus : la Cour suprême du Canada et l'expulsion vers la torture*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, septembre 2009, p. 6.

Plus précisément, le critère de la *factualité* concerne les faits rapportés à la cour ou encore devant le tribunal administratif. Dans les affaires *Singh* et *Suresh*, il s'agit surtout de l'examen de la procédure contestée par les demandeurs. Il faut distinguer les faits judiciaires, c'est-à-dire les faits qui ont été présentés à la cour et dont la présentation est nécessaire pour trancher le litige, des faits propres à la revendication des demandeurs d'asile. La Cour fédérale est généralement habilitée à réviser le processus décisionnel et n'a qu'une compétence très limitée pour réviser les faits relatifs à la revendication, c'est-à-dire l'histoire du Pendjab ou du LTTE⁵¹⁹.

Dans les affaires *Singh* et *Suresh*, la contestation portait essentiellement sur la façon dont le ministère décidait du sort des réfugiés. Toutefois, pour une compréhension réelle des enjeux et pour un regard complet sur ces deux affaires, il est important de regrouper non seulement les faits présentés devant les corps administratifs (fonctionnaires au point d'entrée frontalier et autres fonctionnaires des ministères de l'Immigration et celui de la Sécurité publique), les tribunaux (section pour la protection des réfugiés, cour fédérale d'appel et cour suprême), mais également les faits historiques entourant la persécution et la trame biographique des demandeurs parfois et souvent méconnue des décideurs⁵²⁰. En effet, tous ces éléments factuels sont décisifs et affectent tant la crédibilité du demandeur d'asile que la compréhension historique du décideur sur le pays en cause ou les événements entourant la demande. La factualité, dans son entendement global, permet donc d'établir une meilleure comparaison des contextes géopolitiques des affaires *Singh* et *Suresh* et d'émettre certaines hypothèses quant à l'influence de la politique internationale sur les décisions administratives et judiciaires.

⁵¹⁹ Les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 prévoient les motifs de contestation judiciaire. En particulier le sous-paragraphe 18.1(4)d) permet à la Cour fédérale de casser une décision "fondée sur une conclusion de fait erronée", dans la mesure où cette conclusion fut "tirée de façon abusive ou arbitraire" ou en omettant des éléments présentés au moment de la revendication. Sur le principe de déférence en matière administratif et pour comprendre les critères de contrôle judiciaire voir l'arrêt de principe de la cour suprême du Canada *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 C.S.C. 9, [2008] 1 R.C.S. 190 et particulièrement en immigration, l'augmentation de la déférence depuis *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

⁵²⁰ Cette méconnaissance des faits personnels à la revendication sont dues à plusieurs facteurs et raisons propres au revendicateur: crainte des autorités, honte des événements passés ou par traumatisme. Toutefois, il existe des paramètres externes qui participent à la méconnaissance de la trame biographique et la connaissance réelle de l'histoire du pays d'origine des enjeux sociopolitiques et culturels affectant le revendicateur: une mauvaise représentation légale par des conseillers qui se disent experts et la culture interne de la CISR. Voir François CREPEAU, Patricia FOXEN, France HOULE et Cécile ROUSSEAU, « Analyse multidisciplinaire du processus décisionnel de la CISR », (2001) 19(4) *Refuge* 62-75.

Il est opportun de distinguer entre véracité des faits et la perception négative de l'étranger. Ce sont là deux éléments qui pèsent contre une demande d'asile, à savoir la méconnaissance des faits historiques et de la biographie du demandeur et la perception négative des réfugiés. Cette perception influence la connaissance historique et les représentations politiques. Les faits historiques et la trame biographique permettront également de saisir l'exactitude de l'expertise gouvernementale. En effet, il est essentiel de comprendre sur quels fondements factuels et sur quelle interprétation historique la décision d'asile est fondée (chapitre 3). Cet éclairage est d'autant plus important dans les cas de sécurité et l'adoption d'une liste internationale de groupes terroristes, puisque la lecture des faits et de l'histoire influencent la justification donnée à la décision administrative.

Ce chapitre s'intéressera donc avant tout aux faits entourant les deux affaires judiciaires de *Singh* et de *Suresh*. Dans un premier temps, il sera question des revendicateurs sikhs, leur lutte à l'auto-détermination et les résistances qu'ils ont rencontrées devant les autorités en place suite à la libération de l'Inde jusqu'à aujourd'hui (section 2.1). Dans un deuxième temps, nous profitons de l'actualité des *boat people* asiatiques de 1999 et de 2011 pour traiter de revendications d'autonomie par une collectivité dont la faction radicale est condamnée sur la scène internationale: les Tamouls du Sri Lanka (section 2.2). Enfin, la dernière sous-section présentera et confrontera les activités et le statut de la Fédération internationale de la jeunesse sikhe à celle des Tamouls, afin de comprendre le rôle des représentations politiques, c'est-à-dire l'influence du contexte géopolitique dans les décisions portant sur les réfugiés (section 2.2.3). En conclusion, notre démonstration vise à vérifier si les décisions administratives de *Singh* et *Suresh* reflètent les positions politiques et les jugements des tribunaux qui ont suivi. On peut alors se demander si la justice elle-même, dans ses rouages, ne participe pas à alimenter une image politisée (ou une image dictée par le politique).

L'étude du contexte historique entourant les réfugiés confirmera ou infirmera la possibilité d'une distorsion historique dans les décisions administratives. Le cas échéant, nous pourrions conclure en une manipulation politique avec des effets pervers sur la compréhension des enjeux et des demandes d'asile auprès des fonctionnaires et des juges.

Section 2.1 L'affaire *Singh* : l'expertise gouvernementale, une expertise politisée et discrétionnaire ayant mené au rejet de leur demande d'asile malgré la crainte fondée des membres de l'Akali Dal

L'affaire *Singh* consiste en un appel regroupé de plusieurs décisions négatives concernant sept demandeurs d'asile déboutés. Six d'entre eux proviennent de l'Inde et une demanderesse d'origine indienne est citoyenne guyanaise. Ils allègent pour la plupart la persécution par les autorités indiennes en raison de leurs activités et opinions politiques au sein du parti *Akali Dal*, considéré à l'époque comme une menace à l'intégrité de l'État indien. La *Fédération des sociétés sikhes du Canada* est également intervenue devant la Cour suprême pour défendre les sept demandeurs (*Singh*, par. 2).

Tous les revendicateurs ont allégué leur participation au parti Akali Dal. Une participation plus ou moins active, mais leur identité n'était pas en doute et leur origine sikhe certaine. Nous n'avons pas accès aux notes prises par le fonctionnaire attribué à recommander ou non le statut de réfugié. Toutefois, la décision très courte indique que les demandeurs d'asile « did not, however, provide any information to indicate that [they] were persecuted in India. There is no indication that you would be persecuted on your return to India. »⁵²¹

Le résultat négatif du comité consultatif du statut de réfugié est plutôt surprenant étant donné l'état d'urgence proclamé en Inde dans les années 80. Plusieurs hypothèses surgissent : 1. mauvaise compréhension des événements, 2. mauvaise qualité de la preuve liant les événements et le demandeur d'asile ou 3. manque de crédibilité.

Dans l'affaire *Singh*, on a du mal à croire que les événements entourant la répression du mouvement indépendantiste puissent avoir été ignorés, étant donnée la quantité des rapports des organisations dénonçant la pire page de l'histoire moderne de l'Inde. La décision ne laisse pas entrevoir la possibilité d'un manque de crédibilité. Faut-il conclure dans un manque de preuve ? Pourtant, le retour à cette époque des Sikhs en Inde et particulièrement au Pendjab était hautement risqué pour la vie et la sécurité physique du ressortissant, puisque la torture était pratique courante auprès des expatriés.

Nous croyons que la superficialité de l'examen des demandes d'asile combiné avec une méconnaissance des enjeux intercommunautaires en Inde et la perception des demandeurs (dont

⁵²¹ Voir *Decision of the Refugee Status Advisory Committee*, 11 January 1983. La décision se trouve à la page 4 du dossier déposé par les appelants devant la Cour suprême.

certains avaient déjà tenté de rester au Canada) ont dicté un résultat négatif en dépit d'un risque de persécution réel. Le tableau suivant schématise les allégations des demandeurs d'asile et leur entrée et sortie du Canada⁵²² :

Figure 3: Profil des demandeurs d'asile dans l'affaire Singh

Prénom et nom (mauvais traitement)	Citoyenneté et lieu de naissance	Activités/ Crainte	Arrivée Au Cnd	Âge*	Rep. O/N	Moment de la revendication**
Harbhajan Singh (détenu en 1976 et 1979, battu)	Indien (Raipur)	Association au Parti Akali Dal (membre depuis 1976; aide au recrutement et collecte de fonds)/opinions politiques	juillet 1981	juillet 1954	non (oui devant SIO)	À l'enquête POE sous 23 Loi (45)
Sadhu Singh Thandi (détenu en 1975 et 1976, battu)	Indien (Banga)	Association au Parti Akali Dal (chauffeur et prédicateur depuis 1970)/ opinions politiques	N/D	N/D	non (oui devant SIO)	À l'enquête POE sous 23 Loi (45)
Paramjit Singh Mann (détenu en 1976, battu et caution)	Indien (Banga)	Association au Parti Akali Dal (membre participant depuis 1970)/ opinions politiques	juillet 1977	N/D	non (oui devant SIO)	À l'enquête sous 27(4) Loi
Kewal Singh (détenu 5 fois et battu)	Indien (Kaulgarh)	Association au Parti Akali Dal (membre participant depuis 1964; bénévole au gvt du parti indien aux élections de 1977)/ opinions politiques	novembre 1980	avril 1940	non (oui devant SIO)	À l'enquête sous 27(4) Loi
Charanjit Singh Gill (harcèlement aucune arrestation)	Indien (Kamiana)	Association au Parti Akali Dal (membre distribuant des dépliants et aide au recrutement)/ opinions politiques	mai 1981	février 1960	non (oui devant SIO)	À l'enquête POE sous 23 Loi (45)

⁵²² Il a été possible de retracer des bribes de leur histoire grâce aux plaidoyers des demandeurs déposés devant la Cour suprême par leurs avocats respectifs.

Prénom et nom (mauvais traitement)	Citoyenneté et lieu de naissance	Activités/ Crainte	Arrivée Au Cnd	Âge*	Rep. O/N	Moment de la revendication**
Mme Indrani	Guyanaise (ancêtres Indiens)	Hindoue, considérée Pakis par les Guyanais/ allègue les 5 motifs)	octobre 1979 (dernière entrée, 1ère fois en 1978)	juillet 1950	Non	À l'enquête sous 27(4) Loi (overstayed)
Satnam Singh	Indien	Association au Parti Akali Dal/opinions politiques	N/D	N/D	Oui	À l'enquête POE sous 23 Loi (45)

* il s'agit de l'âge au moment de la demande d'asile

** POE = point d'entrée à la frontière

La partition entre l'Inde et le Pakistan en 1947, lors du retrait des troupes anglaises et d'un tracé cruel des nouvelles frontières, a fait basculer la vie des Sikhs dans une période de terreur et de persécution. L'assassinat d'Indira Gandhi par deux de ses gardes du corps sikhs, en 1984, a probablement été le point culminant de la lutte entre l'État central indien et la population sikhe qui répondra avec l'opération militaire *Blue Star*, aux premiers jours de juin 1984. C'est surtout la participation idéologique et financière de la diaspora sikhe à l'étranger qui a fait connaître au monde entier les Sikhs et leur revendication d'indépendance.

Avant de s'aventurer dans l'histoire sikhe, nous nous autorisons un aparté sur les ouvrages et les auteurs qui ont influencé notre recherche sur les points marquants de ce récit historique. Les études sur l'histoire du Pendjab sont généralement bien documentées et connues dans la langue anglaise⁵²³. En effet, la colonisation britannique de l'Inde a fait de l'anglais la seconde langue des Indiens et, de ce fait, tous les Indiens scolarisés parlent l'anglais. La recherche la plus poussée, soutenue et récente, nous est vite apparue être celle de Anne Vaugier-Chatterjee, politicologue spécialiste de la politique indienne, qui a écrit plusieurs études sur le Pendjab et sur l'histoire politique et économique de l'Inde⁵²⁴.

⁵²³ Notons au passage les études les plus notoires: Singh KHUSHWANT, *The Illustrated History of the Sikhs*, Oxford University Press, 2006; Macauliffe, Max Arthur [1909]. *The Sikh Religion — Its Gurus, Sacred Writings and Authors*, India: Low Price Publications, 2004 et J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition). Voir les recherches poussées en français dans Denis MATRINGE, « Les Sikhs dans la société indienne », dans *Actes de la recherche en sciences sociales*, EHESS, Paris, 1986 et Jean-Marie LAFONT, *La présence française dans le royaume sikh du Pendjab (1822-1849)*, PEFEO, Paris, 1992.

⁵²⁴ Dr. Anne Vaugier-Chatterjee vit en Inde et est chercheuse au EHESS (École des Hautes Etudes en Sciences sociales à Paris). Vaugier s'intéresse particulièrement au phénomène centralisateur du pouvoir du congrès indien et aux rapports entre le Congrès et les diverses minorités indiennes.

Nous retenons son livre « Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours » publié en 2001 et qui sert justement notre propos en ce qu'il traite des revendications idéologiques, politiques et religieuses des Sikhs, de leur combat à l'indépendance et leur échec devant le gouvernement indien⁵²⁵. La thèse de Vaugier tourne autour du « communautarisme » et de la manipulation de l'identité culturelle et religieuse des Sikhs par le Congrès. L'auteure développe son argumentation sur les relations Centre-État, c'est-à-dire qu'elle examine la question sikhe et la question fédérale afin de comprendre les revendications d'indépendance des Sikhs et la façon dont le gouvernement central a géré cette communauté. L'expression communautarisme utilisée par l'auteure pour en saisir les causes et la montée est une traduction du terme anglais « communalism » faisant référence à une communauté⁵²⁶. L'histoire contemporaine des Sikhs et du Pendjab est marquée par deux temps forts, soit la première et la deuxième moitié du XX^e siècle. Deux considérations politiques importantes seront donc traitées en lien avec l'affaire *Singh*: l'histoire d'un peuple aux origines distinctes et la reconnaissance de l'ethnicité des Sikhs qui s'étend jusqu'à la fin de la première moitié du siècle dernier (sous-section 2.1.2) et, en deuxième lieu, la persécution des membres et partisans du parti Akali Dal qui a prévalu surtout dans les années 1970 et 1980 (sous-section 2.1.3). Ce survol historique fait ressortir les motivations qui ont poussé les revendicateurs Singh et autres à demander l'asile au Canada. Il permet également d'analyser les considérations des décideurs administratifs et de la Cour à la lumière de la trame historique et de questionner leur exactitude. Toutefois, un passage obligé sur les origines du sikhisme et du Khalistan est nécessaire (sous-section 2.1.1).

Sous-section 2.1.1 Les Sikhs, une minorité forte mais numériquement trop faible

Le Pendjab est situé au nord-ouest de l'Inde avec au nord le Cachemire et la province de Jammu, à l'est les Himalaya Pradesh et au sud le Rajasthan et Haryana. Enfin, le Pendjab partage

⁵²⁵ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, Paris, L'Harmattan, 2001 (ci-après : Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*).

⁵²⁶ Sur la méthodologie de l'auteure voir Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 16-26. Consulter sur l'histoire générale du Pendjab J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition) et Read, A. and Fisher, D. (1997), *The Proudest Day: India's Long Road to Independence*, New York, Norton, p. 482.

sa frontière ouest avec le Pakistan et plus précisément la province du Pendjab pakistanais⁵²⁷. Considérés, à l'époque de la partition en 1947, comme la troisième communauté en importance de par son apport militaire et la prospérité de leurs terres, les Sikhs connaîtront un revers amer devant leurs revendications commerciales puis identitaires. Le poids numérique trop faible des Sikhs et la grande dispersion de ces derniers sur le territoire n'ont jamais favorisé une voix suffisamment forte pour être entendue des Anglais et des Indiens. Pour comprendre l'évolution de l'idéologie du mouvement séparatiste des Sikhs, il est impératif de s'intéresser aux origines du sikhisme qui nous renseignent sur les caractéristiques de ce peuple (point i). Le deuxième point porte sur les événements qui esquisseront le prélude à l'indépendance de l'Inde et la réaction des Sikhs au lendemain de la Première Guerre mondiale (point ii).

i) La naissance du sikhisme et du Khalistan pour l'indépendance du Pendjab

Les origines de la religion sikhe remontent au XV^e siècle. Alors que les Moghols ont envahi l'actuel Pendjab (indien et pakistanais) et persécutent la population, naît en 1469, dans la région de Lahore, actuellement située au Pakistan⁵²⁸, le gourou Nanak Dev Ji (Gurû Nanak), fondateur du sikhisme⁵²⁹. Ce que prône Gurû Nanak, c'est le monothéisme et l'abolition des frontières religieuses entre Musulmans et Hindous par la croyance en un seul Dieu, d'une seule vérité pour tous⁵³⁰. À la mort de Gurû Nanak, dix gourous se succéderont à la tâche afin de guider

⁵²⁷ Dominique VIDAL et Bertrand BADIE (eds.), « Pays du monde – statistiques », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁵²⁸ Le Lahore est la capitale de la province la mieux nantie et la plus prospère du Pakistan, le Pendjab pakistanais. Cette province constitue 60% du territoire du Pendjab et les derniers 40% se trouvent en Inde. Dominique VIDAL et Bertrand BADIE (eds.), « Pays du monde – statistiques », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁵²⁹ Pour un ouvrage étoffé sur la naissance du sikhisme, voir l'œuvre de Max Arthur MACAULIFFE, *The Sikh Religion — Its Gurus, Sacred Writings and Authors*, India, Low Price Publications, 2004. Voir également Sewa Singh KALSI, *Sikhism (Religions of the World)*, Chelsea, Chelsea House Publications, 2005 et J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition).

⁵³⁰ Cole W. OWEN and Sambhi PIARA SINGH, *The Sikhs: Their Religious Beliefs and Practices*, London, Routledge & Kegan Paul, 1978. Il n'existe aucune liste formelle des commandements et des interdictions dans les écritures Sikhs. Toutefois, l'éthique sikhe a été transcrite dans le "Rehat Maryada". Ce sont les témoignages et la vie des gourous qui guident les fidèles. Gurû Nanak déclarait que "without virtuous living, there can be no devotional worship." La perfection d'un homme se traduit donc par une conduite exemplaire et par l'altruisme. Les sources de l'éthique sikh (le devoir, la prudence, la justice, la tolérance et la tempérance) et le code de conduite des fidèles (chasteté, patience, contentement, détachement, humilité) se trouvent dans la littérature des auteurs suivants: le gourou Granth Sahib, le Dasam Granth, les compositions de Bhai Gurdas, Janam-sakhis, Rahit-namas et le Rehat Maryada, issue du Comité Shromani Gurdwara Parbandhak (Amritsar). Pour la traduction anglaise jugée la plus fiable par la communauté sikhe

les Sikhs dans la foi. Le mot « sikh » est le radical du verbe « sikhna » du mot sanskrit (śi□ya) qui désigne le disciple ou l'étudiant, ou de (śik□a), c'est-à-dire étude ou instruction. L'expression du monisme des Sikhs réside dans le symbole □ - ek Ong Kar, qui fait référence à « une seule (ek) conscience créatrice (ong) manifestée (kar) »⁵³¹. La doctrine du sikhisme se fonde sur les enseignements spirituels des dix gourous, rassemblés dans le Siri Guru Granth Sahib. Le dernier prophète s'est éteint en 1708: Gurû Gobind Singh⁵³². Bien que chaque prophète ait légué un héritage important pour les fidèles, le plus notoire est Gurû Gobind Singh, l'ultime successeur, qui imposa le baptême et créa la Khālsā instaurant la règle des cinq K de la foi sikhe en 1699, soit la Kesh (barbe et cheveux longs), la Kangha (port du peigne dans les cheveux), le Kachhera (caleçons spécifiques courts), la Kawra (bracelet en fer au bras) et le Kirpan (l'épée à la taille)⁵³³.

Le Khālsā est un mot d'origine persane qui signifie « pur ». Ce terme sera repris par les dirigeants du mouvement indépendantiste pour un Pendjab libre au XX^e siècle. Par extension, le mot désigne chaque membre de cet ordre, chaque Sikh qu'il soit homme ou femme, et qui a été baptisé ou initié en recevant l'Amrit. Les sikhs initiés, appelés « sikhs amritdaris », doivent suivre la règle des cinq K de l'ordre chevaleresque du dernier gourou sikh. Chaque objet symbolise des éléments importants et les vertus du sikhisme⁵³⁴.

Gurû Gobind Singh prophétisera sur le contrôle politique souverain des Sikhs de leur pays⁵³⁵. Au XVII^e siècle, les Moghols oppriment toujours la population⁵³⁶, mais grâce à la Khālsā, Gurû Gobind Singh parvient à fonder un État politico-militaire au Pendjab et à créer

des écrits spirituels sikhs voir <http://www.sikhs.org/english/frame.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁵³¹ Singh KHUSHWANT, *The Illustrated History of the Sikhs*, Oxford University Press, 2006, pp. 15-16.

⁵³² Gurû Gobind invita les fidèles à suivre Granth Sahib dans ses enseignements et le nomma le gourou éternel et pour les générations futures.

⁵³³ Il existe également le Dastar qui représente le turban. Cependant, les sikhs non initiés ne portent pas tous ces attributs. La quasi-totalité des sikhs sont végétariens, à l'exception des sikhs marginaux qui pour se départir du courant général ont adopté la viande dans leur alimentation. L'ouvrage de référence demeure celui de Singh KHUSHWANT, *The Illustrated History of the Sikhs*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

⁵³⁴ Dalip SINGH, *Guru Gobind Singh and Khalsa Discipline*, Amritsar, Singh Bros. editions, 1992, pp. 252 et ss..

⁵³⁵ Dalip SINGH, *Guru Gobind Singh and Khalsa Discipline*, Amritsar, Singh Bros. editions, 1992, p. 256.

⁵³⁶ L'ère moghole marque l'histoire sud-asiatique du début du XV^e siècle jusqu'au XVIII^e siècle avec la mort du dernier empereur, Aurangzeb (1658-1707). Le territoire moghol s'étendait du nord de l'Inde, nord-est du Pakistan et comprenait l'actuel Bangladesh et a connu son apogée avec Aurangzeb. Sur l'Empire Moghols voir John F. RICHARDS, *The Mughal Empire in The New Cambridge History of India*, Cambridge University Press, Cambridge 1996.

l'Empire sikh au début du XVIII^e avec la mort d'Aurangzeb, le sixième empereur Moghol⁵³⁷. Il s'en suivra le déclin de l'Empire moghol. C'est avec Gobind Singh que la vocation du sikhisme se concentre drastiquement sur la force guerrière et militante, étant donné les conditions historiques conflictuelles et persistantes dans lesquelles ils se trouvent⁵³⁸.

Au fil des décennies, les Sikhs deviendront un levier économique et militaire important, surtout grâce aux acquis militaires et territoriaux du Maharaja Ranjeet Singh qui conquiert le Lahore (au Pakistan) à l'âge de 19 ans⁵³⁹. Le royaume du Maharaja Ranjeet Singh représentera l'Empire sikh, l'âge d'Or de la communauté sikh⁵⁴⁰. Ses fils héritiers tenteront de conserver les acquis de leur père jusqu'au moment de l'annexion des territoires par les Anglais en 1849, suite aux affrontements militaires sikhs-anglais débutant officiellement avec la fameuse bataille de Ferozeshah en 1845⁵⁴¹.

Le Maharaja mourut en 1839 à 59 ans léguant un royaume si grand qu'il l'avait divisé en quatre États⁵⁴². Les Anglais profiteront de sa mort pour annexer le Pendjab au reste de l'Inde en 1849⁵⁴³. Les Anglais compteront sur cette nouvelle force militaire et économique des Sikhs pendant toute la période de la colonisation, c'est-à-dire de 1849 jusqu'à l'indépendance de l'Inde en 1949⁵⁴⁴. C'est, par ailleurs, grâce à une relation privilégiée entre le colonisateur et les Sikhs que ces derniers prospéreront sous l'Empire britannique⁵⁴⁵. Toutefois, l'appât du gain et l'effritement progressif de l'Empire britannique à la fin des années 40, mais déjà pressenti lors de

⁵³⁷ Pritam SINGH, *Federalism, Nationalism and Development: India and the Punjab Economy*, Routledge Contemporary South Asia Series, 2008, pp. 24-25. Sur les conflits affrontant Gurû Gobind Singh et l'Empereur moghol voir Max Arthur MACAULIFFE, *The Sikh Religion — Its Gurus, Sacred Writings and Authors*, India, Low Price Publications, 2004, pp. 130 et ss.

⁵³⁸ J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (révisé édition), chapitre 5 (Rise to political power (1708-1799)), pp. 82-83.

⁵³⁹ J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (révisé édition), chapitre 6 (The Sikh Empire (1799-1849)), pp. 99 et ss.

⁵⁴⁰ Pour un ouvrage intéressant sur la vie du Maharaja consulter Jean-Marie LAFONT, Maharaja Ranjit SINGH, *Lord of the Five Rivers*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

⁵⁴¹ Sur le conflit affrontant les Sikhs et les Anglais dans les années 1840 voir le rapport du secrétaire Henry T. PRINSEP (1792-1878) en poste dans le *East Indian Company* de 1807 à 1843 Henry Thoby PRINSEP, *Origin of the Sikh power in the Punjab, and political life of Muha-Raja Ranjeet Singh* (with an Account of the present condition, religion, laws and customs of the Sikhs), Cambridge Library Collection - South Asian History, Cambridge, 2011.

⁵⁴² Ian HEATH, *The Sikh Army 1799-1849*, Osprey Publishing, England, 2005, p. 37.

⁵⁴³ Ian HEATH, *The Sikh Army 1799-1849*, Osprey Publishing, England, 2005, p. 40.

⁵⁴⁴ J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (révisé édition), chapitre 7 (Recession and resurgence (1849-1919)), pp. 128-129.

⁵⁴⁵ J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (révisé édition), chapitre 7 (Recession and resurgence (1849-1919)), pp. 129-131.

la partition du Bengale, questionnent les Sikhs qui désirent représenter leurs intérêts devant la levée du nationalisme Hindou commencée en 1885⁵⁴⁶.

ii) La création du parti Akali Dal en 1920 : la défense des intérêts sikhs devant les géants hindou et musulman

La présence du colonisateur anglais pour les Sikhs correspond à une période florissante. En effet, les Sikhs de par leur bravoure et leurs exploits militaires constitueront jusqu'à 80% de l'effectif militaire anglais en Inde. La contribution des Sikhs durant la Première Guerre mondiale s'élèvera à plus de la moitié du recrutement global en soldats, argent et matériels militaires en Inde⁵⁴⁷. Les gains territoriaux et les victoires de l'armée anglaise/indienne venaient toujours récompensés par des sommes d'argent et des parcelles de terre⁵⁴⁸.

La montée du nationalisme indien amorcée à la fin du XIX^e siècle et les échecs de l'insurrection Musulmane avaient provoqué d'importants changements dans la colonie de l'Inde orientale. La pression exercée par la population civile, incluant le mouvement gandhiste, et le vent de libération apporté par la guerre, portèrent les Anglais à la dévolution de ses pouvoirs entre les mains du gouvernement central et des provinces⁵⁴⁹. La constitution d'un pouvoir central et la création d'une fédération indienne seront parachevées avec Nehru dans l'acte de 1935⁵⁵⁰.

Alors que les Hindous et les Musulmans cherchent leur indépendance et menacent les Anglais, au début des années vingt, le parti Akali Dal fut créé le 14 décembre 1920. Ce parti naît de la division politique du Comité de Shiromani Gurudwara Prabandhak, institution religieuse des Sikhs⁵⁵¹. L'expression Akali Dal signifie littéralement le parti des immortels et les têtes

⁵⁴⁶ Sur la levée du nationalisme indien et l'affirmation du peuple Hindou nous avons consulté deux livres, Sumit SARKAR, *Modern India : 1885-1947*, Madras, Macmillan, 1984 et A. R. DESAI, *Social background of indian nationalism* (6 ed.), Mumbai, Popular Prakashan Publications, 2006, pp. 154-161. Voir également l'ouvrage très intéressant sur la structure institutionnelle de la gouvernance en Inde et les acquis de l'indépendance dans Subrata Kumar MITRA, *The puzzle of India's governance: Culture, context and comparative theory*, London, Routledge, 2006, en particulier les pp. 61-64, pour les propos qui nous intéressent.

⁵⁴⁷ Satish Chandra MITTAL, *Freedom movement in Punjab, 1905-29*, Naryana, Concept publishing, p. 71.

⁵⁴⁸ Voir en particulier J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), chapitre 7 (Recession and resurgence (1849-1919)).

⁵⁴⁹ L'autonomie des Provinces est traduite par le *Government of India Act de 1919*. Vaugier souligne qu'il s'agit d'une « parenthèse dans le processus de centralisation croissante ». VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, p. 54.

⁵⁵⁰ VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 54-55.

⁵⁵¹ Le parti Akali Dal a été fondé le 14 décembre 1920 son le nom Shiromani Akali Dal. Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, p. 407.

dirigeantes incombent depuis sa naissance à des Sikhs de la caste Jat⁵⁵². Il était devenu impératif pour la communauté sikhe de se protéger contre la corruption de certains prêtres trop gourmands devant les Anglais, ainsi que de voir leurs intérêts officiellement représentés devant un gouvernement Hindou, fort de sa majorité et prêt à intégrer toutes les minorités religieuses⁵⁵³.

Inspirés par l'agitation générale de la population indienne, les Sikhs, troisième communauté en importance après les Hindous et les Musulmans, se laisseront entraîner par le mouvement de contestation en s'inscrivant dans le *Ghadar Movement* (1884-1938)⁵⁵⁴. Un obstacle de taille fut la présence autoritaire du lieutenant-gouverneur de la province du Pendjab, Sir Michael O'Dwyer, miliaire averti et considéré comme un anti-politicien étant donné sa hargne contre la diplomatie et la bourgeoisie. Il dirigea la province sikhe entre 1913 et 1919 et le moindre soubresaut était automatiquement réprimé par la force⁵⁵⁵. La fin de la Première Guerre ravive le moral de la population qui espère une plus grande dévolution des pouvoirs de la part de la Couronne⁵⁵⁶. En effet, l'acte constitutionnel indien adopté en 1919 par le Parlement anglais marque la fin de la présence du lieutenant-gouverneur O'Dwyer au Pendjab et autorise la gestion de la province par la mise en place du gouvernement indien en voie d'autonomie⁵⁵⁷.

Les tensions interculturelles furent très grandes en Inde suite à la proclamation constitutionnelle de 1919. Au Pendjab en particulier étant donné l'énormité des pertes humaines provoquées par la guerre et la gouvernance musclée et raciste à l'égard des Sikhs et de la classe moyenne⁵⁵⁸. Comme le souligne Vaugier, les préoccupations porteront à cette époque « sur les

⁵⁵² Sur l'histoire du parti et sa fondation, voir le site officiel du parti Akali Dal disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.shiromaniakalidal.org.in/akali-dal-history-akali-movement/> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Voir également l'ouvrage de référence sur les débuts du parti jusqu'en 2000 de Harjinder SINGH DILGEE, *Shiromani Akali Dal (1920-2000)*, Brussels, Sikh University Press, 2001.

⁵⁵³ Voir J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), chapter 8 (In the struggle for freedom (1920-1947)), pp. 157 et ss.

⁵⁵⁴ Satish Chandra MITTAL, *Freedom movement in Punjab, 1905-29*, Naryana, Concept publishing, 1976, pp. 73-75.

⁵⁵⁵ O'Dwyer fut, entre autres, très impressionné de la façon dont Sir Clark avait étouffé la rébellion au Lahore du retour espéré de la population du Maharaja Dalip Singh. Satish Chandra MITTAL, *Freedom movement in Punjab, 1905-29*, Naryana, Concept publishing, 1976, pp. 71-72.

⁵⁵⁶ Fortement inspiré par la situation en Égypte (1922) et en Iraq (1932) qui ont vu leur indépendance reconnue par l'occupant anglais. Satish Chandra MITTAL, *Freedom movement in Punjab, 1905-29*, Naryana, Concept publishing, 1976, p. 111.

⁵⁵⁷ Il s'agit du *An Act to make further provision with respect to the Government of India*, 9 & 10 Geo. 5c. 101, 23 December 1919.

⁵⁵⁸ Satish Chandra MITTAL, *Freedom movement in Punjab, 1905-29*, Naryana, Concept publishing, 1976, p. 112.

garanties communautaires et sur les droits des minorités plutôt que sur la question de l'équilibre juridique des pouvoirs qui n'apparaissait plus comme une priorité. »⁵⁵⁹

La formation du système fédéral indien semble être une clé importante du problème de revendication des minorités et en particulier des Sikhs. La direction unitaire du gouvernement Nehru et la Partition marquèrent profondément sur le plan identitaire et psychologique les Sikhs⁵⁶⁰. Vaugier identifie deux facteurs déterminants à l'unification d'un pouvoir politique pour la défense des intérêts sikhs devant le gouvernement central, soit l'infériorité numérique des Sikhs et leur dispersion sur le territoire du Pendjab, favorisant un « éclatement de leur représentation »⁵⁶¹. L'émergence d'une volonté d'indépendance sera le fruit d'une politique unitaire trop rigide et une idée qui ressortira des voix sikhs à l'étranger.

Sous-section 2.1.2 Les séparatistes et la reconnaissance de l'ethnicité des Sikhs : entre violence et trahison

Les événements dramatiques de l'histoire indienne au XX^e siècle ont provoqué des mouvements migratoires importants. Les Sikhs seront nombreux à fuir ou encore à vouloir trouver un meilleur avenir ailleurs qu'en Inde, étant donné la méconnaissance de leur spécificité culturelle et religieuse, mais aussi des vagues de répression à leur égard.

Dans le dossier *Singh*, les revendicateurs indiens sont arrivés au Canada à la fin des années 70, début des années 80, soit quelques années avant l'opération *Blue Star*, sur laquelle nous reviendrons dans la prochaine sous-section (2.1.3). La diaspora sikhe au Canada est parmi les plus importantes à travers le monde étant donné l'appartenance du Canada et de l'Inde à l'Empire britannique. Au Canada, l'Inde s'affiche, depuis plusieurs décennies, parmi les trois premiers pays d'origine après les Philippines et devançant de peu la Chine qui, depuis seulement 2010, a perdu la première place⁵⁶².

⁵⁵⁹ Plus précisément, il s'agit des actes constitutionnels de 1919 et de 1935. Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, p. 57.

⁵⁶⁰ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, chapitre 2 : Centralisation de l'ère nehruvienne, pp. 72-108.

⁵⁶¹ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 34-35.

⁵⁶² Voir Faits et chiffres 2012 - Aperçu de l'immigration: Résidents permanents et temporaires. Les chiffres à l'appui font référence au résidents permanents, puisque les résidents temporaires n'ont pas nécessairement l'intention de s'établir au Canada. Consulter le site du ministère de la Citoyenneté et Immigration Canada: <http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/statistiques/faits2010/permanents/10.asp> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

La Première Guerre mondiale a provoqué le déplacement de milliers de Sikhs qui, dans l'enrôlement, ont découvert d'autres nations. Malheureusement, le retrait des Anglais au moment de la partition en 1947 correspond à une vague d'émigration majeure dans la population sikhe, la plus fortement touchée par la division territoriale (point i). Toutefois, la partition ne représente pas seulement un violent clivage entre Musulmans, Hindous et sikhs, elle marque la montée du système fédéral qui se renforcera au détriment des revendications légitimes des minorités présentes sur le territoire indien. En dernier point, cette sous-section analysera l'apport de la diaspora sikhe, tant sur le plan idéologique que financier (point ii). En effet, la contribution des Sikhs expatriés explique en partie la montée du séparatisme du Pendjab et participe à la radicalisation du mouvement.

i) Le mouvement d'indépendance des Hindous et la partition : le Pendjab partagé entre l'Inde et le Pakistan

Devant le colonisateur anglais de plus en plus puissant, l'Inde se révolte et cherche l'indépendance, à partir des années vingt⁵⁶³. Les Hindous doivent attendre vingt-cinq ans pour voir le gouvernement de Clement Attlee amorcer le processus de décolonisation d'une partie de l'Empire britannique. Le Premier ministre Attlee, en poste entre 1945 et 1951, nomma Lord Louis Mountbatten vice-roi de l'Inde et lui donna plein pouvoir dans la négociation de l'indépendance de l'Inde⁵⁶⁴. Ce sont les pressions très fortes exercées par les communautés Hindouiste et Musulmane qui ont conduit Mountbatten à la division d'un territoire pakistanais musulman et une Inde hindouiste. Malheureusement pour les Sikhs, la décolonisation et le gouvernement anglais travailliste de Clement Attlee, à l'écoute des revendications des Hindous et des Musulmans, provoqueront le déclin du pouvoir politique des Sikhs⁵⁶⁵.

Durant les années 40 et 50, les revendications d'un État indépendant sikh sont donc reléguées au second plan devant le très faible 2% de représentativité des Sikhs dans la population

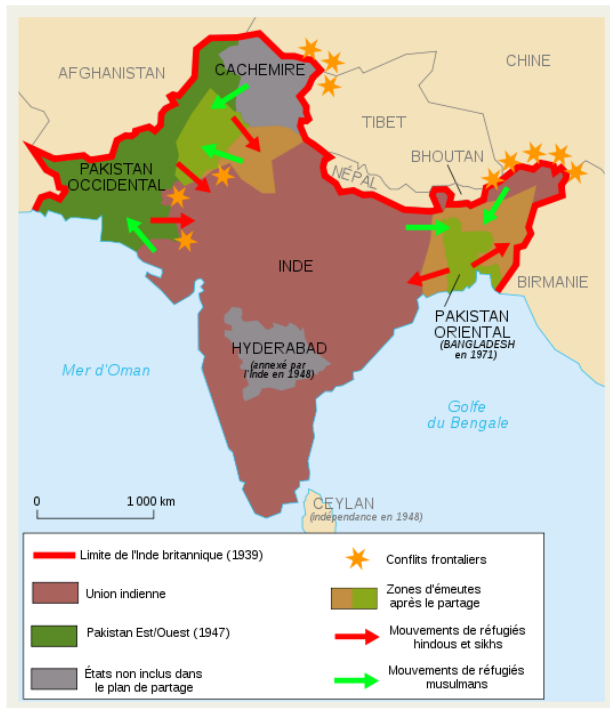
⁵⁶³ J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), chapter 8 (In the struggle for freedom (1920-1947)), pp. 157-158.

⁵⁶⁴ J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), pp. 180.

⁵⁶⁵ J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), pp. 179 et 183.

indienne où la majorité Hindoue demeure à plus de 80%, à côté des Musulmans (plus de 10%), des chrétiens (environ 2,5%), des bouddhistes et des jaïns (moins de 1%)⁵⁶⁶.

En 1947, la Partition ne fera qu'aggraver la situation, les Sikhs alors établis dans les frontières actuelles du Pakistan émigreront en partie vers le nord de l'Inde vivre dans des conditions et sur des terres moins avantageuses, et en partie dans la région du Lahore à cause de leur obéissance Musulmane⁵⁶⁷. Un deuxième tracé des frontières se fera sous le règne d'Indira Gandhi, où un nouvel État sera créé, le *East Punjab*⁵⁶⁸. En 1966, le Pendjab sera donc de nouveau



redessiné et cette scission sera sanglante. Malgré son autorité à la tête du gouvernement du Pendjab, l'Akali Dal n'est pas écouté et le parti est même désapprouvé sur le plan fédéral, devant le Congrès⁵⁶⁹.

Les cartes suivantes permettent de visualiser les mouvements de frontières et les conséquences dramatiques pour la communauté sikhe suite à un tracé arbitraire des nouvelles frontières établies par les Anglais avant le retrait de leurs troupes⁵⁷⁰. C'est ce que l'on appelle la ligne de Radcliffe, l'architecte anglais chargé de diviser un territoire de 450,000 km² comprenant

Figure 4: Tracé frontalier indien après la Partition

⁵⁶⁶ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 34-35.

⁵⁶⁷ D.A LOW, "Pakistan and India: Political legacies from the colonial past", (2002) 25(2) *South Asia: Journal of South Asian Studies* 257-272, p. 261 et J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), chapter 7 (Recession and resurgence (1849-1919)), pp. 128 et ss. Voir également Tan Tai YONG, "Prelude to Partition: Sikh responses to the demand for Pakistan, 1940-1947", (1994) 2 *International Journal of Punjab Studies* et Chaudhri Ahmad ALI, *The Emergence of Pakistan*, Lahore, University of Punjab, 1979.

⁵⁶⁸ J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), chapter 9 (Towards the 'Punjabi Province' (1947-1966)), pp. 181 et ss.

⁵⁶⁹ J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), chapter 10 (In the new Punjab state (1966-1984)), pp. 205 et ss.

⁵⁷⁰ C'est devant les revendications d'autonomie et de séparation des communautés Hindouiste et Musulmane que la division d'un territoire pakistanais Musulman et une Inde Hindouiste par les Anglais sera conclue. Voir J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), chapter 8 (In the struggle for freedom (1920-1947)), pp. 157 et ss.

88 millions d'habitants⁵⁷¹. Sir Cyril Radcliffe dessinera la frontière entre le Pakistan et le Pendjab qui confrontera des collectivités qui jusque-là coexistaient⁵⁷².

Malgré une troisième place en importance dans les communautés à considérer par les Anglais, auprès du *Cabinet Mission*, les Sikhs représentèrent les principales victimes des émeutes intercommunautaires qui ont suivi la chute du gouvernement indien en mars 1947⁵⁷³. Ces confrontations, qui commencèrent à Lahore et se poursuivirent à Amritsar et aux autres villes frontalières, se dégradèrent en guerre civile⁵⁷⁴. Conflit que les Anglais laissèrent s'envenimer au point de devoir séparer le Pendjab en deux, entre d'un côté les Musulmans, forcés de regagner le Pakistan⁵⁷⁵ (le Pendjab pakistanais et en particulier la région de Lahore) et les non-musulmans, qui migrèrent vers le sud au Pendjab indien⁵⁷⁶. La Partition du Pendjab fut donc votée le 23 juin 1947 une semaine avant la constitution de la Commission frontalière britannique Cyril Radcliffe⁵⁷⁷.

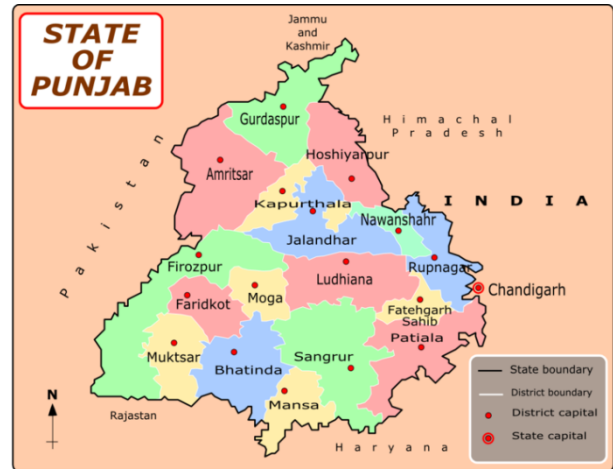


Figure 5 : Provinces du Pendjab

Sur les 29 districts constituant la région du Pendjab⁵⁷⁸ avant la Partition, 13 districts passèrent du côté indien contre 16 districts au Pakistan, constituant la plus grande région des 4

⁵⁷¹ Anthony READ and David FISHER, *The Proudest Day: India's Long Road to Independence*, New York, Norton, 1997, p. 482. Voir également Lucy P. CHESTER, *Borders and Conflict in South Asia: The Radcliffe Boundary Commission and the Partition of Punjab*, Manchester UP, 2009.

⁵⁷² Sur les conséquences désastreuses de la partition, en particulier pour la communauté sikh, voir les nombreuses références littéraires dans J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), en particulier le chapitre 7 (Recession and resurgence (1849-1919)), pp. 128 à 156 et dans Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 45 à 49.

⁵⁷³ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, p. 44.

⁵⁷⁴ Les Sikhs et les Musulmans sont des ennemis historiques. Sur le début du conflit et la mouvance des émeutes, consulter Vappala Pangunni MENON, *The transfer of power in India*, Orient Longman, Bombay, 1993, pp. 148 à 150.

⁵⁷⁵ La carte du territoire indien au moment de la Partition correspond à J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), p. 421. La source de la carte est http://en.wikipedia.org/wiki/File:Punjab_district_map.png (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁵⁷⁶ La scission du Pendjab est d'autant plus déplorable que la Ligue Musulmane n'avait jamais pensé à une telle solution. Sur le grand Partage voir Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 45-49. Voir également Henry Vincent HODSON, *The great Divide: Britain-India-Pakistan*, Hutchinson, London, 1969, en particulier sur les solutions d'évitement d'une telle guerre.

⁵⁷⁷ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, p. 47.

provinces se partageant le territoire pakistanais⁵⁷⁹. Aujourd'hui le Pendjab indien se divise en trois grandes régions (Malwa, Lajha et Doaba⁵⁸⁰) et compte 22 districts⁵⁸¹.

La création du Pendjab au sein de l'État indien et le rejet des aspirations des Sikhs désireux de constituer un territoire à part entière ont dessiné les paramètres du projet d'indépendance revendiqué par Akali Dal⁵⁸². Le nouveau gouvernement indien héritera d'un problème d'envergure, alors que les Anglais relégueront les revendications de la communauté pendjabi poussées, voire motivées, par une idéologie religieuse et politique⁵⁸³.

ii) Le rôle prédominant de la diaspora dans la construction idéologique d'un État indépendant

Trois périodes migratoires méritent d'être soulignées, au cours du siècle précédent. Dans un premier temps, la participation des Anglais à la Deuxième Guerre mondiale a provoqué l'exode de nombreux soldats sikhs au sein du Commonwealth et surtout en Angleterre entre 1847 et 1970. À cause de la colonisation britannique, les Sikhs ont toujours favorisé les pays anglophones. Naturellement, ils se sont retrouvés en Angleterre et dans d'autres pays du Commonwealth, Canada et Australie. C'est au Canada que s'inscrit la deuxième communauté plus importante de Sikh après l'Inde⁵⁸⁴. Dans un deuxième temps, la terrible scission de la

⁵⁷⁸ La carte de la division du territoire indien au moment de la Partition a été tirée sur le site de Wikimedia: http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Partage_de_l%27Inde.svg (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁵⁷⁹ J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), pp. 172-174. Voir également Hugh Tinker sur les justifications controversées du tracé Radcliffe dans Hugh TINKER, "Pressure, persuasion, decision: factors in the Partition of Punjab, August 1947", (1977) 26(4) *Journal of Asian Studies* 696-704.

⁵⁸⁰ La région du Malwa est la plus importante en comprenant 11 districts, elle est connue pour ses fermes de coton. La région du Majha est la plus historique puisqu'elle couvre le territoire d'Armistat et est considérée comme le berceau du sikhisme. Enfin, la région du Doaba (littéralement "entre deux rivières") est une des régions les plus fertiles et prospère au monde sur le plan agricole, en particulier pour le blé. Dominique VIDAL et Bertrand BADIE (eds.), « Pays du monde – statistiques », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁵⁸¹ Parmi ces 22 districts, les plus récemment furent constitués en 2011, le Fazilka et le Panthakot. Dominique VIDAL et Bertrand BADIE (eds.), « Pays du monde – statistiques », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁵⁸² Vaugier parle d'une « première forme de convergence, dans la conscience pendjabi contemporaine, du politique et du religieux. » Consulter Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, p. 47.

⁵⁸³ En dessinant les frontières en faveur des Musulmans et des Hindous, Radcliffe reconnaissait la défaite des Sikhs et encouragea le nouveau gouvernement indien à dédommager par des arrangements politiques les Sikhs. Radcliffe ne se mouillera pas en déclarant que la réparation de cette « injustice » n'était pas de son ressort! J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), pp. 173 et ss.

⁵⁸⁴ Brian KEITH AXEL, *A review of The Nation's Tortured Body: Violence, Representation, and the Formation of the Sikh "Diaspora"*, Durham, Duke University Press, 2001, pp. 48-65. Voir les mouvements de population illustrés dans

frontière nord de l'Inde avec le Pakistan au moment de la partition en 1947 a causé des déplacements de masse et beaucoup de Sikhs ont décidé de se réfugier en Amérique et en Angleterre⁵⁸⁵. Enfin, dans un troisième temps, l'opération *Blue Star* en 1984, menée par le gouvernement central contre les Sikhs, poussa la population à fuir la région vers des lieux plus cléments où des communautés sikhes avaient déjà intégré d'autres sociétés, soit en Angleterre et au Canada⁵⁸⁶.

L'arrivée notoire des premiers Sikhs au Canada correspond au jubilé d'argent de la Reine Victoria en 1897. En effet, de retour en Inde, après les festivités du soixantième anniversaire du couronnement de la Reine, venue en visite au Canada, des soldats pendjabi ont témoigné à leur entourage de la beauté naturelle du Canada et particulièrement des paysages de la Colombie-Britannique qui leur faisait penser à leur terre. C'est ainsi que la première vague de migrants sikhs s'inscrit au début des années du XIX^e siècle. Trois exodes importants marquent la migration des Sikhs au Canada, soit la Seconde Guerre mondiale, la Partition et l'opération *Blue Star*⁵⁸⁷.

Il est incontestable que la diaspora sikhe eut une importance sur la propagation des revendications d'indépendance des Sikhs, que ce soit au Canada, mais également à partir de l'Angleterre, des États-Unis et dans les pays avoisinants⁵⁸⁸.

« C'est hors d'Inde que le communautarisme sikh a puisé son idéologie et son soutien logistique pendant une décennie. L'internationalisation de l'action de contestation s'opéra principalement à travers les organisations séparatistes sikhes fondées au Royaume-Uni, en Allemagne, au Canada et aux États-Unis au début des années quatre-vingt. Que les membres de la communauté sikhe

une carte de 2004, en annexe (Annexe C) : http://en.wikipedia.org/wiki/Sikh_diaspora (dernière consultation, le 16 septembre 2013), source : JOHNSON and BARRETT (2004) used in map construction. Todd M. JOHNSON and David B. BARRETT, "Global adherents of the world's 18 major distinct religions, AD 1900–2025", dans *Quantifying alternate futures of religion and religions*, London, Published by Elsevier Ltd, 2004, Table 1.

⁵⁸⁵ Voir les ouvrages récents de Verne A. DUSENBERY and Darshan S. TATLA (eds.), *Sikh Diaspora Philanthropy in Punjab: Global Giving for Local Good*, Oxford, Oxford University Press, 2009 et Swarn Singh Kahlon, *Sikhs in Latin America: Travels Among the Sikh Diaspora*, New Delhi, Manohar Publishers and Distributors, 2012.

⁵⁸⁶ Voir à ce sujet Brian KEITH AXEL, *A review of The Nation's Tortured Body: Violence, Representation, and the Formation of the Sikh "Diaspora"*, London, Duke University Press, 2001, pp. 48-65. Voir également en version bilingue Ricardo CIPRIANI, *Sikh Storia e immigrazione - The Sikhs: History and Immigration*, dans *International Sociology*, n. 21 (2006) 474-476.

⁵⁸⁷ Anne VAUGIER, « Le rôle de l'État-Congrès et des acteurs extérieurs dans la montée du séparatisme sikh », (1994) 15-16 *Cultures & Conflits* 71-88, p.76. Voir également le Temple Sikh d'Abbotsford en Colombie-Britannique, les premiers colons sikhs au Canada et la célébration du centenaire de l'existence du temple dans Rochelle BAKER, « Abbotsford's Gur Sikh Temple celebrates 100 years », *Abbotsford Times*, 13 December 2010.

⁵⁸⁸ Consulter la thèse très étoffée de Therese Suhashini GUNAWARDENA, *Contesting Khalistan: the Sikh diaspora and the politics of separatism*, Thèse de doctorat, University of Texas at Austin, 2001, disponible à l'adresse URL: <http://repositories.lib.utexas.edu/handle/2152/6181> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

constituent la majeure partie des Indiens expatriés et qu'ils aient conservé des liens économiques et affectifs avec la mère-patrie n'a jamais été contesté. »⁵⁸⁹ [Nous soulignons.]

L'élan mobilisateur pour l'indépendance du Pendjab fut déclenché par des expatriés Sikhs, en mal d'intégration et par crainte d'assimilation dans leur pays d'accueil, et provoqua une division au sein de la population sikhe en Inde⁵⁹⁰. D'une part, les modérés acceptaient mal l'intrusion de la diaspora dans les affaires politiques internes. D'autre part, les Sikhs, désavoués par le gouvernement central et amers de la politique centralisatrice, trouvèrent écho à leur déception. Cette forte division des camps, qui persista tout au long des années 80, est à l'origine des échecs de négociation avec le gouvernement central à cette époque⁵⁹¹. Encore aujourd'hui, il est difficile de comprendre les différentes affiliations et les moyens sociopolitiques adoptés par le parti Akali Dal dans les années 80:

« Même a posteriori, toute tentative d'interprétation des stratégies d'une communauté sikhe qui, politiquement, ne constituait pas un groupe homogène, demeure hasardeuse. Mais on peut reconnaître que dans ce contexte toujours flou, il est difficile d'établir des négociations avec le Centre sur des bases solides. Néanmoins, au début des années quatre-vingt, le dialogue se poursuivit entre les éléments modérés de l'Akali Dal et le gouvernement central. À la fin de l'année 1981, trois rencontres marquèrent la poursuite du dialogue. Trois thèses y figurent de manière récurrente: la question territoriale, celle du partage des eaux et la réforme du recrutement des Sikhs dans l'armée. »⁵⁹²

Malheureusement le dialogue ne durera pas et c'est à ce titre que Vaugier affirme que la mobilisation de la diaspora sikhe a encouragé « les Sikhs à opter pour la confrontation avec le gouvernement central, [et son] incidence fut en effet importante dans la radicalisation des positions du gouvernement central à l'égard des formations politiques sikhes du Pendjab. »⁵⁹³

⁵⁸⁹ Anne VAUGIER, « Le rôle de l'État-Congrès et des acteurs extérieurs dans la montée du séparatisme sikh », (1994) 15-16 *Cultures & Conflits* 71-88, p. 76.

⁵⁹⁰ Selon l'auteur Harry GOULBORNE, les expatriés sikhs se sentaient aliénés par la communauté hôte et imaginèrent le Pendjab comme une solution de refuge. Voir Harry GOULBORNE, *Ethnicity and Nationalism in Post-Imperial Britain*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, cité en note en bas de page 64, de la page 198 dans Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*.

⁵⁹¹ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 171 à 172 et également du même auteure Anne VAUGIER, « Le rôle de l'État-Congrès et des acteurs extérieurs dans la montée du séparatisme sikh », (1994) 15-16 *Cultures & Conflits* 71-88.

⁵⁹² Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 173-174. L'auteur précise que la question du partage des eaux frontalières est un point litigieux qui remonte à 1947. Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, p. 175.

⁵⁹³ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, p. 171.

En effet, la deuxième moitié des années 80 sera marquée par l'échec du dialogue entre le gouvernement central et l'Akali Dal et sera secouée par l'intensification des confrontations physiques et meurtrières entre les deux camps et l'intervention militaire et sanglante de l'armée indienne. On pourra également se demander quels furent les liens entre l'État central indien et les gouvernements étrangers dans la lutte contre l'indépendance du Pendjab et la répression des opposants politiques radicaux et modérés. La prochaine sous-section rapporte les événements conflictuels et l'usage de la force dans ce qui opposa violemment le gouvernement central et les Sikhs. L'avenir des revendications d'indépendance et les liens internationaux entre les États feront l'objet d'une brève discussion.

Sous-section 2.1.3 La persécution des membres et des partisans du parti Akali Dal : l'oppression du gouvernement central contre les Sikhs

Les Sikhs bien que minoritaires (moins de 2% de la population indienne) ont de tout temps été privilégiés et prospères, socialement, économiquement et militairement puissants. À la fin des années 60, après la Révolution verte, les revendications sikhs concernaient plutôt la protection de leurs intérêts économiques et mettaient en doute la capacité du Congrès, c'est-à-dire de l'État fédéral, d'assurer la prospérité des Sikhs en faveur du reste de la population indienne. L'année 1966 marque l'établissement de l'État du *East Punjab* sous Indira Gandhi. Précisément, les Sikhs, pour la plupart agriculteurs prospères vivant sur des terres fertiles, devant l'essoufflement du secteur des matières premières dans lequel ils évoluaient, craignaient l'absence d'industries de transformation des matières premières pour combler le manque à gagner⁵⁹⁴.

Dès lors, les Sikhs chercheront à défendre leur économie. Il n'était pas encore question d'indépendance ou de séparation, même si les Sikhs voulaient une plus grande autonomie pour bien gérer les différents secteurs industriels. L'aide du Congrès était toutefois essentielle. Néanmoins, le dialogue entre le Centre et les Sikhs se conclura dans la frustration et la radicalisation de certaines factions impatientes de voir un changement réel se réaliser (point i). Il s'en suivra une intervention militaire de l'armée indienne et la persécution de milliers de civils sikhs (point ii).

⁵⁹⁴ Anne VAUGIER, « Le rôle de l'État-Congrès et des acteurs extérieurs dans la montée du séparatisme sikh », (1994) 15-16 *Cultures & Conflits* 71-88, pp. 75-76.

i) L'impasse politique entre le gouvernement central et les Sikhs modérés (années 70) : la constitution d'une charte de l'Akali Dal

Étrangement, c'est le Congrès qui s'empara à cette époque des revendications commerciales des Sikhs en leur garantissant une certaine protection religieuse. Ce net revirement du Congrès, affiché à partir de 1972, permit de rassurer les Sikhs modérés et d'aviver suffisamment la fibre religieuse et patriotique des Sikhs au moyen de stratégies diverses, dont la création d'infrastructures routières portant les noms des emblèmes du Panthéon sikh⁵⁹⁵.

À cet effet, Vaugier précise que l'État-Congrès a voulu manipuler l'identité sikhe et favoriser ainsi la montée du communautarisme au Pendjab, avec malheureusement les conséquences que l'on connaît aujourd'hui⁵⁹⁶:

« Dès le début des années soixante-dix, **le parti du Congrès, représentant l'État, entreprit de manipuler le communautarisme sikh afin de contrer l'influence des Sikhs modérés qui n'avait cessé de s'affirmer depuis l'obtention d'un État à majorité sikh.** Le mandat de Giani Zail Singh, promu chef du gouvernement de l'État du Pendjab en 1972, prouva que le parti du Congrès n'hésitait pas à utiliser l'appareil d'État pour étendre son influence, non seulement dans le domaine politique local mais aussi dans la sphère religieuse. Cette opération de propagande contrastait avec l'image de parti laïque, projetée par le parti du Congrès à l'échelle nationale. »⁵⁹⁷ [Nous soulignons.]

Cette appropriation des intérêts sikhs par le Congrès minait ainsi la raison d'être du parti Akali Dal qui profita de l'état d'urgence, proclamé en 1975 par le président Fakhreddin Ali Ahmed, pour justement remettre en cause les actes anti-démocratiques du Congrès. Devant les accusations de fraude électorale et un équilibre économique précaire, Indira Gandhi accepte la proposition de son ministre en chef du Bengale oriental et signe la lettre sur l'état d'urgence destinée au président de la Chambre⁵⁹⁸. "The Emergency", possible en vertu de l'article 352 de

⁵⁹⁵ Anne VAUGIER, « Le rôle de l'État-Congrès et des acteurs extérieurs dans la montée du séparatisme sikh », (1994) 15-16 *Cultures & Conflits* 71-88, p. 76. Voir également Jasmail SINGH BRAR, "Minorities and National Integration in India, a case study of the Sikh in the Punjab", *The Sikh Review*, Calcutta, March 1990.

⁵⁹⁶ Cette prétention est également partagée par d'autres auteurs. Voir, entre autres, l'analyse de Gurharpal SINGH, « The Punjab Problem in the 1990s. A post-1984 assessment », *The Journal of Commonwealth and Comparative Politics*, July 1991, pp. 175-189 et Rajinder KAUR qui traite précisément du dilemme identitaire sikh à travers les moments les plus marquants de l'histoire sikhe dans Rajinder KAUR, *Sikh and National Integration*, New Delhi, Intellectual Publishing House, 1992.

⁵⁹⁷ Anne VAUGIER, « Le rôle de l'État-Congrès et des acteurs extérieurs dans la montée du séparatisme sikh », (1994) 15-16 *Cultures & Conflits* 71-88, p. 75.

⁵⁹⁸ Inder MALHOTRA, *Indira Gandhi: A Personal and Political Biography*, London/Toronto, Hodder and Stoughton, 1989, p.178. Voir également Indira GANDHI, *Speeches and Writings*, Harper & Row, New York, 1975; Christophe

la Constitution indienne, a duré 21 mois et suspendait toutes les libertés publiques ainsi que la tenue d'élections. Les Sikhs seront les plus nombreux à résister devant cette levée des droits fondamentaux. Sur les 140,000 arrestations arbitraires y figurent 40,000 Sikhs⁵⁹⁹. Le Parti Akali Dal sera le plus actif dans l'organisation de nombreuses manifestations et contestations⁶⁰⁰.

C'est durant cette période, entre 1975 et 1979, que fut adoptée par le parti Akali Dal une résolution favorisant leurs membres et les Sikhs en général tant sur les plans politiques qu'économiques. Pour bien camper leur position et faire valoir leur existence, le parti a clairement précisé son objectif dans la Résolution d'Anandpur Sahib, autrefois à la tête du parti Akali Dali:

“The Shiromani Akali Dal has been guiding the Sikhs according to the exigencies of the situation for their rights and for a respectable status in the set-up of the country. Its objective has been the exaltation of the Sikh Panth and for achievement of this lofty ideal, the Shiromani has been adopting different and various means.”⁶⁰¹

Ce texte constitutif du parti, considéré comme la charte des revendications des Sikhs, propose l'autonomie de l'État Pendjab, la création d'une capitale unique appartenant seulement à l'État Pendjab (soit la ville de Chandigarh partagée avec la région adjacente de l'Haryana⁶⁰²), le rapatriement des régions contingentes parlant le pendjabi et l'institution du Pendjabi comme langue seconde dans les autres régions contingentes⁶⁰³. Il faut comprendre que la partition a provoqué une grande dispersion des Sikhs dans le nord de l'Inde, mais pas uniquement dans l'État du Pendjab. Dans l'objectif de conserver la langue maternelle sikhe des minorités vivant à l'extérieur de la province sikhe, le Parti cherchait à favoriser leur condition et leur appartenance au Parti.

JAFFRELOT (dir.), *L'Inde contemporaine. De 1950 à nos jours*, Fayard, Paris, 2006; P. JAYAKAR, *Indira Gandhi*, trad. A. Lewin, Plon, Paris, 1992; Max Jean ZINS, *Histoire politique de l'Inde indépendante*, P.U.F., Paris, 1992.

⁵⁹⁹ J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), p. 214.

⁶⁰⁰ J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), p. 213. Voir également Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 138-139.

⁶⁰¹ La source de ce document est Abida SAMIYUDDIN (ed.), *Punjab Crisis, Challenge and Response*, New Delhi, Mittal Publications, 1985, Appendix II, p. 665, tiré dans Anne VAUGIER, « Le rôle de l'État-Congrès et des acteurs extérieurs dans la montée du séparatisme sikh », (1994) 15-16 *Cultures & Conflits* 71-88, p. 75 et note en bas de page 7 de la p. 81.

⁶⁰² Voir la figure 2.3.

⁶⁰³ Voir Anne VAUGIER, « Le rôle de l'État-Congrès et des acteurs extérieurs dans la montée du séparatisme sikh », (1994) 15-16 *Cultures & Conflits* 71-88, p. 75.

Deux interprétations se dégageront de ce document. On peut d'abord y lire une volonté pour une plus grande autonomie face au pouvoir fédéral (la faction modérée) ou encore, l'énoncé du nationalisme sikh avec le désir d'un état indépendant, ce que la faction radicale du parti Akali Dal appelle le Khalistan: l'État des Purs⁶⁰⁴.

L'opposition entre la faction modérée, dirigée à l'époque par Saut Harchard Singh Longowal, et la faction radicale de Jarnail Singh Bhindranwale jouera un rôle crucial dans la cascade des actes de violence perpétrés par les membres Akali Dal et la répression arbitraire de l'État indien des Sikhs à la fin des années 70 et dans les années 80. Cette période correspond justement à l'arrivée au Canada du demandeur Singh et de ses cinq autres compatriotes.

Le désir d'un dialogue ouvert entre Akali Dal et le Congrès fédéral fut scellé par la faction modérée de Longowal et se traduisit, entre autres, par une coalition entre le parti sikh et le parti indien Janata pendant deux années, soit entre 1977 et 1979. Les symboles religieux et les manifestations ont été mitigés durant le gouvernement de coalition puisque le parti Janata, parti majoritairement Hindou, affichait sa laïcité. Toutefois, l'union faisait la force et la prospérité économique du Pendjab prévalait sur les différences religieuses. Le basculement vers le nationalisme sikh fut en quelque sorte provoqué par le Congrès qui croyait devoir se défendre contre le gouvernement de coalition. Aussi dans le but de remporter les élections dans la province du Pendjab, le Congrès appuya-t-il la candidature de Bhindranwale, séparatiste radical et aux stratégies de persuasion violentes⁶⁰⁵.

Ce fut là une erreur stratégique du gouvernement central. Le parti congressiste indien, fort de la laïcisation des institutions politiques, voulut discréditer le parti Akali Dal, et ce, particulièrement suite à la défaite du parti du Congrès en 1977. Afin de gagner l'estime de la communauté sikhe, le parti nomma Jarnail Singh Bhindranwale à la tête du mouvement qui se

⁶⁰⁴ Rappelons que la Khalsa fut fondée par Gurû Gobind Singh trois siècles plus tôt. La lecture de la Résolution Anandpur Sahib et son interprétation la plus répandue nous vient du constitutionnaliste Durga Das Basu dans son fameux essai sur les aspects constitutionnels du séparatisme sikh: D.D. BASU, *Constitutional Aspects of Sikh Separatism*, New Delhi, Prentice Hall, 1985. Voir également, R.S. NARULA, "The Anandpur Sahib Resolution", in Patwant SINGH, Harji MALIK, eds., *Punjab, the Fatal Miscalculation*, New Delhi, Patwant Singh, 1985. Pour une vue d'ensemble de la question séparatiste sur la Résolution voir le chapitre trois dans Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, plus précisément aux pages 126 à 144.

⁶⁰⁵ Anne VAUGIER, « Le rôle de l'État-Congrès et des acteurs extérieurs dans la montée du séparatisme sikh », (1994) 15-16 *Cultures & Conflits* 71-88, p. 76.

révéla un radical acharné et qui se retourna contre le parti du Congrès⁶⁰⁶. Cette alliance entre le Parti du Congrès et Bhindranwale fut dévastatrice pour les deux peuples. Bhindranwale affichait ouvertement le recours à la force afin d'obtenir l'indépendance du Pendjab. Les assassinats et les manifestations violentes commencèrent en 1978. Bhindranwale avait des cibles précises, figures médiatiques et politiques importantes s'opposant à la création d'un État indépendant, comme le chef de presse Lala Jagat Narain en 1981, pour ne nommer que celui-là⁶⁰⁷.

ii) L'escalade des confrontations et la radicalisation de certaines factions de l'Akali Dal : l'imposition de l'état d'urgence et le terrorisme en Inde

Bhindranwale profita également des manifestations passives de la faction modérée de Longowal pour s'y associer et faire valoir sur la place publique les intérêts religieux des Sikhs provoquant ainsi une confusion entre les membres modérés et radicaux et un conflit à saveur religieuse, une « Dharm Yuddh », sorte de guerre sainte⁶⁰⁸. Ainsi entre 1982 et 1985 cette *Dharm Yuddh* n'a fait que des victimes et encouragea par le fait même une violente répression de la part des autorités indiennes contre les Sikhs, et ce, sans discrimination entre modérés et extrémistes⁶⁰⁹. C'est l'assassinat d'Indira Gandhi, en 1984, par deux gardes du corps Sikhs qui mit un terme au bain de sang et au rêve d'indépendance des Sikhs, juste après l'intervention musclée du Congrès contre le corps religieux sikh⁶¹⁰. L'opération *Blue Star* en juin 1984 avait justement pour but d'anéantir le groupe extrémiste en s'attaquant au Temple d'Or, la « Mecque » sikhe, à Amritsar:

« L'assaut de l'armée fédérale et la destruction de l'Akal Takht-trône des Immortels, symbole du pouvoir spirituel et temporel du sikhisme fut une erreur politique considérable. Dans la foulée, l'opération "Woodrose", fouille systématique des demeures des familles sikhes du Pendjab, donnant lieu souvent à des interrogatoires, voire même à des tortures, paracheva ce processus d'aliénation de la communauté sikhe. Les conséquences sociales, religieuses et politiques de l'opération Blue Star et des pogroms anti-sikhs de Delhi en novembre 1984 (qui

⁶⁰⁶ Anne VAUGIER, « Le rôle de l'État-Congrès et des acteurs extérieurs dans la montée du séparatisme sikh », (1994) 15-16 *Cultures & Conflits* 71-88, p. 75-76.

⁶⁰⁷ Voir Surjeet JALANDHRI, *Bhindranwale*, Jalandhar, Punjab Pocket Books. 1984, p. 25.

⁶⁰⁸ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, p. 176.

⁶⁰⁹ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 176 à 180.

⁶¹⁰ J.S. GREWAL, *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 (revised edition), pp. 228 et ss.

firent plus de 2000 victimes et 10000 sans-abri), après l'assassinat du Premier Ministre [sic], consacèrent l'enlèvement politique. »⁶¹¹

Cette sombre période persécutrice contre les activistes, des membres participants ou de simples détenteurs de carte de membre du parti Akali Dal, et les pratiquants de la religion sikhe s'est étendue de 1986 jusqu'en 1991. Beaucoup d'associations pour la défense des droits de la personne dénoncèrent ce que plusieurs appellent l'État terroriste⁶¹². Cette dénonciation sur la scène internationale aura certainement eu l'effet pour les gouvernements étrangers de s'indigner contre le triste sort des Sikhs. La décision de la Cour suprême dans Singh fut par ailleurs rendue en 1985, après l'opération *Blue Star*.

Encore aujourd'hui, marquée au fer par ces événements tragiques, l'intégrité de l'État indien tremble devant la moindre revendication des minorités religieuses. Bien qu'il existe beaucoup de minorités ethniques et religieuses en Inde et que leur cohabitation est généralement pacifique, il n'en demeure pas moins que le Congrès est craintif à l'égard de certaines revendications d'autonomie ou d'accession à des droits ou des pouvoirs majorés. Les exemples sont nombreux, citons la réaction du gouvernement indien qui s'est levé contre les Tamouls du Sri Lanka en évoquant la possible montée d'indépendance des Tamouls du *Tamil Nadu* (région située au sud de l'Inde)⁶¹³. Aussi, la réponse du gouvernement indien jusque dans les années 90 était-elle de prendre tous les moyens légaux et militaires pour réprimer les soubresauts nationalistes au Pendjab⁶¹⁴.

Les lois spéciales se succédèrent et les violations des droits de la personne aussi, surtout durant la période militaire au Pendjab. Ce sont surtout des lois spéciales sur le terrorisme votées dans le but de réprimer toute tentative ou attaque contre le gouvernement indien. Ces lois, en dotant l'armée et les corps policiers de pouvoirs extraordinaires, ne sont pas sans rappeler la

⁶¹¹ Anne VAUGIER, « Le rôle de l'État-Congrès et des acteurs extérieurs dans la montée du séparatisme sikh », (1994) 15-16 *Cultures & Conflits* 71-88, p.79.

⁶¹² Cette expression fut d'abord utilisée par les Sikhs eux-mêmes en guise de protestation des mesures engendrées par la mise en place de l'état d'urgence. Le retrait des droits fondamentaux fut vite dénoncé par les organisations internationales. Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 275 à 299.

⁶¹³ Pour plus de détails, voir la prochaine section 2.2.3.

⁶¹⁴ Il suffit de mentionner l'Opération Blackthunder en mai 1988 et les exécutions extra-judiciaires, la torture, les arrestations anonymes et l'implication des forces paramilitaires indiennes dans l'élimination de la plupart des activistes sikhs. Meredith WEISS, "The Khalistan Movement in Punjab", *Yale Center for International & Area Studies*, vol. 25, 2002, p.14. Voir également Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 223 et 287 et ss.

vague législative des pays occidentaux au lendemain des attentats du 11 septembre 2001⁶¹⁵. Dans son rapport de 2003 sur le Pendjab, Amnistie internationale rapporte des sanctions répressives qui vont de l'arrestation arbitraire et générale à l'usage de la torture en détention⁶¹⁶. Les Sikhs étaient souvent arrêtés du seul fait qu'ils vivaient dans le même village de membres des groupes opposants armés ou encore parce qu'ils étaient parents. Des listes noires étaient diffusées dans tous les postes de police afin de viser des personnes devant être arrêtées pendant des activités militantes, comprenant, les activités pacifiques. Les arrestations étaient faites pour régler rapidement un dossier ou encore pour respecter les quotas d'arrestation. On rapporte même que les personnes décédées en prison furent incinérées avant même l'ouverture d'une enquête ou de l'étude des corps par le coroner⁶¹⁷.

Il va sans dire que la situation aujourd'hui est meilleure, c'est ce qui porte les chercheurs et les organisations internationales à insister et cibler les années 80 comme les plus terribles dans le conflit qui opposa le Congrès et les Sikhs⁶¹⁸. Les conditions de vie des Sikhs aujourd'hui sont bonnes et les rapports des organisations internationales rapportent peu d'incidents contre les Sikhs, en dehors des conditions générales dont la population indienne est parfois soumise (extorsion par la police locale, vol d'identité, etc.)⁶¹⁹. On peut d'ailleurs citer comme exemple l'élection du Premier ministre sikh, Manmohan Singh, en 1997.

⁶¹⁵ Il s'agissait surtout de la loi du *Terrorist and Disruptive Activities Prevention Act* (TADA) remise en vigueur en mars 2002 par le Parlement indien (*Prevention of Terrorist Act*). Sur les inquiétudes concernant la violations des droits voir Amnesty International, *India: Break the cycle of impunity and torture in Punjab*, January 2003, pp. 29 et 30. Voir également Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 298 et 299.

⁶¹⁶ Les droits et les procédures d'arrestations étaient souvent violées et rarement enregistrées dans les registres de la police, augmentant la vulnérabilité des détenus et les mauvais traitements par la police. Les détenus étaient souvent déplacés d'un poste de police à des centres d'interrogation méconnus de la famille et des avocats. Sans compter l'usage fréquent de la torture durant les interrogatoires et à titre de punition. La collaboration des détenus était achetée au prix de leur liberté en échange d'une infiltration au sein des opposants armés ou encore d'une perpétration de crimes au nom des militants afin de les discréditer. La disparition et l'exécution de membres opposants armés étaient fréquentes et tolérées par le gouvernement en place. Voir les rapports les plus complets sur le sujet : COMMITTEE FOR COORDINATION ON DISAPPEARANCES IN PUNJAB (CCDP), *Enforced Disappearances, Arbitrary Executions and Secret Cremations: Victim Testimony and India's Human Rights Obligations. Interim Report*, New Delhi, 1999; Human Rights Watch/Physicians for Human Rights, *Dead Silence: The Legacy of Abuses in Punjab*, New York, 1994 et AMNESTY INTERNATIONAL, *India: An unnatural fate*, 1993 and *India: Determining the fate of the disappeared in Punjab*, October 1995 et celui de 2003 AMNESTY INTERNATIONAL, *India: Break the cycle of impunity and torture in Punjab*, January 2003.

⁶¹⁷ AMNESTY INTERNATIONAL, *India: Break the cycle of impunity and torture in Punjab*, January 2003, pp. 5 et ss.

⁶¹⁸ Voir entre autres l'état de la situation dans les années 80 et des confrontations entre le gouvernement central et la communauté sikhe dans Shinder THANDI, « Counterinsurgency and political violence in Punjab », dans Gurharpal SINGH, Ian TALBOT, *Punjabi Identity, Continuity and Change*, New Delhi, Ajanta Publications, 1994, pp. 160-185.

⁶¹⁹ Amnesty International, *India: Break the cycle of impunity and torture in Punjab*, January 2003, pp. 5 et ss.

Néanmoins, le rêve de l'indépendance du Khalistan de la région du Pendjab subsiste et certains Sikhs radicaux ont fui au Pakistan et dans d'autres territoires adjacents pour s'entraîner dans l'espoir de voir renaître la flamme nationaliste et l'existence d'un Pendjab indépendant⁶²⁰. En effet, malgré le calme politique et les exactions terminées, deux éléments doivent retenir notre attention. La première vise la présence d'un groupe extrémiste défendant la *Khalista*, La Fédération internationale de la jeunesse sikhe, et la deuxième porte sur les persécutions des Sikhs américains au lendemain du 11 septembre 2001.

La Fédération internationale de la jeunesse sikhe a vu le jour au Royaume-Uni en 1984, comme une branche internationale de la *All India Sikh Student Federation* (AISSF)⁶²¹. L'AISSF a connu les premières tentatives idéologiques du *Khalistan*, alors qu'en 1971 elle se rassemblait pour entendre Kapur Singh, ancien membre de la haute administration indienne qui fut le précurseur du séparatisme sikh. Quant à elle, la Fédération internationale de la jeunesse sikhe (*International Sikh Youth Federation*, ISYF) a ouvert des centres dans plusieurs autres pays, notamment au Canada. La ISYF reprend le flambeau de l'indépendance en prônant la libération de la nation sikhe et la création du *Khalistan*. L'ISYF apparaît sur la liste des entités terroristes exclues par le Canada depuis 2003⁶²². En effet, les membres de l'ISYF ont revendiqué plusieurs attentats terroristes, assassinats et attentats à la bombe depuis 1984, notamment contre des personnalités politiques indiennes, et aussi contre des membres modérés de la communauté sikhe. La ISYF collabore avec d'autres organisations terroristes sikhes, comme le Babbar Khalsa⁶²³.

Toutefois, les attentats du 11 septembre ont accablé la communauté sikhe devenue une cible facile de persécution par la population et les autorités américaines. Le port du kirpan, couplé avec la barbe, a vite fait penser à des terroristes. Des victimes de violence et de mauvais traitements, d'origine sikhe, ont été dénombrées aux États-Unis⁶²⁴.

⁶²⁰ Sur la dérive fondamentaliste voir la recherche intéressante de T.N. MADAN, "Fundamentalism and the Sikh Religious Tradition", in Martin MARTY and R. Scott APPLEBY (eds.), *Fundamentalism observed*, Chicago, Chicago University Press, 1991, aux pp. 596-627.

⁶²¹ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 140 et 275.

⁶²² Voir le site de la Sécurité publique et les Entités inscrites actuellement: <http://www.securitepublique.gc.ca/cnt/ntnl-scrtr/cntr-trrrsm/lstd-ntts/crrnt-lstd-ntts-fra.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶²³ Pour plus de détails sur la ISYF consulter la prochaine sous-section. Voir également Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, pp. 275 ss.

⁶²⁴ "The American-Arab Anti-Discrimination Committee (ADC) confirmed more than 700 violent incidents targeting members of the affected groups during the first nine weeks after the September 11 attacks, and 165 more incidents during the first nine months of 2002." Le cas de Balbir Singh Sodhi relève toute la violence faite aux Sikhs suite aux

Les stratégies politiques et militaires du gouvernement indien face aux revendications de la minorité sikhe illustrent toute la complexité d'une confrontation idéologique entre deux peuples. Cette sous-section sur l'histoire des Sikhs et leurs rapports tendus avec le Congrès révèle la participation de ce dernier dans la radicalisation du mouvement sikh et l'anéantissement du nationalisme d'une communauté jadis prospère et puissante en quête d'indépendance. La prochaine sous-section pose son regard sur l'histoire d'une autre collectivité se situant au sud de l'Inde, celle des Tamouls et leur désir de séparation.

Section 2.2 Les Tamouls : tous des terroristes? Perception négative engendrée par une mauvaise représentation du LTTE des revendications à l'auto-détermination de la minorité tamoule

Le 12 août 2010, après trois mois de navigation en mer, accostait le cargo *MV Sun Sea* sur l'île de Vancouver en Colombie-Britannique⁶²⁵. Arborant le drapeau thaï, le bateau avait à son bord 492 passagers en provenance du Sri Lanka. Les autorités canadiennes déjà informées de la possible arrivée de ces « clandestins » avaient mis en place plusieurs stratégies d'accueil et de filtrage des nouveaux arrivants⁶²⁶. La plus grande préoccupation pour les autorités portait sur la possibilité de membres terroristes et criminels Tamouls parmi les passagers⁶²⁷. Cet évènement

attentats du 11 septembre 2001. Voir le rapport volumineux de la commission américaine pour la défense des droits civils : U.S. COMMISSION ON CIVIL RIGHTS, *Civil Rights Concerns in the Metropolitan Washington, D.C., Area in the Aftermath of the September 11, 2001*, State Advisory Committee Reports, en particulier le chapitre 6 : Fears and Concerns of Affected, At-Risk Communities http://www.usccr.gov/pubs/sac/dc0603/ch6.htm#_ftn2 (dernière consultation, le 16 septembre 2013) et également le AMERICAN-ARAB ANTI-DISCRIMINATION COMMITTEE (ADC) RESEARCH INSTITUTE, *Report on Hate Crimes and Discrimination Against Arab Americans September 11, 2001 to October 11, 2002* disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.adc.org/index.php?id=3388> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶²⁵ Données reportées sur le site canadien de la Sécurité publique et confirmées par la presse canadienne. Voir la série de déclarations et communiqués concernant la gestion du bateau thaï au Canada : <http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/cntrng-crm/hmn-smgglng/nws-rlss-fra.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2012). Voir également le rapport des débats parlementaires, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/cei-10-f.htm> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶²⁶ Voir le discours du directeur de l'Agence des services frontaliers, Rob JOHNSTON, sur la préparation des divers corps de sécurité en vue de l'arrivée du bateau MV Sun Sea : <http://www.cbsa-asf.gc.ca/media/jtf-aaf/sunsea-fra.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶²⁷ Voir l'article du Sydney Morning Herald, intitulé « Canada suspects Tamil Tigers on board ship », daté du 14 septembre 2010 : <http://www.smh.com.au/world/canada-suspects-tamil-tigers-on-board-ship-20100813-12356.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Lire également le discours très incisif du ministre de la Sécurité Publique, le 25 juin 2012, sur la lutte au crime organisé et au trafic humain sur la prise en charge du bateau par la Gendarmerie Royale : <http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/nws/nws-rlss/2012/20120625-eng.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Selon, la Gendarmerie Royale du Canada, au printemps 2012, des présumés responsables de trafic humain de Tamouls furent arrêtés en France et extradés au Canada pour y être jugés.

n'est pas sans rappeler les cinq bateaux de clandestins asiatiques qui accostèrent sur les côtes de la Colombie-Britannique en 1999⁶²⁸, ou encore les 76 Tamouls arrivés en 2009 à la fin de la guerre entre les rebelles tamouls et l'armée sri lankaise⁶²⁹.

Cette section s'intéresse précisément au conflit ayant opposé les Tamouls du Sri Lanka et le gouvernement de cette petite île située entre le golfe du Bengale et l'immense Océan indien. L'origine du conflit semble assez clairement attribuée à la montée du nationalisme cingalais au détriment des communautés minoritaires, les Tamouls en tête de liste⁶³⁰. On est en droit de se demander quelle valeur et quel poids donner aux décisions politiques internes sur le sort d'une minorité et les positions diplomatiques des nations étrangères par rapport aux forces rebelles. L'objectif de cette deuxième section vise à démystifier les positions politiques nationales et internationales entourant la guerre civile au Sri Lanka dans la qualification du conflit et des terroristes, de même que la participation du gouvernement sri lankais aux exactions commises contre la population civile. Enfin, nous profiterons de la dernière sous-section pour poser la délicate question de la place des minorités et de leur sort en juxtaposant les deux réalités reliées aux dossiers de *Singh* et *Suresh*, soit l'histoire indienne et sri lankaise.

Cette analyse permettra de saisir le contexte historique et les allégations de M. Suresh au moment de l'émission de son mandat d'expulsion. Cette sous-section mettra également en lumière le cadre flou des règles définissant les groupes terroristes et la position incertaine des gouvernements occidentaux sur la condamnation des terroristes. Ce contexte géopolitique ajoute, à notre avis, une difficulté supplémentaire aux décideurs administratifs et aux commissaires lorsqu'un réfugié demande l'asile.

⁶²⁸ On se réfère ici au Fujian Boat de 1999. Pour un bref récit de l'arrivée en 1999 du Fujian Boat People et un parallèle intéressant avec le traitement médiatique des Tamouls en 2009 et 2010 et les conséquences sur leur caractérisation, voir l'étude de Métropolis effectuée par Ashley BRADIMORE, Harald BAUDER, *Mystery ships and risky boat people: Tamil refugee migration in the newsprint media*, Vancouver, Métropolis, Working Paper Series, No 11-2, January 2011. Cet article fut également très utile pour la revue de presse qu'il propose concernant les événements mentionnés. Disponible sur le site de Métropolis à l'adresse URL suivante : <http://mbc.metropolis.net/assets/uploads/files/wp/2011/WP11-02.pdf> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶²⁹ Notons également, l'arrivée de 155 Tamouls en 1986 secourus par la garde côtière à Terre-Neuve. Ashley BRADIMORE, Harald BAUDER, *Mystery ships and risky boat people: Tamil refugee migration in the newsprint media*, Vancouver, Métropolis, Working Paper Series, No 11-2, January 2011. Disponible sur le site de Métropolis à l'adresse URL suivante : <http://mbc.metropolis.net/assets/uploads/files/wp/2011/WP11-02.pdf> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶³⁰ *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011 et A. Jeyaratnam WILSON, *Sri Lankan Tamil nationalism: its origins and development in the Nineteenth and Twentieth centuries*, Vancouver, British Columbia University Press, 2000.

La littérature peu abondante, souvent partisane⁶³¹, et la proximité du conflit au Sri Lanka ne nous permettent pas de nous aventurer dans une discussion très approfondie concernant l'histoire des Tamouls, contrairement à l'analyse précédente sur les rapports entre les Sikhs et le gouvernement fédéral indien⁶³². La guerre civile au Sri Lanka a toutefois commencé à être plus sérieusement documentée vers la fin du conflit en 2009 et, surtout, depuis que les Nations Unies

⁶³¹ Les Américains ont persisté dans leur prise de position contre les rebelles et ont publié des rapports supportant le gouvernement sri lankais, l'Europe était divisée bien qu'elle ait voulu participer le plus possible à favoriser le dialogue et le rassemblement autour de la table des négociations pacifiques. Malgré cette position politique et de vive critique du gouvernement sri lankais, nous avons trouvé fort utile le rapport norvégien de l'agence Norad : NORWEGIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION, *Pawns of Peace, Evaluation of Norwegian peace efforts in Sri Lanka, 1997-2009*, Oslo, 21 September 2011, qui tente avec une certaine objectivité de se réhabiliter aux yeux de la communauté internationale. L'état cingalais nie toute exaction de crimes de guerre et autres violations au droit humanitaire contre la minorité tamoule. L'Inde a changé de camp, d'abord en faveur des rebelles, puis depuis l'assassinat de Rajiv Gandhi, le fils d'Indira Gandhi, le gouvernement indien s'est fortement opposé à la cause tamoule et particulièrement aux rebelles. Les auteurs sri lankais selon leur origine favoriseront une partie plutôt qu'une autre. Les publications de l'*Institute for Defence Studies and Analyses* (IDSA), organisation financée par le gouvernement indien, nous sont apparues une source d'information pertinente et une écriture rigoureuse des événements par des chercheurs sri lankais. Voir l'adresse URL pour la section sud-asiatique : <http://idsa.in/southasia> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶³² La littérature sur la guerre civile entre les Tigres et les autorités sri lankaises consiste essentiellement en des articles de journaux et des rapports gouvernementaux et internationaux, comme le Norad et le rapport onusien sur la situation au Sri Lanka. Nous retenons essentiellement les études suivantes : La recherche exhaustive de la chercheuse Emmanuelle Charrière, en particulier sa contribution pour l'encyclopédie l'État du Monde sur la situation au Sri Lanka et sa mission sur le terrain avec l'OFPPRA : OFFICE FRANÇAIS DE PROTECTION DES RÉFUGIÉS ET APATRIDES, *Rapport de mission en République démocratique et socialiste de Sri Lanka du 13 au 27 mars 2011*, Paris, septembre 2011 (mission financée par le Fonds européen pour les réfugiés. Mise en ligne : <http://www.reseau-asie.com/article/articles-en-ligne/divers/sri-lanka-ofpra-mission-2011/> (dernière consultation, le 16 septembre 2013); Nous retenons également les deux rapports des Nations Unies concernant la situation au Sri Lanka, soit HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Mission to Sri Lanka (14 to 21 December 2007)*, Report of the representative of the secretary-general on the human rights of internally displaced persons, Walter KALIN, submitted in accordance with Resolution 6/32 of the HUMAN RIGHTS COUNCIL, A/HRC78767Add.4, 21 May 2008 et SECRETARY-GENERAL OFFICE, *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, Marzuki DARUSMAN (Indonesia), Steven RATNER (United States) and Wasmin SOOKA (South Africa), submitted in accordance with the Joint Statement of the Secretary General and the President of Sri Lanka on June 22, 2010, 31 mars 2011; A. Jeyaratnam WILSON, *Sri Lankan Tamil nationalism: its origins and development in the Nineteenth and Twentieth centuries*, Vancouver, British Columbia University Press, 2000; Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004 et plus récemment Neil DEVOTTA, *From Civil War to Soft Authoritarianism: Ethnonationalism and Democratic Regression in Sri Lanka*, London, Routledge, 2012 (avec l'étude du professeur Wilson, c'est probablement l'ouvrage le plus étoffé sur la question du nationalisme cingalais et des origines du conflit avec les Tamouls); toujours du même auteur Neil DEVOTTA, "Illiberalism and Ethnic Conflict in Sri Lanka", (2002) 13(1) *Journal of Democracy* 84-98 (éclairage intéressant sur la stratégie politique du gouvernement et de la majorité dans l'usage du "ethnic outbidding"); Dagmar HELLMANN-RAJANAYAGAM, *The Tamil Tigers: armed struggle for identity*, Oxford, Oxford University Press, 1994; M. R. Narayan SWAMY, *Tigers of Lanka: from Boys to Guerrillas* (2 ed.), New Delhi, Konark Publishers, 2002; Murugar GUNASINGAM, *Sri Lankan Tamil nationalism: A study of its origins*, Sydney, MV publications, 1999; aussi Jonathan SPENCER, *Sri Lanka: History and the Roots of Conflict*, London, Routledge, 1990 et Sivathamby KARTHIGESU, *Sri Lankan Tamil society and politics*, New Delhi, New Century Book House, 1995. Pour une vision de l'interne du côté des rebelles voir le récit de l'ancien négociateur en chef pour le compte du LTTE, Anton BALASINGHAM (1938-2006), *War and Peace – Armed Struggle and Peace Efforts of Liberation Tigers* (1st ed.), London, Fairmax Publishing Ltd., 2004 et de sa femme Adele BALASINGHAM (d'origine australienne), Adele BALASINGHAM, *The Will to Freedom – An Inside View of Tamil Resistance* (2 ed.), London, Fairmax Publishing Ltd., 2004.

s'inquiètent de la façon dont s'est terminée cette guerre de plus d'un quart de siècle⁶³³. Il ressort des articles de journaux et des rapports internationaux une chronologie des événements définie. Une analyse historique linéaire se dégage étant donné l'accélération des confrontations et la provocation raciale portée par le gouvernement central, de même que l'appel à la sécession de l'opposition (sous-section 2.2.1)⁶³⁴. Notre intérêt porte surtout sur l'intervention de l'aide internationale et le niveau de sympathie à l'égard des Tamouls durant le conflit. La deuxième partie de cette section (sous-section 2.2.2) examinera le processus de nomination des groupes terroristes par la communauté internationale et l'adoption par le Canada d'une liste d'entités terroristes visant à interdire leur financement et leurs activités. La fin de ce chapitre considérera le concept arc-en-ciel de l'auto-détermination des peuples et l'échec des Sikhs et des Tamouls dans leur revendication à une plus grande autonomie (sous-section 2.2.3).

Section 2.2.1 L'histoire d'un nationalisme cingalais dictatorial : les origines d'une guerre civile de 27 ans entre Cingalais et Tamouls

Pour comprendre les revendications tamoules et la genèse de la rébellion, cette première sous-section se concentre sur les dates historiques les plus importantes concernant les Tamouls et l'émergence de groupuscules radicaux de combattants pour l'indépendance des régions du Nord et de l'Est. En particulier, les diversités culturelles et religieuses qui opposent le gouvernement sri lankais à la minorité tamoule retiennent notre attention, afin de comprendre les origines du conflit (point i). Enfin, les dernières pages de cette sous-section portent sur les arrestations et le sort réservé aux Tamouls qui tombent entre les mains des autorités sri lankaises, dans le but de mieux saisir la perception négative à l'encontre des Tamouls soupçonnés de terrorisme, persécution encore aujourd'hui infligée par le gouvernement sri lankais et abondamment documentée (point ii).

⁶³³ Il s'agit plus particulièrement du SECRETARY-GENERAL OFFICE, *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, Marzuki DARUSMAN (Indonesia), Steven RATNER (United States) and Wasmin SOOKA (South Africa), submitted in accordance with the Joint Statement of the Secretary General on June 22, 2010, 31.03.2011, ci-après *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011 et du U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Report to Congress on Incidents during the recent conflict in Sri Lanka*, 2009 (unclassified). Le rapport américain fut soumis devant le Congrès en vertu du *Joint Explanatory Statement* et du *Supplemental Appropriations Act, 2009 (P.L. 111-32)*, qui donne l'autorité au Secrétaire d'État de soumettre un rapport sur les incidents survenus durant la fin du conflit au Sri Lanka sur d'éventuelles violations du droit humanitaire et des crimes de guerre et d'identifier, lorsque possible, les parties responsables.

⁶³⁴ Particulièrement accentué par le nationalisme cingalais voir Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004.

i) Les diversités culturelles et religieuses tamoules - une voix étouffée par la dictature nationaliste

La République démocratique socialiste du Sri Lanka est une île située au sud de l'Inde avec une superficie de 65 610 km² (voir ci-dessous le tableau 2.3 *Sri Lanka in Brief*⁶³⁵)⁶³⁶. Situé près des lignes maritimes majeures de l'océan Indien, à moins de 30 km de la province indienne Tamil Nadu, le Sri Lanka bénéficie d'un point stratégique sur le plan commercial et militaire. Toutefois, son climat tropical et sa situation géographique l'exposent à des cyclones et de violentes tornades. Faut-il également rappeler le terrible tsunami dans le sud asiatique le 26 décembre 2004, provoqué par une secousse sismique⁶³⁷ ?

Le 122^e pays en terme de superficie compte pourtant plus de 21 millions d'habitants, ce qui le

place au 57^e rang sur l'échelle mondiale pour sa densité nationale. Quatre groupes ethniques principaux se partagent le territoire. Majoritairement, on retrouve les Cingalais (73,8 %) qui dictent la langue officielle, le cingalais. Les Maures sri lankais représentent 7,2 % de la population, alors que les Tamouls occupent environ 18 %, entre 5 % les Tamouls d'origine

SRI LANKA IN BRIEF	
Population:	21.3 million; <i>growth rate:</i> 0.9 % <i>Urban pop.</i> 14 % with 1.1% annual increase
Area:	65,610 sq. km. (slightly larger than West Virginia)
Capital:	Colombo (est. population of 1.3 million)
Head of Government:	President Mahinda Rajapaksa (Sri Lankan Freedom Party 2005, reelected in 2010) also minister of Finances and Defence
Ethnic Groups:	Sinhalese 74%; Tamils 18%; Moors 7%
Languages:	Sinhala 74%; Tamil 18%; English widely used (Literacy: 90.7%)
Religions:	Buddhist 69%; Muslim 8 %; Hindu 7%; Christian 6%; unspecified 10% (2001 census)
Life Expectancy at Birth:	female 77 years; male 73 years
Gross Domestic Product:	7.4% growth. per capita GDP in purchasing power parity \$4,900 [in 2009]
Inflation:	6.5%
Unemployment:	5.4%
Labor Force:	Agriculture 32.7 %, industry 26.3%, services 41%
Exports:	Garments, tea, rubber, gems and jewelry, refined petroleum, and coconuts
Destination of Exports:	U.S. 20.6%, U.K. 12.9%, Italy 5.5%, Germany 5.3%, India 4.5%.

Figure 6 : Sri Lanka in brief

⁶³⁵ Tableau tiré de U.S. CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *Sri Lanka: Background and U.S. Relations*, CRS Report for Congress, Bruce VAUGHN, RL31707, 16 juin 2011, p.2. Données recueillies en grande partie dans le "Sri Lanka: Country report", *The Economist Intelligence Unit*, May 2011; CIA World Factbook et U.S. Commerce Department.

⁶³⁶ On puise inévitablement auprès de la référence sur les données géopolitiques des pays dans Dominique VIDAL et Bertrand BADIE (eds.), « Pays du monde – statistiques », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶³⁷ Le Sri Lanka fut la deuxième nation la plus affectée par le Tsunami après l'Indonésie. Les pertes ont été évaluées à 30 000 morts, 4000 disparus et 260 000 familles déplacées au Sri Lanka. Voir Emmanuelle CHARRIÈRE, « L'après-tsunami », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Nous reviendrons sur cette tragédie naturelle afin de comprendre les enjeux géopolitiques reliés à l'octroi de l'aide humanitaire. Voir la sous-section 2.2.3.

indienne et 13 % les Tamouls sri lankais⁶³⁸. Le drapeau sri lankais souligne d'ailleurs la présence des Maures avec la couleur verte et des Tamouls, par la couleur orange. La langue tamoule est parlée par plus du 18 % de la population. L'anglais est réservé aux communications gouvernementales et n'est bien maîtrisé que par 10 % des habitants sri lankais⁶³⁹. La proportion de l'obédience religieuse suit une courbe similaire aux origines ethniques des Sri Lankais, soit 69,1 % pour les bouddhistes, contre 7,6 % de Musulmans et 7,1 % d'Hindous⁶⁴⁰. Les Tamouls sont majoritairement Hindous avec une forte présence catholique et une antipathie marquée à l'encontre des Musulmans⁶⁴¹.

Au 5^e siècle avant l'ère commune, les premiers Cingalais arrivèrent sur l'île sri lankaise⁶⁴². Un siècle av. EC, la religion bouddhiste est introduite sur l'île et émerge la grande civilisation cingalaise : en témoigne l'essor des villes Anuradhapura et Polonnaruva⁶⁴³. Au 13^e siècle apparaît le royaume tamoul dans le nord du Sri Lanka qui fut établi par une dynastie indienne⁶⁴⁴. En effet, chez son voisin du nord, plus de 60 millions de Tamouls vivent aujourd'hui en Inde, pour la plupart dans la province du Tamil Nadu, située juste en face de Jaffna (le détroit de Palk sépare les deux rives)⁶⁴⁵. Alors que les Portugais et les Hollandais contrôlaient les côtes maritimes sri lankaises aux XVI^e et XVIII^e, le territoire insulaire fut cédé aux Anglais à la fin du XVIII^e et devint une colonie britannique en 1802⁶⁴⁶. L'indépendance du Dominion Ceylon fut

⁶³⁸ Dominique VIDAL et Bertrand BADIE (eds.), « Pays du monde – statistiques », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶³⁹ U.S. DEPARTMENT OF STATE, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, *2010 Human Rights Report: Sri Lanka*, Washington, 8 avril 2011.

⁶⁴⁰ Dominique VIDAL et Bertrand BADIE (eds.), « Pays du monde – statistiques », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶⁴¹ Sivathamby KARTHIGESU, *Sri Lankan Tamil society and politics*, Chennai, New Century Book House, 1995. Voir également Dennis HUDSON, *Arumuga Navalar and Hindu Renaissance amongst the Tamils (Religious Controversy in British India: Dialogues in South Asian Languages)*, New York, University of New York, 1992.

⁶⁴² K. M. DESILVA, *History of Sri Lanka*, London, C. Hurst&Company, 1981, p. 3.

⁶⁴³ K. M. DESILVA, *History of Sri Lanka*, London, C. Hurst&Company, 1981, pp. 9, 17 et 60.

⁶⁴⁴ K. M. DESILVA, *History of Sri Lanka*, London, C. Hurst&Company, 1981, pp. 64, 82-84.

⁶⁴⁵ Voir le recensement indien de 2001 accessible sur le site gouvernement à l'adresse URL suivante : http://www.censusindia.gov.in/Census_Data_2001/Census_Data_Online/Language/Statement1.htm (dernière consultation, le 20 septembre 2012), en particulier le chapitre *Indian census – Abstract of stranght of mother tongues*.

⁶⁴⁶ Pour un récit personnel et coloré de l'époque de la colonisation voir Robert KNOX (1681), *An historical relation of the Island Ceylon*, London, printed for Joseph Mawnam by J. F. Dove, St-John's Square, 1817. Pour les références sur les colonisateurs portugais et hollandais voir K. M. DESILVA, *History of Sri Lanka*, London, C. Hurst&Company, 1981, pp. 113, 188 et sur le *English East India Company in Sri Lanka* entre 1796-1802, voir pp. 210-219.

prononcée en 1948 et la « Perle de l'Océan indien » acquit le nom qu'on lui connaît en 1972⁶⁴⁷.

La présence des Tamouls sur l'île remonterait déjà au II^e siècle av. EC, ce qui correspond avec la propagation de l'Hindouisme sur l'île⁶⁴⁸. Cette minorité, longuement établie sur le territoire sri lankais, occupait essentiellement le nord et l'est du Sri Lanka⁶⁴⁹. Sa population augmenta considérablement dans les hautes terres centrales avec le dominion anglais qui fit travailler les Tamouls-Indiens dans les plantations de thé et de café⁶⁵⁰. Les Anglais favorisaient les Tamouls en leur octroyant la culture des terres et une éducation universitaire⁶⁵¹. Cette relation privilégiée avec le colonisateur fera naître dans la majorité une jalousie de la part des Cingalais à l'égard des Tamouls⁶⁵².

La levée du nationalisme cingalais et la proclamation de l'indépendance du Sri Lanka en 1948, s'inscrivant dans le même courant d'indépendance de nombreuses colonies anglaises, ont provoqué des divisions ethniques dévastatrices⁶⁵³. Par exemple, en 1949, les Tamouls d'origine indienne travaillant sur les plantations ont été privés de leurs droits et de la citoyenneté sri lankaise⁶⁵⁴.

Dans la vague nationaliste, Solomon Bandaranaike entre au pouvoir en 1956 et instaure une seule langue officielle, le cingalais⁶⁵⁵. Il introduit également diverses stratégies et normes

⁶⁴⁷ Sri Lanka signifie « resplendent land » en cingalais. K. M. DESILVA, *History of Sri Lanka*, London, C. Hurst&Company, 1981, p. 3.

⁶⁴⁸ L'influence du Dravidian qui correspond à la naissance de la communauté tamoule. K. M. DESILVA, *History of Sri Lanka*, London, C. Hurst&Company, 1981, pp. 12 et 19. Même si on retrouve des traces de la présence tamoule dès le 6^e siècle av. J.-C., voir l'épigraphiste indien spécialisé dans les épigraphes tamoules anciennes dans Iravatham MAHADEVAN, *Early Tamil Epigraphy: From the Earliest Times to the Sixth Century A.D.*, Harvard Oriental Series vol. 62, Harvard, Harvard University Press, 2003.

⁶⁴⁹ K. M. DESILVA, *History of Sri Lanka*, London, C. Hurst&Company, 1981, pp. 63-64 et 82.

⁶⁵⁰ Voir également pour une histoire complète sur le peuple tamoul à l'époque des colonies Vasantha NADARAJAN, *History of Ceylon Tamils*, Madurai, Vasantham, 1999.

⁶⁵¹ K. M. DESILVA, *History of Sri Lanka*, London, C. Hurst&Company, 1981, pp. 274-275.

⁶⁵² K. M. DESILVA, *History of Sri Lanka*, London, C. Hurst&Company, 1981, pp. 167, 351-353. Sur le ressentiment des Sinhalais du favoritisme anglais et de l'éducation qu'ils reçurent durant les colonies, voir Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, p. 126.

⁶⁵³ Le rapport onusien attribue d'ailleurs une large responsabilité au gouvernement sri lankais dans le conflit opposant la majorité cingalaise et les Tamouls à cause de la montée du nationalisme et radicalisation des positions ethniques dans les deux camps. *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, par. 30.

⁶⁵⁴ C'est le *Indian and Pakistani residents (Citizenship) Act of 1949* cité dans K. M. DESILVA, *History of Sri Lanka*, London, C. Hurst&Company, 1981, p. 493.

⁶⁵⁵ Pour un historique complet sur la montée du nationalisme et les réactions des Tamouls devant l'adoption de la loi sur la langue unique au Sri Lanka en 1956, voir Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, chapitre 5, en particulier les pages 94 et suivantes.

unidimensionnelles en faveur de la majorité, afin de maintenir la flamme nationaliste⁶⁵⁶. La protestation des parlementaires tamouls contre ces nouvelles lois s'est terminée dans un bain de sang faisant une centaine de victimes du côté tamoul⁶⁵⁷. En 1958, des émeutes raciales contre les Tamouls font entre 300 et 400 morts et des milliers de Tamouls sont déplacés dans des régions cingalaises hostiles⁶⁵⁸. L'année suivante, le président est assassiné par un moine bouddhiste⁶⁵⁹. La veuve de Bandanaraike, Sirimavo, succède au pouvoir et poursuit le programme nationaliste de ce dernier⁶⁶⁰.

Entre 1965 et 1970, un nouveau parti prend les rênes gouvernementales et tentera de renverser la vague nationaliste. Toutefois, l'opposition de Sirimavo regagnera le pouvoir en 1970 et reprendra le flambeau nationaliste⁶⁶¹. Cette période est critique dans la compréhension de la naissance de la rébellion tamoule. En effet, en 1971 le parti marxiste cingalais, dirigé par des activistes et des étudiants aveuglés par la cause nationale, se soulève contre les Tamouls⁶⁶². En 1972, le Sri Lanka adopte son nom et abandonne le Ceylan comme dénomination imposée par les Anglais, afin de marquer son indépendance à la face du monde⁶⁶³. Ce changement marque l'appartenance cingalaise de la population et porte en effigie l'obédience bouddhiste⁶⁶⁴. Devant la violence des stratégies parlementaires et militaires de la majorité et l'intensification des tensions raciales dans le Nord et l'Est du pays, les Tamouls se regroupent pour fonder en 1976 le mouvement Tigres de libération de l'Îlam tamoul ou *Liberation Tigers of Tamil Eelam*, mieux

⁶⁵⁶ Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, pp. 122-126.

⁶⁵⁷ Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, pp. 96 et ss.

⁶⁵⁸ Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, p. 118-119.

⁶⁵⁹ Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, p. 121.

⁶⁶⁰ Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, p. 123.

⁶⁶¹ Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, p. 124.

⁶⁶² C'est durant ces années que les autorités cingalaises terrorisent, torturent et emprisonnent sans mandat les jeunes Tamouls. Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, pp. 135 et 214.

⁶⁶³ Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, p. 21.

⁶⁶⁴ Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, pp. 135, 155 et 219.

connu sous le nom LTTE (ci-après le LTTE ou les Tigres)⁶⁶⁵.

Au début des années 70, le gouvernement nationaliste de Sirimavo Bandaranaike introduit sa politique de standardisation afin d'égaliser les disparités d'instructions implantées par le colonisateur anglais, ayant favorisé les régions tamoules plutôt que la population cingalaise⁶⁶⁶. Pour contrer cette politique, un étudiant tamoul met sur pied le *Tamil Manavar Peravai*, une sorte de ligue étudiante tamoule. Dans cette ligue, un groupuscule d'étudiants prônait l'insurrection armée contre le gouvernement. Cette idée de prendre les armes répondait à l'échec de l'insurrection de 1971, par un groupe d'étudiants marxistes-léninistes qui s'opposait aux émeutes raciales portées contre les Tamouls⁶⁶⁷. Ces mêmes étudiants s'unissent en 1972 à un criminel notoire, Chetti Thanabalasingam, pour former le *Tamil New Tigres* (TNT). Après l'assassinat de Thanabalasingam, les étudiants prennent le contrôle de l'organisation qui deviendra en 1979, le *Tamil Eelam Liberation Organization* (TELO) afin de proclamer un état tamoul indépendant⁶⁶⁸. C'est cette branche radicale qui inspirera tout le mouvement séparatiste et guidera le combat contre les figures politiques importantes du gouvernement en place⁶⁶⁹.

L'année 1977 marque la victoire politique régionale du *Separatist Tamil United Liberation Front* (TULF) qui remporte tous les sièges dans les provinces tamoules. Le TULF sera la principale opposition à Colombo et encouragera la sécession de la province nord-est⁶⁷⁰.

⁶⁶⁵ L'organisation est à l'origine un mouvement étudiant fondé en 1970, le *Tamil Student's Federation*, qui prendra le nom LTTE en 1976. Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, p. 168.

⁶⁶⁶ Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, pp. 138-139.

⁶⁶⁷ Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, pp. 139-141.

⁶⁶⁸ Cinq groupes rebelles occupaient le territoire, soit le LTTE (les Tigres), le Tamil Eelam Liberation Organisation (TELO), le Eelam People's Revolutionary Liberation Front (EPRLF), le Eelam Revolutionary Organisation of Students (EROS) et le People's Liberation Organisation of Tamil Nadu (PLOTN). Sur une description attentive de la formation des divers partis politiques et groupuscules tamouls, voir A. Jeyaratnam WILSON, *Sri Lankan Tamil nationalism: its origins and development in the Nineteenth and Twentieth centuries*, Vancouver, British Columbia University Press, 2000, pp. 82-112.

⁶⁶⁹ Voir également du même auteur son plus récent ouvrage sur le conflit sri lankais : Neil DEVOTTA, *From Civil War to Soft Authoritarianism: Ethnonationalism and Democratic Regression in Sri Lanka*, London, Routledge, 2012. Considérer aussi du même auteur le Neil DEVOTTA, *Sinhalese Buddhist nationalist ideology: Implications for politics and conflict resolution in Sri Lanka*, Washington, East-West Center, 2007. Voir également au sujet de l'organisation et la coordination des Tigres, le récit de l'ancien négociateur en chef du LTTE: Anton BALASINGHAM (1938-2006), *War and Peace – Armed Struggle and Peace Efforts of Liberation Tigers* (1st ed.), London, Fairmax Publishing Ltd., 2004.

⁶⁷⁰ Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, pp. 141-143 et 198. Voir U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Report to Congress on Incidents during the recent conflict in Sri Lanka*, 2009.

Toutefois, les émeutes raciales se perpétuent et provoquent la mort de plus de 100 Tamouls⁶⁷¹. En 1981, des militaires et des agents payés par le gouvernement incendient la bibliothèque publique de Jaffna, dans le nord de l'île, ville principalement tamoule⁶⁷². Cet événement alimentera la frustration des Tamouls. Enfin, en 1983 une embuscade organisée par le LTTE tue treize soldats de l'armée cingalaise. La réponse militaire et celle de la population furent disproportionnées éliminant des centaines de Tamouls : le *Black July* (le *Bloody Sunday* des Tamouls)⁶⁷³.

C'est donc au début des années 80 que les Tamouls, devant la dictature politiquement et militairement oppressante de la majorité cingalaise, prennent les armes pour déclarer leur autonomie, voire leur séparation du reste du pays, dans ce que les membres du LTTE ont appelé la première guerre de l'Îlam⁶⁷⁴. Il s'en suivra trois autres guerres l'Îlam : la deuxième guerre, en 1990, la troisième, en 1995 et enfin la dernière guerre à la fin du conflit en 2009⁶⁷⁵.

La plupart des combats eurent lieu dans le nord du Sri Lanka (voir la carte 2.4 ci-dessous⁶⁷⁶), là où les factions plus radicales du mouvement séparatiste sont postées. Toutefois, les rebelles tamouls ont également pris comme cible la capitale Colombo, d'autres provinces et de nombreuses figures politiques⁶⁷⁷. L'intensification du conflit dans les années 1990 et les attaques suicides sur des cibles civiles jetèrent le pays dans la terreur et ont fait fuir une des sociétés touristiques les plus prospères du Sud-Asiatique⁶⁷⁸.

⁶⁷¹ Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, p. 149. Sur les émeutes raciales voir également H.L. SENEVIRATNE, *1977-1990: Riots, insurrections, counterinsurgencies, foreign interventions*, Amsterdam, VU University Press, 1999.

⁶⁷² Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, p. 245.

⁶⁷³ Voir Edgar O'BALLANCE, *The cyanide war: Tamil insurrection in Sri Lanka, 1973-88*, London, Brassey's, 1989, p. 21. Sur le nombre de victimes voir Patrick GRANT, *Buddhism and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, Albany, State University of New York Press, 2008, p. 132.

⁶⁷⁴ La première guerre Eelam se conclura en 1989. Neil DEVOTTA, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004, p. 248.

⁶⁷⁵ Neil DEVOTTA, *From Civil War to Soft Authoritarianism: Ethnonationalism and Democratic Regression in Sri Lanka*, London, Routledge, 2012, pp. 248-250. Sur les raisons politiques et les stratégies militaires du LTTE, voir Anton BALASINGHAM (1938-2006), *War and Peace – Armed Struggle and Peace Efforts of Liberation Tigers* (1st ed.), London, Fairmax Publishing Ltd., 2004.

⁶⁷⁶ Carte tirée du U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Report to Congress on Incidents during the recent conflict in Sri Lanka*, 2009 (unclassified), p. 2.

⁶⁷⁷ Sur les cibles voir le *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011 et le rapport américain U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Report to Congress on Incidents during the recent conflict in Sri Lanka*, 2009.

⁶⁷⁸ *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, par. 31-32.

Les confrontations violentes entre la majorité cingalaise et les Tamouls séparatistes dégénèrent en conflit interne à partir du Black July en 1983⁶⁷⁹. Ce n'est qu'en 2002 qu'un cessez-le-feu est signé entre le gouvernement et le LTTE. Malgré cette tentative de pacification

lors des négociations de Norvège, le conflit s'intensifie et le gouvernement parvient à regagner le contrôle de la province de l'Est en 2007⁶⁸⁰. C'est finalement en mai 2009 que le gouvernement sri lankais sort victorieux de cette guerre civile et annonce la défaite de la faction radicale du LTTE⁶⁸¹.

Depuis la fin du conflit en 2009, le gouvernement tente par tous les moyens de relancer son économie et veut afficher un nouveau visage de sécurité et de stabilité, afin d'inviter les investisseurs et les marchés financiers à se tourner vers la

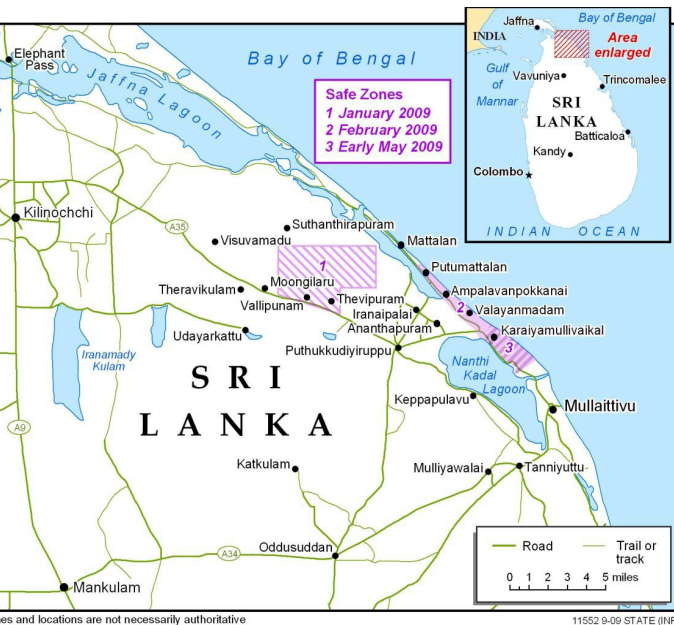


Figure 7 : Zones de combat au Sri Lanka à la fin du conflit en 2009

Perle de l'océan⁶⁸². Les projets de relance économique et le développement industriel du Sri Lanka sont majoritairement financés sous forme de prêts par la Chine⁶⁸³.

En juin 2010, Ban Ki-Moon, le secrétaire général aux Nations Unies, a créé un panel

⁶⁷⁹ Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka, 31 March 2011, par. 30. Par conflit interne, on se réfère à la définition du droit humanitaire et aux normes imposées par l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 8 juin 1949.

⁶⁸⁰ NORWEGIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION, *Pawns of Peace, Evaluation of Norwegian peace efforts in Sri Lanka, 1997-2009*, Oslo, 21 September 2011, p. 58. Voir également le rapport troublant suite à la mission de Kalin sur les exactions commises durant cette période : HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Mission to Sri Lanka (14 to 21 December 2007)*, Report of the representative of the secretary-general on the human rights of internally displaced persons, Walter KALIN, submitted in accordance with Resolution 6/32 of the Human Rights Council, A/HRC78767Add.4, 21 May 2008.

⁶⁸¹ Pour un rappel historique schématisé des événements, voir le rapport onusien aux pages 7 à 13 : U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011.

⁶⁸² Le Fonds monétaire international (FMI) a prêté au gouvernement sri lankais 2,8 milliards de dollars américains et le début de l'année 2010 fut difficile pour la relance économique. Voir l'article de Emmanuelle CHARRIÈRE, « Victoire assurée pour Mahinda Rajapakse », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶⁸³ Pour plus de détails voir Sujana DUTTA, « USA, India engaging with Sri Lanka amid growing China role », *BBC News*, 11 mars 2009.

d'experts chargé d'étudier la responsabilité des violations des droits de la personne et du droit humanitaire dans les derniers mois du conflit⁶⁸⁴. Les allégations portées à son attention révèlent que des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ont été commis non seulement par le LTTE, mais aussi par le gouvernement sri lankais⁶⁸⁵. Ce dernier nie toute possibilité de responsabilité afin de préserver son intégrité et sa crédibilité sur la scène internationale⁶⁸⁶. Les experts ont recommandé la mise sur pied d'une enquête internationale afin de recueillir la preuve nécessaire à la poursuite des auteurs fautifs⁶⁸⁷.

Selon le panel expert, il semble que plus de 290,000 personnes furent déplacées à la fin du conflit dans la province de Vanni et furent transférées pour la plupart dans des camps dans le district de Vavuniya, au nord du pays⁶⁸⁸. Ces personnes, pour la plupart des Tamouls, y étaient détenues contre leur gré et les conditions de survie à l'intérieur des camps étaient dégradantes⁶⁸⁹. Les barbelés entouraient les camps et les fuyards hasardeux étaient tués sur le champ. L'existence de ces camps fut vivement critiquée autant au Sri Lanka que par la communauté internationale⁶⁹⁰. Leur présence était justifiée selon le gouvernement par la nécessité de déminer le territoire et

⁶⁸⁴ Voir communiqué de presse des Nations Unies date du 24 avril 2011, à l'adresse URL suivante : <http://www.un.org/News/fr-press/docs/2011/SGSM13524.doc.htm> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶⁸⁵ Rappelons que sur le plan juridique les deux parties au conflit sont liées par l'article 3 commun aux Conventions de Genève. En vertu de l'article 3, le droit coutumier propre au droit humanitaire s'applique aux conflits armés non-internationaux. Les principes du droit coutumier comprennent entre autres la protection des civils et des prisonniers et les règles régissant la conduite d'une guerre propre.

⁶⁸⁶ Dépêche du service d'information des Nations Unies daté du 26 octobre 2011, à l'adresse URL suivante : <http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=26732&Cr=Sri%20Lanka&Cr1=> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶⁸⁷ La conclusion du panel tient compte également des observations du représentant au secrétaire général Walter Kalin, lors de sa visite au Sri Lanka en 2007. Voir HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Mission to Sri Lanka (14 to 21 December 2007)*, Report of the representative of the secretary-general on the human rights of internally displaced persons, Walter KALIN, submitted in accordance with Resolution 6/32 of the Human Rights Council, A/HRC78767Add.4, 21 May 2008.

⁶⁸⁸ Les Nations Unies ont estimé à 330,000 civils pris sur les territoires contrôlés par le LTTE. Les chiffres fournis par le gouvernement ne correspondent pas aux estimés des organisations humanitaires sur le terrain et empêche de fournir l'aide adéquate. *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, par. 126-127.

⁶⁸⁹ En effet, le déplacement forcé de civils est interdit par le droit coutumier. Voir les règles 129 (b), Règlements de la CICR. En vertu des statuts de Rome, ce crime est considéré comme un crime de guerre Article 8(2)(e)(viii). Voir aussi les Principes 6(1) et 6(2) (b) du Guide des Nations Unies sur les déplacements internes. En effet, l'interdiction des hotages est prévue par l'article commun 3 (1)(b) des Conventions de Genève et du article 96 des Règlements de la CICR. Sur les boucliers humains, voir l'interdiction à l'article 97 des Règlements de la CICR.

⁶⁹⁰ En vertu du droit humanitaire, le déplacement des civils ne doit pas excéder la période requise ou nécessaire dans les circonstances, règlement 132 et principe 6(3) du Guide des Nations Unies sur les déplacements internes. De plus, le guide prévoit un cadre international pour la protection des personnes déplacées à l'intérieur du territoire national. Il indique aux États la protection à offrir aux déplacés qui correspond aux engagements du respect des droits de l'homme et du droit humanitaire. La conduite du gouvernement sri lankais ne correspond pas aux lignes directrices contenues dans le guide et est passible de faute pénale.

d'identifier les possibles membres actifs du LTTE au sein de la population incarcérée. Ce n'est qu'au début de 2012 que près de 98 % de la population de ces camps fut rétablie dans le nord-est du Sri Lanka, les 6,554 Tamouls restant dans le district de Mullaitivu ne seront réinstallés qu'une fois le déminage de la région terminé⁶⁹¹.

Dans son rapport de 2009 sur la guerre civile, le gouvernement américain porte aussi des allégations sérieuses et crédibles sur les exactions, en particulier à la fin du conflit, commises par les deux camps⁶⁹². Par exemple, les crimes de guerre comprennent des attaques sur les civils et des infrastructures civiles (hôpitaux, gares, écoles, etc.)⁶⁹³, des exécutions sommaires des combattants et des prisonniers, des disparitions forcées par l'armée et les groupes paramilitaires collaborant avec l'armée sri lankaise, privation de nourriture, médicaments et d'eau potable pour les civils pris dans les zones de combats⁶⁹⁴. Les crimes de guerre reprochés au LTTE sont plus connus du public et portent sur le recrutement des enfants soldats et sur les attaques non discriminées sur des civils provoquées par les kamikazes terrestres (hommes et femmes) et des attaques aériennes sur des civils.

Au Canada, entre 2001 et 2010, plus de 12,000 Tamouls ont demandé l'asile⁶⁹⁵. M. Suresh est arrivé sur le territoire canadien en 1990 et n'a pas eu de difficulté à obtenir le statut de réfugié à cause des troubles internes provoqués par un conflit initié une décennie plus tôt.

⁶⁹¹ Sur les conditions dans les camps et les détentions arbitraires des membres du LTTE. voir le *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, par. 154-162 et 164-167. Les chiffres de rétablissement des civils sont fournis par le Haut-Commissariat pour le réfugié, consulter le UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *2012 UNHCR Country operations profile – Sri Lanka*, Geneva, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.unhcr.org/pages/49e4878e6.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶⁹² U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Report to Congress on Incidents during the recent conflict in Sri Lanka*, 2009.

⁶⁹³ En vertu du droit humanitaire, les parties au conflit doivent éviter, dans la mesure du possible, de placer des objectifs militaires près de localités civiles ou dans le même territoire. Voir règlement 23 des règlements de la CICR.

⁶⁹⁴ En vertu du droit humanitaire, les parties au conflit doivent évacuer les civils sous leur contrôle qui sont situés près des zones militaires. Voir l'article 24 des Règlements de la CICR. Ajoutons l'article 55 du Règlements et l'article 7 (2)(b) du Statut de la Cour pénale internationale qui prévoit dans sa définition d'extermination (crime contre l'humanité) « une intention d'infliger des conditions de vie précaire, telles que la privation de nourriture, de soins médicaux, dans le but de détruire une partie de la population ».

⁶⁹⁵ Pour être précis, le nombre total de demandeurs d'asile tamouls s'élève à 12 289 avec une forte entrée en 2001 (2 820) jusqu'en 2004 (plus de 1 000 demandeurs chaque année) et une recrudescence en 2008 (1 012) et 2010 (1 173). On remarque également un large bassin de revendicateurs tamouls en attente d'une décision, toutefois le nombre de revendicateurs tamouls en 2001 atteignait 7 255 alors qu'en 2010 les mesures mises en place pour accélérer le processus de détermination ont fait baisser le nombre de demandeurs d'asile tamouls présents au Canada à 2 778. Ces données reflètent une diminution générale des demandes d'asile faite chaque année, tout pays d'origine confondu (de 44 000 à 23 000 pour la même période 2001 à 2010). Gouvernement du Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, *Faits et chiffres : Aperçu de l'immigration – résidents permanents et résidents temporaires*, Ottawa, septembre 2011, pp. 102-103.

Néanmoins, des liens troublants entre M. Suresh et les activités du LTTE seront dévoilés en 1995 et un avis d'expulsion lui sera remis⁶⁹⁶.

En plus des pertes civiles importantes, le conflit tamoul a perturbé considérablement l'économie insulaire⁶⁹⁷. La fin de la guerre civile a permis un nouvel essor, et la reconstruction des infrastructures publiques et résidentielles place le Sri Lanka en tête du palmarès pour son revenu annuel par personne de 5,220 dollars américains, un des plus élevés dans le Sud-Asiatique, en 2010⁶⁹⁸. Malgré ce redressement économique, la communauté internationale s'inquiète des exactions commises par le gouvernement sri lankais afin de gagner la guerre et exige des enquêtes indépendantes sur le sort, entre autres, des 7,000 personnes décédées dans les cinq derniers mois du conflit en 2009⁶⁹⁹. Encore aujourd'hui, l'usage de la torture par les autorités sri lankaises sur des Tamouls, des expatriés et des partisans préoccupe plusieurs ONG. Les mauvais traitements rapportés jettent des doutes sur la volonté du gouvernement à octroyer aux Tamouls un statut de minorité à part entière et de participer à une réelle cohabitation des diversités.

ii) Les mauvais traitements infligés par les autorités sri lankaises aux Tamouls

Le programme nationaliste du gouvernement des années 70 a provoqué des émeutes raciales et des confrontations entre corps policiers et Tamouls faisant des centaines de milliers de victimes, essentiellement tamoules et difficilement dénombrables⁷⁰⁰. Les Nations Unies estiment

⁶⁹⁶ *Suresh c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 1.

⁶⁹⁷ L'embargo imposé par le gouvernement sri lankais dans la région nord-est a, bien sûr, laissé des territoires riches dans un état misérable. Voir sur la relance des provinces du nord, la monographie de Muttukrishna SARVANANTHAN, *Economy of the conflict region in Sri Lanka: From embargo to repression*, Washington, East-West Center, 2008.

⁶⁹⁸ Dominique VIDAL et Bertrand BADIE (eds.), « Pays du monde – statistiques », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁶⁹⁹ Le nombre de victimes durant les derniers mois est difficile à établir. Plusieurs sources indiquent des chiffres différents. Les Nations Unies estiment à plus de 300,000 les pertes humaines et se préoccupent particulièrement des civils décédés qui occupaient les zones de non-combat dans le nord du pays, territoire sous le contrôle du LTTE, pour la plupart des Tamouls. *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, par. 134. Voir également le rapport très discuté des autorités sri lankaises sur le nombre de pertes. NORTH EAST SECRETARIAT ON HUMAN RIGHTS (NESOHR), *Statistics on civilians affected by war from 1974-2004*, Colombo, January 2006, disponible à l'adresse URL suivante : <http://nesohr.org/old/> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁷⁰⁰ Neil DEVOTTA, *From Civil War to Soft Authoritarianism: Ethnonationalism and Democratic Regression in Sri Lanka*, London, Routledge, 2012, p. 245.

les pertes totales entre 40,000 victimes civiles Tamouls dans les derniers mois du conflit⁷⁰¹. Dans les trois dernières années du conflit, 6261 soldats auraient péri dans les attaques des rebelles⁷⁰². Toutefois, le sort des Tamouls par les autorités sri lankaises a de quoi perturber. Le bilan des personnes décédées et des blessés Tamouls excède 330,000. On s'aperçoit rapidement que les pertes civiles sont considérablement plus élevées par rapport aux soldats et aux combattants, et cette constatation est particulièrement vraie dans les derniers mois du conflit⁷⁰³.

Les organisations internationales s'entendent pour dire que les deux parties opposantes ont commis des crimes de guerre et crimes contre l'humanité⁷⁰⁴. Toutefois, le gouvernement sri lankais nie toute insinuation à la violation des droits de la personne, surtout à la fin de la guerre⁷⁰⁵. De leur côté, le LTTE a endossé la plupart des homicides à la bombe et des attentats terroristes contre la population civile et des cibles militaires et gouvernementales⁷⁰⁶. On ne peut imaginer ce qui advenait des prises d'otages et des prisonniers entre les mains des Tigres ou des forces armées sri lankaises. Quoi qu'il en soit, tous les Tamouls ne sont pas Tigres et ne participaient pas aux activités terroristes du LTTE : pour preuve, le nombre de réfugiés tamouls à travers le monde et surtout en Angleterre, aux États-Unis et au Canada⁷⁰⁷. Plus de 8,600 demandes d'asile du Sri Lanka devant la Commission canadienne de l'immigration et du statut de réfugié et près de 136,000 réfugiés reconnus à travers le monde⁷⁰⁸.

⁷⁰¹ Encore aujourd'hui, il est très difficile d'évaluer le nombre des pertes de civils et de combattants. Voir le *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, par. 137.

⁷⁰² Il s'agit d'une estimation du gouvernement publiée dans le «Sri Lankan army death revealed», London, *BBC News*, 22 May 2009. L'article rapporte jusqu'à 22,000 les décès du côté des militants rebelles. On ne rapporte pas le nombre de civils sri lankais décédé durant la guerre civile.

⁷⁰³ Le rapport onusien conclut à cet égard à la faute du gouvernement de ne pas avoir distingué les cibles civiles des cibles rebelles lors des attaques orchestrées par l'Armée. Le panel expert reproche également au gouvernement la disproportion des attaques contre les cibles tamoules qui visaient plus souvent les civils que les rebelles. *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, par. 196-200 et 201-203.

⁷⁰⁴ L'Organisation des Nations Unies confirme avec ce rapport ce que beaucoup d'ONG décriaient depuis longtemps. *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, PAR. Sur les nombreuses condamnations antérieures par les ONG, voir entre autres la lettre d'Amnistie International au Conseil de Sécurité : AMNESTY INTERNATIONAL, *Letter to the Security Council: The Situation in Sri Lanka*, New York, OR/2009.081, May 12, 2009 et le bulletin de la Croix-Rouge, INTERNATIONAL RED CROSS, « Sri Lanka », ICRC Bulletin, No. 02/2009, March 17, 2009.

⁷⁰⁵ Voir réponse diplomatique du Sri Lanka à l'annonce du rapport onusien dans « Sri Lanka rejects UN War crimes report, calls it unofficial », *Reuters*, 26 avril 2011.

⁷⁰⁶ *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, p. 65.

⁷⁰⁷ Voir le Haut-Commissariat pour les Réfugiés sur les réfugiés tamouls dans UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *2012 UNHCR Country operations profile – Sri Lanka*, Geneva, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.unhcr.org/pages/49e4878e6.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁷⁰⁸ Voir COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT POUR LE RÉFUGIÉ, *Sri Lanka: information sur les recours offerts aux Tamouls de Jaffna victimes de violations des droits de la personne, y compris les endroits où les plaintes*

À partir de 1983, suite au *Black July*, la condamnation par plusieurs organisations concernant les massacres des Tamouls et le traitement anti racial et persécuteur de la population cingalaise contre la minorité tamoule, interpelle la communauté internationale à se pencher sur le conflit opposant le gouvernement et les Tamouls⁷⁰⁹. Plusieurs efforts de rapprochement avaient été proposés et une première tentative de pacification entre les parties advint en 1985 en Norvège⁷¹⁰. Cette courte trêve ne dura pas et, en 1987, le gouvernement sri lankais repousse le LTTE à Jaffna dans le Nord et signe un accord avec l'Inde pour le déploiement des forces de l'ordre indiennes⁷¹¹. L'année suivante, l'aile nationaliste de gauche cingalaise commence une dure campagne contre l'accord des troupes indiennes. L'armée indienne quittera le Sri Lanka en 1990 après avoir affronté le LTTE dans le Nord⁷¹². Le départ des troupes indiennes accentuera les confrontations entre l'armée sri lankaise et le LTTE et marquera la deuxième guerre de l'Îlam pour les Tigres. Des milliers de Musulmans seront expulsés des territoires Nord et Est où vivent en majorité les Tamouls et les attaques du LTTE ne feront que s'intensifier.

En mars 2012, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies presse le Sri Lanka d'enquêter sur les crimes de guerre présumés commis dans la dernière phase du conflit de janvier 2009 jusqu'à la reddition des forces rebelles en mai 2009⁷¹³. Le Conseil onusien constitué de 47 membres s'est partagé le vote qui s'est soldé à 24 contre 15 membres, dont huit abstentions⁷¹⁴. Le vote en faveur de la tenue d'une enquête a permis au Conseil d'en appeler au gouvernement sri lankais à prendre « toutes les mesures nécessaires pour assurer le respect de ses obligations

peuvent être déposées (2010-juin 2011), Document d'information sur un pays de la CISR, Ottawa, LKA103784.EF, 15 septembre 2011 et le UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *2012 UNHCR Country operations profile – Sri Lanka*, Geneva, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.unhcr.org/pages/49e4878e6.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁷⁰⁹ À cet égard, le Canada a réagi rapidement en mettant sur pied un programme d'aide aux Tamouls présents au Canada suite au Black July. En effet, en septembre 1983, le gouvernement avait permis aux demandeurs d'asile, étudiants et détenteurs de visa de demander la résidence permanente. Pour un survol détaillé et chiffré sur les vagues migratoires des Tamouls au Canada dans les années 80 voir Arul S. ARULIAH, "Accepted on compassionate grounds: An admission profile of Tamil immigrants in Canada", *Refuge*, Vol. 14, No. 4, 1994, 10-14.

⁷¹⁰ Il s'agit des pourparlers à Thimpu. NORWEGIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION, *Pawns of Peace, Evaluation of Norwegian peace efforts in Sri Lanka, 1997-2009*, Oslo, 21 September 2011, p. 25.

⁷¹¹ C'est le *Indo-Sri Lanka Peace Accord*. Alan J. BULLION, *India, Sri Lanka and the Tamil crisis 1976-1994: An international perspective*, London, Pinter, 1995, pp. 103 et ss.

⁷¹² Alan J. BULLION, *India, Sri Lanka and the Tamil crisis 1976-1994: An international perspective*, London, Pinter, 1995, pp. 131 et ss.

⁷¹³ Dépêche du service d'information des Nations Unies daté du 22 mars 2012, à l'adresse URL suivante : <http://www.un.org/apps/news/fr/storyF.asp?NewsID=27848&Cr=Lanka&Cr1=> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁷¹⁴ L'Inde et les États-Unis ont voté contre Sri Lanka.

légales et son engagement d'initier des actions crédibles pour assurer la justice, l'équité la responsabilité et la réconciliation de tous les citoyens du Sri Lanka »⁷¹⁵. Le Sri Lanka s'oppose fermement à toute forme d'enquête et à la venue de la bureaucratie internationale sur son territoire en invoquant l'aliénation de sa souveraineté⁷¹⁶.

Aujourd'hui, malgré la fin du conflit, la représentativité des Tamouls sur la scène politique en 2010 et 2011 est pratiquement inexistante. En effet, le gouvernement refuse aux élus tamouls de siéger en chambre pour défendre les intérêts de la minorité déchue⁷¹⁷. Il semblerait que des négociations existent entre le gouvernement central et le parti tamoul, le *Tamil National Alliance* (TNA), aboutissant à une réforme constitutionnelle accordant, entre autres, les territoires ancestraux des Tamouls, soit la province du Nord-Est⁷¹⁸. Le TNA favorise cette solution, bien qu'il aurait voulu se voir accorder l'indépendance de ses territoires et une gestion autonome sur le plan politique. À ce jour, les Tamouls attendent toujours la réforme constitutionnelle en vertu du 18^e Amendement de la constitution sri lankaise⁷¹⁹.

De plus, aucune poursuite ne semble avoir été intentée contre les responsables des exactions commises durant la guerre, et l'impunité des personnes ayant violé les droits de la personne subsiste, tant du côté des anciennes forces combattantes tamoules que du côté gouvernement, lequel nie avoir perpétré de tels crimes. Le Sri Lanka n'a d'ailleurs pas signé ou ratifié le statut de Rome sur la création de la Cour pénale internationale⁷²⁰. À sa défense, le

⁷¹⁵ Dépêche du service d'information des Nations Unies datée du mars 2012, à l'adresse URL suivante : <http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=27848&Cr=Lanka&Cr1=> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Ce que l'Ambassadrice américaine pour les Nations Unies, Susan Rice, avait invité à faire au printemps 2011, voir sa déclaration Ambassador Susan Rice, U.S. Permanent representative to the United Nations, « Statement on the release of the UN Panel Experts' Report on Sri Lanka », New York, 25 avril 2011.

⁷¹⁶ « Sri Lanka rejects UN War Crimes Report, calls it unofficial », *Reuters*, 26 avril 2011.

⁷¹⁷ Selon *The Economist*, des stratégies de déplacement de population cingalaise vers le nord-est du pays seraient employées par le gouvernement afin de faire baisser la représentativité des Tamouls. *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, p. 111; « One country, two nations », *The Economist*, 27 novembre 2010 et U.S. DEPARTMENT OF STATE, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, *2010 Human Rights Report: Sri Lanka*, Washington, 8 April 2011.

⁷¹⁸ Gulbin SULTANA, « The situation in Sri Lanka: An update », dans *Institute for Defence Studies and Analyses*, IDSA Issue Brief, New Delhi, June 10, 2011, 1-9, pp. 2-3.

⁷¹⁹ Gulbin SULTANA, « 18th Amendment making a mockery of democracy in Sri Lanka », dans *Institute for Defence Studies and Analyses*, IDSA Comments, New Delhi, October 7, 2010. Disponible à l'adresse URL suivante : http://www.idsa.in/idsacomments/18thAmendmentMakingaMockeryofDemocracyinSriLanka_gsltana_071010 (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁷²⁰ On se réfère aux statuts constitutifs de la CPI et aux statuts de Rome. À propos des ratifications et sur le statut des négociations avec le Sri Lanka voir la fiche nationale préparée et mise à jour par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme, accessible à l'adresse URL suivante : <http://www.ohchr.org/EN/Countries/AsiaRegion/Pages/LKIndex.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

président Rajapaksa, devant la pression internationale, a mis sur pied une commission afin de jeter la lumière sur les exactions des derniers mois du conflit : *Lessons Learnt and Reconciliation Commission* (ci-après LLRC)⁷²¹. Un des points litigieux concerne la zone démilitarisée⁷²² et les attaques armées contre des centaines de civils s’y trouvant⁷²³.

La LLRC ne trouvant pas les autorités sri lankaises responsables, malgré la reconnaissance des attaques de l’armée, fut fortement critiquée de partialité et de ne pas avoir rencontré les standards internationaux d’enquête⁷²⁴. Toutefois, la LLRC accuse les politiciens cingalais et tamouls d’avoir initié la guerre civile. En effet, la LLRC conclut que la majorité cingalaise n’a pas réussi à trouver et à offrir une solution acceptable pour les Tamouls⁷²⁵. Du côté des représentants tamouls, les commissaires concluent que les politiciens de la minorité ont attisé le mouvement indépendantiste tamoul⁷²⁶.

Après les efforts de réinstallation des autorités, l’état d’urgence promulgué pendant plus de 27 ans au Sri Lanka a donc pris fin officiellement en août 2011, alors que le président Rajapaksa annonçait la levée des lois militaires et antiterroristes⁷²⁷. Toutefois, l’introduction de nouvelles lois admettant la détention arbitraire des personnes suspectées de crimes terroristes jette des doutes sur la réelle volonté du gouvernement à instaurer l’État de droit au Sri Lanka⁷²⁸.

En plus des stratégies politiques de réconciliation plutôt douteuses de la part du

Au moment de la reprise des combats, voir la réaction du gouvernement sri lankais dans HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Mission to Sri Lanka (14 to 21 December 2007)*, Report of the representative of the secretary-general on the human rights of internally displaced persons, Walter KALIN, submitted in accordance with Resolution 6/32 of the Human Rights Council, A/HRC/78/767/Add.4, 21 May 2008, par. 11.

⁷²¹ Le rapport de la Commission a été publié sur le site du gouvernement sri lankais à l’adresse suivante : <http://slembassyusa.org/downloads/LLRC-REPORT.pdf> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁷²² Premier Protocole Additionnel aux Conventions de Genève du 8 juin 1977, art 60.

⁷²³ Voir les critiques à ce sujet Gulbin SULTANA, “Lessons Learnt and reconciliation Committee Report”, dans *Institute for Defence Studies and Analyses*, IDSA Issue Brief, New Delhi, 1 February 2012, 1-9.

⁷²⁴ En particulier, la fiabilité des témoins et la partialité de ses derniers en faveur des autorités. Pour plus de détails sur les points faibles de l’enquête gouvernementale voir Gulbin SULTANA, “Lessons Learnt and reconciliation Committee Report”, dans *Institute for Defence Studies and Analyses*, IDSA Issue Brief, New Delhi, February 1st, 2012, 1-9.

⁷²⁵ GOVERNMENT OF SRI LANKA, *Report of the Commission of Inquiry on lessons learnt and reconciliation*, Colombo, November 2011.

⁷²⁶ GOVERNMENT OF SRI LANKA, *Report of the Commission of Inquiry on lessons learnt and reconciliation*, Colombo, November 2011.

⁷²⁷ *Report of the Secretary-General’s panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, p. 111 et “One country, two nations”, *The economist*, 27 November 2010.

⁷²⁸ *Report of the Secretary-General’s panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, p. 112 et Gulbin SULTANA, “The continuing state of emergency in Sri Lanka”, dans *Institute for Defence Studies and Analyses*, IDSA Comments, New Delhi, September 5, 2011, disponible à l’adresse URL suivante : http://www.idsa.in/idsacomments/TheContinuingStateofEmergencyinSriLanka_awedagedara_050911 (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

gouvernement, il faut considérer également le dernier rapport d'Amnistie internationale publié en octobre 2011 sur les arrestations et des interrogatoires policiers⁷²⁹. Ce rapport est probablement un des plus accablants sur les mauvais traitements et la torture infligés par les autorités sri lankaises aux Tamouls, et ce, encore aujourd'hui. Les exactions relatées dans le rapport d'Amnistie internationale, et qui sévissent toujours, sont également corroborées par plusieurs autres organisations dont *Human Rights Watch*, la Croix-Rouge et le *U.S. Country report*, etc.⁷³⁰ .

“Confessions are routinely extracted under torture by the police in order to “solve” cases. The police often extract confessions and then use prolonged administrative detention to investigate individuals for whom they lack sufficient evidence to charge. Failure to take action against errant law enforcement officers in Sri Lanka contributes to the ongoing problem of torture in Sri Lanka. Sri Lanka lacks an effective, independent system to investigate complaints of torture by law enforcement officers and punish wrongdoers. **The problem was compounded by a decision in 2006 to place the police under the jurisdiction of the Ministry of Defence, which blurred the already shaky divide between civil policing and military operations, and increased the level of executive pressure on the police.** LTTE suspects continue to be subjected to prolonged incommunicado detention without charge or trial, which increases the risk of torture. Many LTTE suspects are held in a variety of irregular, unofficial or secret places of detention, and have been victims of enforced disappearance and extrajudicial killings.”⁷³¹ [Nous soulignons.]

Généralement, certaines personnes sont sujettes à de mauvais traitements et soumises à des interrogatoires sous torture, afin d'obtenir d'elles des renseignements ou dans le but de les dissuader. Il s'agit des opposants perçus ou critiques du gouvernement en place, souvent des journalistes, mais aussi les conseillers et assistants de politiciens de l'opposition et des défenseurs des droits de la personne et activistes. Une deuxième catégorie s'inscrivant au tableau des victimes de détention arbitraire et d'interrogatoires forcés sont les nationaux sri lankais retournant dans leur pays après un séjour prolongé à l'extérieur. Évidemment, les demandeurs d'asile déboutés et retournés au Sri Lanka subissent le même sort. Enfin, il ne fait pas de doute que les personnes suspectées d'appartenir au LTTE courent un énorme risque de détention

⁷²⁹ Rapport utilisé dans le cartable national de la CISR, voir COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT POUR LE RÉFUGIÉ, *Cartable national d'information du Sri Lanka*, Ottawa, LKA103784.EF, 29 février 2012.

⁷³⁰ HUMAN RIGHTS WATCH, *War of the displaced - Sri Lanka and LTTE abuses against civilians in the Vanni*, HRW Report, New York, 1-56432-443-5, February 2009.

⁷³¹ AMNESTY INTERNATIONAL, *Sri Lanka: Briefing to Committee Against Torture*, AI Report, London, ASA 37/016/2011, October 2011, pp. 7-8.

arbitraire, en plus de se voir infliger des mauvais traitements et des méthodes de torture, afin d'obtenir des informations sur l'organisation et leur participation⁷³².

Dans un tel contexte, il semble évident que M. Suresh courait un grand risque d'être torturé à cause de sa présence prolongée au Canada. En effet, M. Suresh, qui est d'origine tamoule, est venu au Canada en 1990 et a reçu son statut de réfugié suite à une décision positive de la CISR en 1991. Certaines allégations de financement caritatif auprès du LTTE porteront le gouvernement canadien à émettre un avis d'expulsion contre M. Suresh en 1995. Cette décision administrative fut contestée par celui-ci et en 2001, la Cour suprême entendit l'affaire et décida de renvoyer le dossier devant les fonctionnaires pour une nouvelle analyse. M. Suresh vit toujours au Canada⁷³³.

À la lumière des rapports, il subsiste des risques de torture si M. Suresh devait être renvoyé. Il est important de souligner que de nombreux rapports d'organisations humanitaires ont été soumis dans son dossier à l'appui des risques de torture probants dans un éventuel retour au Sri Lanka par les autorités en place⁷³⁴. La Cour suprême en tient d'ailleurs compte en admettant que M. Suresh avait « établi *prima facie* qu'il court un risque sérieux de torture s'il est expulsé au Sri Lanka ». ⁷³⁵ La Cour suprême casse ainsi la conclusion du juge McKeown de la Cour fédérale, indiquant qu'il n'existe pas de motifs sérieux de torture pour M. Suresh⁷³⁶. On peut s'étonner de cette affirmation étant donné l'établissement d'un lien personnel entre M. Suresh et les risques de torture en cas de retour au Sri Lanka par l'agent d'immigration⁷³⁷.

⁷³² Confirmer aussi par la COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT POUR LE RÉFUGIÉ, « Sofie Rordam, *Sri Lanka: Police Torture As an Indicator of the Constitutional Degradation of the Rule of Law, Asian Human Rights Commission, 12 janvier 2011* », dans *Cartable national d'information du Sri Lanka*, Ottawa, LKA103784.EF, 29 février 2012 et COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT POUR LE RÉFUGIÉ, *Sri Lanka: Information sur le traitement réservé aux membres ou partisans présumés des Tigres de libération de l'Eelam tamoul (TLET), y compris sur le nombre d'entre eux qui sont en détention; information indiquant si le gouvernement continue de soumettre les Tamouls à un contrôle afin de repérer ceux qui sont soupçonnés d'avoir des liens avec les TLET (janvier 2010-21 janvier 2011)*, Document d'information sur un pays de la CISR, Ottawa, LKA103663.EF, 21 février 2011.

⁷³³ Étant données les conclusions de la Cour suprême sur le cas de M. Suresh qui ne constitue pas un cas exceptionnel qui justifierait le renvoi vers la torture, ainsi que les sources d'information rapportant l'usage, encore aujourd'hui, de la torture contre les sympathisants des Tigres et les membres, M. Suresh n'a jamais été renvoyé au Sri Lanka et tout indique qu'il n'a pas quitté le Canada.

⁷³⁴ Voir en particulier les interventions du HAUT-COMMISSARIAT POUR LES RÉFUGIÉS, Amnistie Internationale, le Conseil Canadien pour les Réfugiés et le *Federation of Associations of Canadian Tamils. Suresh c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3.

⁷³⁵ *Suresh c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 6.

⁷³⁶ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 865.

⁷³⁷ *Suresh c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 42. Nous verrons au chapitre 3, que des risques de torture ont été établis, mais que la sécurité nationale du Canada prévalait aux yeux du décideur final, le sous-ministre.

La perception négative à l'égard des Tamouls peut s'expliquer par les offensives spectaculaires et dévastatrices des combattants du LTTE qui faisaient souvent l'objet de la une des télé-journaux occidentaux. Les cibles souvent politiques et l'usage des kamikazes de jeunes hommes et femmes et d'enfants-soldats font ressortir l'horreur des exactions commises dans les lieux publics et affectant considérablement la population⁷³⁸. L'assassinat du ministre des Affaires étrangères, attribué au LTTE, marque la rupture de l'appui idéologique et financier de certains pays occidentaux à la cause des Tamouls⁷³⁹. En effet, le ministre Lakshman Kadirgamar fut tué chez lui le 12 août 2005 par un tireur isolé (*sniper*). L'ex-ministre Kadirgamar était un Tamoul très estimé par les diplomates étrangers, mais également fortement critiqué par le LTTE. En effet, la dernière année politique de Kadirgamar (2004-2005) fut dédiée à la condamnation des violations du LTTE et à son inscription sur la liste des groupes terroristes par la communauté internationale⁷⁴⁰.

Pourtant, aucune preuve n'a été trouvée contre de présumés fautifs appartenant aux Tigres⁷⁴¹. Le LTTE a nié son implication dans la mort du ministre des Affaires étrangères en affirmant que Kadirgamar avait déjà entaché la réputation du LTTE et que les Tigres ne pouvaient se permettre de briser le cessez-le-feu par son assassinat⁷⁴². En dépit du déni par le LTTE de la mort de Kadirgamar, la communauté internationale s'est ralliée à l'hypothèse gouvernementale et a attribué l'assassinat de l'ex-ministre au LTTE⁷⁴³. Les Tigres furent marginalisés et perdirent ainsi tout appui par les nations étrangères⁷⁴⁴. Cette défaite politique sur la scène internationale explique probablement l'inaction de la communauté internationale, lorsque les militaires sri lankais reprirent les armes en 2006 contre le LTTE à l'époque où les Tigres fermèrent l'accès du réservoir d'eau potable du Mavil Aru⁷⁴⁵.

⁷³⁸ *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, par. 177.

⁷³⁹ Pour plus de détails, voir la prochaine sous-section 2.2.2.

⁷⁴⁰ C'est grâce à l'intervention diplomatique de Kadirgamar que plusieurs pays et organisations, dont le Canada et l'Union européenne, signèrent la déclaration sur les groupes terroristes et introduisirent le LTTE dans leur liste. Pour plus de détails sur l'intervention diplomatique de Kadirgamar contre le LTTE, voir la prochaine sous-section.

⁷⁴¹ Voir l'article dans SOUTH ASIA, "No evidence on Kadirgamar suspects", *BBC Sinhala*, February 1st, 2006.

⁷⁴² SOUTH ASIA, "Tigers deny killing minister", *BBC Sinhala*, August 13, 2005.

⁷⁴³ SOUTH ASIA, "Foreign reactions to Sri Lanka assassination", *BBC News*, August 13, 2005.

⁷⁴⁴ Les rebelles avaient réussi à se rallier l'appui occidental dans les années 70 et 80, et n'eurent donc pas de problème financier l'approvisionnement en arme. Sur les stratégies de communication et idéologiques des rebelles et l'attrait pour la cause tamoule en Occident, voir Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, pp. 170-173.

⁷⁴⁵ Après le cessez-le-feu en 2002, le conflit du Mavil Aru aurait été le plus important entre l'Armée et les rebelles. La fermeture des eaux du Marvil Aru, le LTTE affectait la vie des communautés cingalaise, Musulmane et bien sûr

Enfin, l'absence des officiels du LTTE aux pourparlers de paix à Genève en avril 2006 a fait perdre beaucoup de crédibilité aux Tigres sur leurs intentions réelles de voir la paix se rétablir entre eux et le gouvernement⁷⁴⁶. Peu de temps après, l'attentat-suicide raté d'une femme Tigre de 21 ans et enceinte contre le commandant des forces armées sri lankaises eut une fin de non-recevoir par la communauté internationale qui condamna unanimement le LTTE⁷⁴⁷. Le printemps 2006 marque l'échec des négociations de paix et l'intensification des attaques du LTTE et de l'armée sri lankaise. À cette époque, la position de la communauté internationale contre le LTTE était claire et celle-ci offrit son soutien financier et militaire au gouvernement cingalais dans ses tentatives de terminer le conflit. L'Europe et le Canada seront les derniers à inscrire le LTTE sur la liste des groupes terroristes. La prochaine sous-section est entièrement consacrée à la compréhension des enjeux politiques entourant les listes des groupes terroristes adoptées par les pays occidentaux dans le but de faire cesser les activités criminelles en leur retirant le financement international. Ce sera l'occasion de mieux saisir le positionnement des États occidentaux et du gouvernement indien, à la fois, pour ou contre les rebelles. Nous verrons également les sanctions apportées suite à l'interdiction des entités terroristes, et ce, particulièrement après le 11 septembre 2001. Cette analyse mettra en évidence les jeux diplomatiques entre les États et les enjeux économiques qui s'y jouent. Nous croyons que cette politisation des conflits influence la compréhension des enjeux politiques et personnels du réfugié et se répercute dans l'interprétation des trames biographiques des réfugiés.

Sous-section 2.2.2 La liste des groupes terroristes : une question de politique internationale et entrechats diplomatiques

Les enjeux diplomatiques sont de taille lorsqu'un gouvernement doit régler les revendications d'une minorité en quête d'autonomie et d'indépendance quelles que soient les raisons qui la motivent⁷⁴⁸. Le baromètre financier est également sensible aux soubresauts

tamoule. NORWEGIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION, *Pawns of Peace, Evaluation of Norwegian peace efforts in Sri Lanka, 1997-2009*, Oslo, 21 September, 2011, pp. 60-64.

⁷⁴⁶ Sandeshaya, "UN ban on LTTE urged", *BBC Sinhala*, April 26, 2006. Voir également pour plus de détails NORWEGIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION, *Pawns of Peace, Evaluation of Norwegian peace efforts in Sri Lanka, 1997-2009*, Oslo, 21 September, 2011, pp. 90, 125 et point 3) p. 134.

⁷⁴⁷ Alex PERRY, "If this is called peace...", *Time Magazine*, April 30, 2006.

⁷⁴⁸ Sur le séparatisme et l'imposition du nationalisme par la majorité sur une minorité, nous retenons les auteurs suivants qui se sont intéressés de près de la question sri lankaise : Edgar O'BALLANCE, *The cyanide war: Tamil insurrection in Sri Lanka, 1975-88*, London, Brassey's, 1990 et A. Jeyaratnam WILSON, *Sri Lankan Tamil nationalism: its origins and*

politiques. Les indicateurs économiques sont donc les premiers à fluctuer devant une gestion incertaine. Les investissements étrangers se montreront frileux si quelque dispute nationale n'est pas vite réglée. Le Sud-asiatique est un marché croissant avec la présence imposante de l'Inde, sans compter la proximité du golfe persique par rapport au Sri Lanka. Ce positionnement est intéressant pour les Américains et d'autres puissances mondiales comme la Chine et la Russie. Évidemment, un pays comme le Sri Lanka fait rarement les manchettes de la presse économique et n'a pas de poids réel sur l'échiquier mondial⁷⁴⁹. La compréhension des relations internationales du Sri Lanka nous éclaire, toutefois, sur la position de certains pays, surtout ceux du Commonwealth en raison de la présence d'une communauté tamoule nombreuse l'étranger⁷⁵⁰.

Les affaires extérieures réfèrent généralement aux relations entretenues sur le plan diplomatique et commercial entre une nation et le reste du monde⁷⁵¹. La situation géographique de Sri Lanka impose des relations de proximité avec les pays du Sud-Asiatique et la Chine. Le Sri Lanka s'inscrit traditionnellement dans le Mouvement des non-alignés⁷⁵² et ne suit pas les acteurs principaux de la scène internationale que sont les États-Unis, la Russie, la Chine, l'Angleterre et l'Union européenne⁷⁵³.

Le Mouvement des non-alignés était une réponse au phénomène de bipolarisation provoqué par la Guerre froide entre les alliés des Américains contre le communisme et le bloc russe dicté par le rideau de fer et les coalitions communistes⁷⁵⁴. L'organisation représente

development in the Nineteenth and Twentieth centuries, Vancouver, British Columbia University Press, 2000 et une étude intéressante sur les perspectives des mouvements nationalistes basés sur les nouvelles théories sociales : Kristian STOKKE and Anne Kirsti RYNTVEIT, « The struggle for Tamil Eelam in Sri Lanka », *Growth and Change*, Vol. 31, Spring 2000, 285-304.

⁷⁴⁹ Le PIB par habitant au Sri Lankais était évalué à 5 220 \$ US en 2010. Consulter Dominique VIDAL et Bertrand BADIE (eds.), « Pays du monde – statistiques », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁷⁵⁰ Voir INTERNATIONAL CRISIS GROUP, *The Sri Lankan Tamil diaspora after the LTTE*, Asia Report No. 186, 23 February 2010.

⁷⁵¹ Nous nous inspirons de Bertrand Badie pour le cadre théorique des relations internationales, Bertrand BADIE, *La diplomatie de connivence : Les dérives oligarchiques du système international*, Paris, Les éditions La Découverte, 2011, voir en particulier le chapitre 3 sur *L'apparition d'un « système sans nom » (1989-)* et le chapitre 9 sur *Un système international anomique* qui traite des « conflits sans régulations » et des « crispations identitaires et tentions souverainistes ».

⁷⁵² La Conférence de Bandoeng en 1955 (18 au 25 avril 1955) marque la naissance politique du Tiers-Monde. Sur le mouvement des non-alignés consulter Eugène BERG, *Non-alignement et nouvel ordre mondial*, Paris, PUF, 1980 et plus récemment voir Tan SEE SENG, *Bandung revisited: The legacy of the 1955 Asian-African Conference for International Order*, Singapour, Singapour University Press, 2008.

⁷⁵³ Malgré son appartenance au Mouvement des non-alignés, le Sri Lanka bénéficie de plusieurs accords commerciaux avec la Chine, les Américains et l'Union européenne.

⁷⁵⁴ Serge CORDELLIER, « Non-alignement », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

aujourd'hui 55 % de la population mondiale et est constituée des deux tiers des membres de Nations Unies⁷⁵⁵. L'objectif du Mouvement est de contrecarrer la polarisation des grandes puissances mondiales. Dans sa déclaration constitutive⁷⁵⁶, l'organisation définit son objectif principal en ces termes :

« [A]ssurer l'indépendance nationale, la souveraineté, l'intégrité territoriale et la sécurité des pays non-alignés dans leur lutte contre l'impérialisme, le colonialisme, le néocolonialisme, la ségrégation, le racisme et toute forme d'agression étrangère, d'occupation, de domination, d'interférence ou d'hégémonie de la part de grandes puissances ou de blocs politiques. » [*Déclaration de la Havane, 1979, préambule.*]

C'est donc une occasion pour les pays du Tiers-Monde de se regrouper et de se solidariser entre eux. Avec la fin de la guerre froide, le Sri Lanka a pu améliorer ses relations publiques avec les acteurs principaux. Ce fut également l'opportunité de renforcer ses liens diplomatiques, économiques et surtout militaires avec l'Inde, le Bangladesh, la Russie, les États-Unis, la Chine, le Pakistan, le Japon, la Malaisie, la Corée du Sud et l'Union européenne⁷⁵⁷.

En plus d'être membre du Mouvement des non-alignés, le Sri Lanka fait partie du *Commonwealth of Nations*, le *South Asian Association for Regional Cooperation* (SAARC), la Banque mondiale, le Fond monétaire international, le *Asian Development Bank* et le *Colombo Plan*⁷⁵⁸. Ce sont là des initiatives essentiellement économiques qui visent la relance de l'économie sri lankaise⁷⁵⁹. Ses relations avec l'ASEA (*Association of Southeast Asian Nations*), l'Union africaine et la Ligue arabe en témoignent.

L'objectif avoué du gouvernement sri lankais est évidemment l'unification forte,

⁷⁵⁵ Selon le site officiel à l'adresse URL suivante : <http://www.namegypt.org/> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁷⁵⁶ Le texte est tiré de Eugène BERG, *Non-alignement et nouvel ordre mondial*, Paris, PUF, 1980, p. 92. Sur la représentation mondiale, voir Cedric GRANT, « Equity in Third World relations: a third world perspective », *International Affairs*, vol. 71 (3), 1995, 567-587.

⁷⁵⁷ Alan J. BULLION, *India, Sri Lanka and the Tamil crisis 1976-1994: An international perspective*, London, Pinter, 1995, pp. 66 et ss.

⁷⁵⁸ Le Colombo Plan est une organisation régionale qui vise le renforcement économique et le développement social de ses membres, essentiellement les pays de la région Asie-Pacifique. Fondée en 1950, l'organisation fut revampée en 1995. Sur l'histoire du Colombo Plan voir Daniel OAKMAN, (2nd eds), *Facing Asia: a history of the Colombo Plan*, Canberra, (2nd eds), The Australian National University press, 2010.

⁷⁵⁹ Il va sans dire que les régions nord-est sont les plus affectées et requièrent une intervention particulière de relance économique. Voir la monographie très documentée de Muttukrishna SARVANANTHAN, *Economy of the conflict region in Sri Lanka: From embargo to repression*, Washington, East-West Center, 2008.

indépendante et puissante de sa nation⁷⁶⁰. Son intégrité territoriale est primordiale et les revendications des Tamouls furent toujours rejetées et malvenues de la part du gouvernement central. De plus, le Sri Lanka participe activement à la création d'un paravent sécuritaire afin d'assurer une plus grande sécurité dans la région du Sud-asiatique, surtout sur le plan maritime⁷⁶¹.

La Chine constitue le plus grand fournisseur d'armes de l'armée sri lankaise, bien que l'Inde participe également à fournir des armes et une technologie militaire plus avancées⁷⁶². Une étroite collaboration existe entre l'Inde et le Sri Lanka dans la lutte contre le terrorisme⁷⁶³. Cette alliance s'est fortifiée avec la position de l'Inde à partir de 1985⁷⁶⁴, lorsque le premier ministre Rajiv Gandhi a favorisé le gouvernement sri lankais vers la fin des années 80⁷⁶⁵. Des liens religieux et historiques existent également entre la petite île, le Bangladesh et le Pakistan.

La position géographique du Sri Lanka, à la frontière du golfe Persique ou golfe Arabique, est un atout pour l'approvisionnement en énergie. En effet, le GCC (*Gulf Cooperation Council*)⁷⁶⁶ et l'Iran sont les principaux fournisseurs d'énergie sur l'île⁷⁶⁷. L'importante

⁷⁶⁰ Sur les problèmes internes qui guettent toujours le Président dans son projet d'unification, voir Neil DEVOTTA, *From Civil War to Soft Authoritarianism: Ethnonationalism and Democratic Regression in Sri Lanka*, London, Routledge, 2012, voir l'introduction, aux pages 1-9. Voir également l'ouvrage le plus récent sur la question ethnique au Sri Lanka dans Daniel BASS, *Everyday ethnicity in Sri Lanka. Up-country Tamil identity politics*, London, Routledge, 2013.

⁷⁶¹ Le Common Security Umbrella in the Indian Ocean regrouperait le Sri Lanka, le Burma, l'Inde, les Maldives, les îles Maurices et Singapour, surtout sur le plan maritime et contre la piraterie. Voir JAYADEVA UYANGODA AND SUNIL BASTIAN, "State responsiveness to public security needs: The politics of security decision-making, Sri Lanka Country Study", *Conflict, Security and Development Group*, King's College, London, No. 15, June 2008.

⁷⁶² Nilanthi SAMARANAYAGE, "Are Sri Lanka's relations with China deepening? An analysis of economic, military, and diplomatic data", *Asian Security*, vol. 7 (2), 2011, 119-146, p. 120.

⁷⁶³ Pour une excellente revue des relations entre l'Inde et le Sri Lanka, mais aussi la position ambiguë de l'Inde avec le LTTE voir Alan J. BULLION, *India, Sri Lanka and the Tamil crisis 1976-1994: An international perspective*, London, Pinter, 1995. Plus récemment consulter Nilanthi SAMARANAYAKE, "Are Sri Lanka's relations with China deepening? An analysis of economic, military, and diplomatic data", *Asian Security*, vol. 7 (2), 2011, 119-146. Du même auteur consulter également Nilanthi SAMARANAYAGE, "The United States should strengthen ties with the smaller countries of South Asia", *Asia Pacific Bulletin*, no. 129, September 2011.

⁷⁶⁴ Sur les tentatives de rapprochement entre les deux partis initiées par l'Inde, voir Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 125.

⁷⁶⁵ Nous référons ici au rapprochement Rajiv Gandhi-Jayawardene et à l'accord qui s'en suivit en juillet 1987, le *Indo-Sri Lanka Peace Accord*. Beaucoup ont écrit sur ce sujet, voir entre autres Alan J. BULLION, *India, Sri Lanka and the Tamil crisis 1976-1994: An international perspective*, London, Pinter, 1995, pp. 103 et ss., l'article de M.L. MARASINGHE, "Ethnic politics and constitutional reform: The Indo-Sri Lankan Accord", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 37, No. 3, July 1988, 551-587 et S.K. HENNAYAKE, "The peace accord and the Tamil in Sri Lanka", *Asian Survey*, Vol. 29, No. 4, April 1989, 401-415.

⁷⁶⁶ Il s'agit des six États entourant le Golf Persique, soit l'Arabie Saoudite, les Émirats Arabes, le Qatar, le Kuwait, le Bahreïn et l'Oman. Consulter l'excellent collectif en la matière Anoushiravan EHTESHAMI and Steven WRIGHT, *Reform in the Middle East oil monarchies* (3rd eds), London, I.H.A.C.a Press, 2011, en particulier le chapitre 10, p. 217 et ss.

⁷⁶⁷ Plus de 90 % de l'huile consommée par le Sri Lanka provient aujourd'hui de l'Iran, le pays asiatique qui importe le plus grand pourcentage de son énergie avec le GCC. Voir les statistiques de consommation d'énergie publiées par le

communauté cingalaise se trouvant dans la Péninsule arabe reflète les étroites relations économiques et militaires entre le Sri Lanka et les pays du golfe Persique⁷⁶⁸. Les États-Unis tentent aujourd'hui de persuader le Sri Lanka d'investir dans les ressources énergétiques de l'Inde, partenaire américain en matière nucléaire⁷⁶⁹.

On ne pourra s'étonner de voir en tête de liste les États-Unis et l'Angleterre dans les partenaires commerciaux les plus importants pour le Sri Lanka⁷⁷⁰. La présence d'une large communauté ainsi que l'emplacement géographique du Sri Lanka offrent des possibilités stratégiques au plan militaire pour les Américains et les Anglais⁷⁷¹. Toutefois, les erreurs politiques dans la course au nationalisme furent fatales au Sri Lanka, qui encore aujourd'hui doit se reconstruire⁷⁷².

Il ne fait aucun doute que des groupes comme le LTTE s'affichent eux-mêmes comme des organisations prônant la terreur et des méthodes de violence condamnables. Par conséquent, la présence du LTTE sur la liste des organisations terroristes nous semble justifiée. La question qui retient notre attention porte sur la perception des exactions posées par un groupe ou un gouvernement qui peuvent être interprétées comme justes ou injustes (légitime défense versus agression). L'accession à l'auto-détermination des peuples se fait souvent avec la prise des armes et dans la violence⁷⁷³. Un gouvernement en place est rarement condamné par la communauté

International Energy Agency à l'adresse URL suivante : <http://www.iea.org/stats/> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Le Sri Lanka n'est pas membre de l'IEA, mais il existe des statistiques détaillées sur la consommation du Sri Lanka et les sources d'énergie (les plus récentes remontent à 2009).

⁷⁶⁸ Consulter le INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Staff country report*, No. 06/447, Washington D.C., December 2006, pp. 27-29.

⁷⁶⁹ En 2012, l'Inde, la Chine et la Russie voudraient prendre une part du marché : Charles HAVILAND, « Sri Lanka's potential oil reserves spark global interest », BBC News, Colombo, 12 March 2012.

⁷⁷⁰ Respectivement 20,6 % et près de 13 % d'export. L'Inde seulement 4,5 %. Toutefois, les États-Unis encouragent le Sri Lanka à conclure un accord pour l'approvisionnement énergétique indien. Pour comprendre la politique internationale des Américains en Asie voir le collectif Michael K. CONNORS, Remy DAVISON and Jorn DOSCH, *The new global politics of the Asia-Pacific* (3rd eds), New York, Routledge, 2011. En effet, les Américains ont signé une entente sur l'énergie nucléaire avec l'Inde et veulent favoriser l'expansion de ce marché.

⁷⁷¹ Nilanthi SAMARANAYAGE, "The United States should strengthen ties with the smaller countries of South Asia", *Asia Pacific Bulletin*, no. 129, September 2011.

⁷⁷² Pour une étude approfondie du chauvinisme du gouvernement sri lankais voir Edgar O'BALLANCE *The cyanide war: Tamil insurrection in Sri Lanka, 1973-88*, London, Brassey's, 1989 et sur les mises en garde d'une politique nationaliste encore présente voir Neil DEVOTTA, *From Civil War to Soft Authoritarianism: Ethnonationalism and Democratic Regression in Sri Lanka*, London, Routledge, 2012.

⁷⁷³ Allen BUCHANAN, *Justice, legitimacy and self-determination: moral foundations for international law*, Oxford, Oxford University press, 2007 et Antonio CASSESE, *Self-determination of peoples: a legal reappraisal*, Cambridge University Press, 1999. Nous soulignons l'approche théorique de Kristian Stokke et de Anne Kirsti Ryntveit qui veut que les études sur les mouvements nationalistes doivent être comprises à travers une perspective des mouvements sociaux et suivre une construction tridimensionnelle : le lieu, l'espace et le « sense of place » (l'appartenance). Il ne faut plus se baser sur les notions traditionnelles que sont la création des nations, le territoire, les États-Nations et le

internationale, sauf dans les rares cas de la Bosnie et du Rwanda, après que des génocides furent commis contre un groupe racial minoritaire. Le cas du Sri Lanka est délicat puisque les Tamouls, en raison de leur culture martiale, ont réagi et se sont radicalisés très rapidement, mais le gouvernement central porte lui aussi le chapeau du blâme dans ce conflit meurtrier.

Il faut donc se demander à quel moment on devient terroriste et aux yeux de qui on le devient. Cette interrogation soulève une autre difficulté, comme l'exprime le rapporteur spécial aux Nations Unies, Kalliopi K. Kouka : « The most problematic issue relating to terrorism and armed conflict is distinguishing terrorists from lawful combatants »⁷⁷⁴. Appliquer la définition juridique du terrorisme n'est pas en soi difficile ni pour le LTTE ni même pour les groupes radicaux du mouvement Khalistan comme la Fédération internationale de la jeunesse sikhe. C'est le passage de la condamnation au niveau politique qui marque la mise en œuvre des sanctions diplomatiques, économiques et militaires. Les stratégies de sécurité se sont développées et raffinées au cours de la dernière décennie. En effet, la réaction internationale la plus vive sur les plans militaires et juridiques en matière de terrorisme fut celle qui suivit les attaques du 11 septembre 2001⁷⁷⁵. Les Nations Unies ont répondu avec la création d'un Comité contre le terrorisme (CCT)⁷⁷⁶ à l'intérieur du même mois et l'Union européenne par une stratégie concertée sur la sécurité en 2003 après plusieurs attentats et menaces en Espagne et en Angleterre⁷⁷⁷.

On doit bien sûr dénoncer les méthodes et les interventions violentes des Tamouls radicaux et du LTTE, mais il faut réagir aussi devant une réponse militaire étatique

colonialisme national, mais sortir de cette réduction et s'inspirer des théories des nouveaux mouvements sociaux, celles de la mobilisation des ressources et celles des identités collectives. Voir Kristian STOKKE and Anne KIRSTI RYNTVEIT, « The struggle for Tamil Eelam in Sri Lanka », *Growth and Change*, Vol. 31, Spring 2000, 285-304. Particulièrement sur la question des minorités à l'intérieur de la création de nouveaux états (ceux de l'ex- URSS sont étudiés par l'auteur), nous avons trouvé utile la réflexion de Thomas D. MUSGRAVE, *Self-determination and national minorities*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

⁷⁷⁴ SUB-COMMISSION ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS, *Terrorism and Human Rights*, Final Report of the Special Rapporteur, Kalliopi K. KOUFA, submitted under agenda item 6(c) on Specific Human Rights issues: New Priorities, in Particular Terrorism and Counter Terrorism, GE.04-14677 (E) 160704 E/CN.4/Sub.2/2004/40, 25 June 2004.

⁷⁷⁵ La dernière attaque terroriste en importance remontait en 1985, au Canada, lors de l'explosion du vol *Air India*. Des liens avaient été établis entre les fautifs et la cause Khalistan. Nous y reviendrons.

⁷⁷⁶ En vertu de la Résolution 1373 (2001) adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 28 septembre 2001.

⁷⁷⁷ La stratégie de l'Union contre le terrorisme fut adoptée seulement en 2005. Toutefois, au mois de mai 2003, le Haut Représentant et Secrétaire Général du Secrétariat du Conseil de l'Europe fut chargé de rédiger un document définissant une « approche européenne commune de la sécurité mondiale sur la base des menaces existantes ». Le plan de sécurité fut adopté par le Conseil de l'Europe à la fin de l'année 2003 et comporte le terrorisme comme faisant partie d'une des cinq menaces à la sécurité. Consulter le document CONSEIL DE L'EUROPE, « Une Europe sûre dans un monde meilleur », Stratégie européenne de sécurité, Bruxelles, 12 décembre 2003.

disproportionnée contre les Tamouls⁷⁷⁸. D'ailleurs, le droit humanitaire condamne la réponse militaire exagérée pour freiner la rébellion⁷⁷⁹. Les forces armées n'utilisent pas généralement des moyens de terreur pour combattre les dissidents, mais bien une suprématie en nombre et en stratégie militaire souvent assistée par d'autres nations⁷⁸⁰. Par conséquent, les crimes qui sont reprochés aux autorités sri lankaises sont tout aussi condamnables en vertu du droit humanitaire (crimes de guerre et crimes contre l'humanité) que les Tigres et violent les critères éthiques d'humanité du droit de la personne⁷⁸¹.

Bref, il devient pertinent de s'intéresser à l'organisation du groupe terroriste et à la chronologie des événements du conflit (point i), afin de comprendre ce qui a poussé les États à bannir le LTTE et les sanctions qui ont été imposées aux rebelles (point ii).

i) Les ramifications du LTTE à l'étranger : organisation d'un financement continu et d'approvisionnement en armes et le rôle de l'ex-ministre des Affaires étrangères, Kadirgamar, dans le bannissement du LTTE

Selon l'*International Institute for Strategic Studies*, spécialisé dans l'étude des conflits militaires et des questions de sécurité, le LTTE était l'organisation terroriste la mieux organisée au monde⁷⁸². La hiérarchie de commandement pyramidale, simple et efficace, participe probablement à cette conclusion. Le financement et l'appropriation des armes sont les deux éléments déterminants à la survie d'une organisation de combattants. S'ajoute la propagande et les moyens de transport pour assurer la réception des armes dans les zones de combat⁷⁸³. Le

⁷⁷⁸ Pensons au terrible Black July en 1983.

⁷⁷⁹ C'est une référence directe à un concept fondamental en droit humanitaire, le principe de proportionnalité en droit coutumier, voir dans le Protocole additionnel I de 1977, article 51, alinéa 5b).

⁷⁸⁰ Notons que le droit humanitaire interdit l'usage de la menace comme celle de menacer une attaque contre la population civile dans le but principal de répandre la terreur (Protocole additionnel I de 1977, article 51 par. 2) ou encore d'annoncer qu'il n'y aura pas de quartier dans une attaque prochaine (Protocole additionnel I de 1977, article 40), c'est-à-dire qu'il ne sera épargnée personne au moment des attaques.

⁷⁸¹ *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, chap. IV, section D-E.

⁷⁸² INTERNATIONAL INSTITUTE FOR STRATEGIC STUDIES, *Sri Lanka's civil war*, Strategic comments, Vol. 14, Issue 3, April 2008. L'IISS est un centre de recherche spécialisé sur les conflits armés fondé à Londres. L'institut s'affiche comme indépendant et impartial, il se finance essentiellement par l'accession au membership corporatif et individuel. L'organisation efficace du LTTE est confirmée par Dwight HAMILTON and Kostas RIMSAS, *Terror threat: International and homegrown terrorists and their threat to Canada*, Toronto, Dundurn Press, 2007, p. 110, surtout dans la deuxième moitié des années 80 et dans les années 90.

⁷⁸³ Il est intéressant de noter l'autofinancement des organisations de combats, comme le souligne le collectif très intéressant de Karen Ballentine et Jake Sherman qui offre une lecture différente de l'économie politique des conflits internes. Les auteurs identifient comme nouveau facteur dans la donne politique, l'autofinancement des rebelles, des groupes paramilitaires et des gouvernements. Ils associent ce nouveau phénomène aux changements politiques et

bannissement d'une organisation rebelle par l'inscription de cette dernière sur la liste des groupes terroristes mine non seulement la réputation de celle-ci et coupe les sources de financement et d'approvisionnement d'armes et de vivres⁷⁸⁴.

Le LTTE a commencé à développer son réseau international dès sa création, au début des années 70⁷⁸⁵. Ce faisant, il a créé un vaste réseau de financement grâce au support de politiciens et de Tamouls bien nantis tant au Sri Lanka qu'à l'étranger. Ces interventions eurent de grandes retombées et, en 1978, le *World Tamil Coordinating Committee* (WTCC) fut constitué⁷⁸⁶. Ce réseau international, qui marqua sa présence dans plus de 42 pays à son apogée, avait pour fonction de trouver le financement sous le couvert de diverses organisations caritatives ou politiques et de se procurer des armes⁷⁸⁷.

Il va sans dire que la diaspora tamoule, comme il a été souligné, a joué un rôle crucial dans les capacités des rebelles à poursuivre le combat pour l'indépendance de leur territoire⁷⁸⁸. Toutefois, cette diaspora, bien que sympathique à la cause d'indépendance, ne répondait pas

économiques sur la scène internationale (nouvelles puissances, ouverture de nouveaux marchés, l'ascension asiatique, la fin de la bipolarisation provoquée par la Guerre froide, etc.) Ce collectif étudie également le cas du Sri Lanka. Voir Karen BALLENTINE and Jake SHERMAN (eds.), *The political economy of armed conflict : Beyond greed and grievance*, London, Lynne Rienner Publisher, 2003, en particulier le chapitre 8 de Rohan Gunaratna sur le LTTE.

⁷⁸⁴ Il s'agit du *Designated list of terrorist groups*.

⁷⁸⁵ Dwight HAMILTON and Kostas RIMSA, *Terror threat: International and homegrown terrorists and their threat to Canada*, Toronto, Dundurn Press, 2007, le chapitre dédié au LTTE: chapter 7 Cat Fight – Intelligence file: Liberation Tigers of Tamil Eelam, pp. 109-122. Sur un fond clairement pro-sécuritaire, affichant une condamnation claire du LTTE, mais l'étude examine en profondeur les ramifications et l'organisation des rebelles.

⁷⁸⁶ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, "Leader of U.S. arm of Sri Lankan terrorist group arrested for providing material support to terrorists", News release, Washington D.C., 25 April 2007. Voir en annexe, le diagramme de la formation des rebelles au Sri Lanka et à l'étranger (Annexe D).

⁷⁸⁷ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR STRATEGIC STUDIES, *Sri Lanka's civil war*, Strategic comments, Vol. 14, Issue 3, April 2008. Organisation caritative comme le *Tamil Rehabilitation Organisation* dont les fonds furent gelés par l'intervention du gouvernement américain en 2007. Voir HOUSE COMMITTEE ON FINANCIAL SERVICES, *Testimony of Daniel L. Glaser, Deputy Assistant Secretary (Terrorist Financing and Financial Crimes) from the U.S. Department of the Treasury*, before the Subcommittee on Oversight and Investigations, Washington D.C., May 26, 2010. p.8. Sur l'implication du LTTE dans le trafic de narcotiques en Amérique du Sud, voir Pamala L. GRISSET and Sue MAHAN, *Terrorism in perspective* (2 ed.), London, Sage publications, 2007, chapter 3. L'institut canadien Mackenzie offre également des études et des analyses approfondies sur les sources de financement du LTTE, voir entre autres John C. THOMPSON and Joe TURLEJ, *Other People's war : A review of overseas terrorism in Canada - A Mackenzie Institute occasional paper*, Toronto, DIANE publishing company, June 2003, p. 47.

⁷⁸⁸ Par exemple, le *World Tamil Committee* et le *Federation of Associations of Canadian Tamils* ont développé au Canada plusieurs sous comités caritatifs permettant un financement pour les rebelles. Voir THE MACKENZIE INSTITUTE, "Funding Terror: The Liberation Tigers of Tamil Eelam and their Criminal Activities in Canada and the Western World", Mackenzie Briefing Notes, December, 1995. <http://pdf.edocr.com/3396e330692c0396edad12ebff090e8bc6b63d37.pdf>

toujours à l'appel des ressources financières des rebelles⁷⁸⁹. Au contraire, le LTTE pour s'approvisionner dut utiliser la force et l'extorsion auprès des Tamouls réfugiés à l'étranger. Ceci est particulièrement vrai vers la fin du conflit, à partir de la levée du cessez-le-feu en 2008, ou encore en 2005-2006 au moment de la condamnation internationale du LTTE⁷⁹⁰. Par conséquent, des menaces faites par les rebelles concernant le vol des biens laissés derrière ou encore pour assurer la sécurité des membres de la famille toujours au Sri Lanka faisaient partie du chantage opéré par les Tigres auprès de la diaspora⁷⁹¹.

L'approvisionnement des armes, pour la plupart dans la clandestinité, devait se faire par bateau, sans quoi les rebelles ne pouvaient recevoir les armes et les explosifs. Les ports et les points de chute devaient donc subir un contrôle soutenu de la part de l'Armée cingalaise afin de lui assurer la victoire. Divers pays et organisations ont ravitaillé le LTTE durant les 27 ans de combat. L'Afghanistan, par voie de la frontière Indo-pakistanaise et grâce à la coopération du parti du Tamil Nadu au port de Chennai, le Liban, Chypre et Singapour furent les premiers à fournir et à collaborer avec les rebelles dans le début des années 80⁷⁹². Quand l'Inde retira son appui au LTTE, suite à l'assassinat de Rajiv Gandhi, le Myanmar, la Thaïlande, la Malaisie et le Cambodge devinrent des lieux d'approvisionnement du LTTE⁷⁹³. Vers la fin des années 90, c'est la Corée du Nord qui fournira aux rebelles en armes et en explosifs⁷⁹⁴.

Le dernier envoi d'armes fut expédié en mars 2009, à la fin du conflit. Le cargo *Princess Iswari*, parti de l'Indonésie vers la Corée du Nord, retourna chargé d'armes dans les eaux

⁷⁸⁹ Voir Karen BALLENTINE and Jake SHERMAN (eds.), *The political economy of armed conflict : Beyond greed and grievance*, London, Lynne Rienner Publisher, 2003, en particulier le chapitre 8 de Rohan Gunaratna sur le cas des Tigres et spécifiquement la pression exercée par les Tigres sur la diaspora, afin de financer la rébellion.

⁷⁹⁰ INTERNATIONAL CRISIS GROUP, *The Sri Lankan Tamil diaspora after the LTTE*, Asia Report No. 186, 23 February 2010, pp. 5-8.

⁷⁹¹ Tactiques relevées surtout en 2005 et 2006 et à la fin de la guerre, voir HUMAN RIGHTS WATCH, *Funding the "Final War": LTTE intimidation and extortions in the Tamil Diaspora*, HRW report, Canada/United Kingdom, Vol. 18, No. 1(C), 14 March 2006 et sur la fin de la guerre voir INTERNATIONAL CRISIS GROUP, *The Sri Lankan Tamil diaspora after the LTTE*, Asia Report No. 186, 23 February 2010. Il existe également de nombreuses allégations d'extorsion pour les Tamouls expatriés qui retournent au Sri Lanka visiter leur famille. Dans le cas de Suresh, celui-ci semble recueillir des fonds pour le LTTE, de son propre aveu, ce qui le placerait dans une catégorie différente de celle des gens qui subissent de l'extorsion ou du chantage.

⁷⁹² John C. THOMPSON and Joe TURLEJ, *Other People's war : A review of overseas terrorism in Canada - A Mackenzie Institute occasionnal paper*, Toronto, DIANE publishing company, June 2003, p. 46.

⁷⁹³ L'Inde autrefois défendait la cause tamoule et LTTE, voir Alan J. BULLION, *India, Sri Lanka and the Tamil crisis 1976-1994: An international perspective*, London, Pinter, 1995, pp. 98-99.

⁷⁹⁴ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR STRATEGIC STUDIES, *Sri Lanka's civil war*, Strategic comments, Vol. 14, Issue 3, April 2008.

internationales près du Sri Lanka⁷⁹⁵. Les armes ne parvinrent jamais aux rebelles à cause des blocages militaires. L'artillerie fut jetée à l'eau et le nom du cargo changé pour *MV Ocean Lady* qui prit à son bord 76 ressortissants tamouls et gagna les côtes canadiennes en octobre 2009⁷⁹⁶.

Le LTTE compte également parmi les premières organisations à utiliser des moyens de combat tristement connus par les kamikazes civils porteurs d'explosifs à la taille ou sur la poitrine⁷⁹⁷. L'unité spéciale chargée des attaques suicides se faisait appeler les *Black Tigers*. Selon le gouvernement sri lankais, plus de 378 kamikazes ont participé à des attaques entre 1987 et 2008, sur ce nombre on compte 104 femmes⁷⁹⁸.

Il est fort probable que le LTTE négociait avec d'autres organisations terroristes surtout en ce qui concerne le trafic d'armes illégal du Myanmar, de la Thaïlande et du Cambodge⁷⁹⁹. Des liens ténus semblaient également exister avec des organisations terroristes islamiques et avec la Palestine, tels que le Front populaire pour la libération de la Palestine⁸⁰⁰. Enfin, le LTTE entretenait des liens avec les groupuscules radicaux du mouvement pour le Khalistan⁸⁰¹.

Pour savoir comment le LTTE s'est retrouvé sur la liste des organisations terroristes, il faut se pencher sur l'intervention de l'ex-ministre des Affaires étrangères au Sri Lanka, Kadirgamar. Kadirgamar fut repêché en politique à partir de la liste électorale du parti

⁷⁹⁵ Gamage BANDULAHEWA, "Tamil migrant ship M/V Sun Sea will arrive Canada by Aug 14th", *Asian Tribune*, 4 August 2010.

⁷⁹⁶ En plus du *M/V Sun Sea* qui accosta en septembre 2010. Voir introduction de cette section 2.2.

⁷⁹⁷ Selon le FBI, le LTTE ont inventé la ceinture explosive, voir Preeti BHATTACHARJI, "Liberation Tigers of Tamil Eelam (aka Tamil Tigers) (Sri Lanka, separatists)", Background paper, dans *Council on Foreign Relations*, 20 May 2009 (last update), disponible à l'adresse suivante : <http://www.C.F.R.org/terrorist-organizations/liberation-tigers-tamil-eelam-aka-tamil-tigers-sri-lanka-separatists/p9242#5> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Voir également l'analyse collective sur les tactiques et les objectifs poursuivis par les terroristes dans Michael E. BROWN, Owen R. COTÉ Jr., Sean M. LYNN-JONES and Steven E. MILLER (eds.), *Contending with terrorism – Roots, strategies, and responses*, Massachusetts, MIT Press, 2010, p. 83.

⁷⁹⁸ GOUVERNEMENT OF SRI LANKA, *Humanitarian operation – factual analysis, July 2006-May 2009*, Ministry of Defence, 1 August 2011, par. 68. Voir l'article sur une terrible réalité de Peng WANG, "Women in the LTTE: Birds of Freedom or Cogs in the Wheel?", (2011) 4(1) *Journal of Politics and Law* 100–108.

⁷⁹⁹ Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 170.

⁸⁰⁰ Preeti BHATTACHARJI, "Liberation Tigers of Tamil Eelam (aka Tamil Tigers) (Sri Lanka, separatists)", Background paper, dans *Council on Foreign Relations*, 20 May 2009 (last update), disponible à l'adresse suivante : <http://www.C.F.R.org/terrorist-organizations/liberation-tigers-tamil-eelam-aka-tamil-tigers-sri-lanka-separatists/p9242#5> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Bhattacharji, Preeti (21 July 2008 (updated)). Voir également l'article de Rashmee Z. AHMED, "Osama hand in glove with LTTE", *The Times of India*, 22 September 2001.

⁸⁰¹ Pamala L. GRISET and Sue MAHAN, *Terrorism in perspective* (3 ed.), London, Sage publications, 2012, pp. 222 et ss.

nationaliste, le *People's Alliance*, en 1994⁸⁰². Dès son arrivée en politique, il fut nommé ministre des Affaires étrangères, poste qu'il conservera jusqu'en 2001, lors de la défaite du *People's Alliance*. Kadirgamar joua un rôle décisif dans l'interdiction du LTTE sur la scène internationale⁸⁰³. En effet, c'est à travers les voies diplomatiques que se discutent les positions et les intérêts des pays et que des coalitions se forment entre eux.

Kadirgamar était d'origine tamoule, issu d'une famille catholique⁸⁰⁴. Ses origines ne l'empêcheront pas de condamner le LTTE et la cause de l'indépendance des Tamouls. Il supportera farouchement la politique du gouvernement Bandaranaike en s'opposant à toute négociation avec les rebelles au moment de l'échec des pourparlers de paix en 1995⁸⁰⁵. Il est également responsable de l'inscription par les États-Unis et l'Angleterre du LTTE sur la liste des groupes terroristes, à la fin des années 90⁸⁰⁶. Cette décision des Américains et des Anglais limitera l'action du LTTE, puisque le financement de la cause rebelle sera par le fait même interdit⁸⁰⁷.

En 2001, après la défaite politique du *People's Alliance*, Kadirgamar occupera tout de même le poste de conseiller spécial aux affaires étrangères auprès du bureau du Président de 2001 à 2004⁸⁰⁸. Kadirgamar, en campagne ouverte contre le LTTE, accusera même les médiateurs norvégiens de favoriser la cause des Tigres⁸⁰⁹. En 2004, suite à la victoire du parti nationaliste gouvernant sous la nouvelle bannière du *United People's Freedom Alliance*, Kadirgamar fut pressenti au poste de Premier ministre, mais poursuivra son action diplomatique contre le LTTE à

⁸⁰² Sur le rôle de Kadirgamar nous avons consulté deux sources : Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009 et surtout Adam ROBERTS (ed.), *Democracy, Sovereignty and Terror: Lakshman Kadirgamar on the foundations of international order*, London, I.B. Tauris, 2012.

⁸⁰³ Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 165 et Adam ROBERTS, *Democracy, Sovereignty and Terror: Lakshman Kadirgamar on the foundations of international order*, London, I.B. Tauris, 2012.

⁸⁰⁴ Adam ROBERTS (ed.), *Democracy, Sovereignty and Terror: Lakshman Kadirgamar on the foundations of international order*, London, I.B. Tauris, 2012, pp. 37-38.

⁸⁰⁵ Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, pp. 162-163

⁸⁰⁶ Adam ROBERTS (ed.), *Democracy, Sovereignty and Terror: Lakshman Kadirgamar on the foundations of international order*, London, I.B. Tauris, 2012, p. 62.

⁸⁰⁷ La grande majorité de la diaspora tamoule se trouve en effet en Angleterre et aux États-Unis, de même que les réseaux les plus importants pour la défense de la cause de l'indépendance tamoule ont été créés par les rebelles dans ces pays.

⁸⁰⁸ À l'époque où le Président et le Premier Ministre sont de deux partis différents.

⁸⁰⁹ Sur les critiques d'impartialité des négociateurs norvégiens en faveur des rebelles, voir Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, pp. 192-194 et 196-197.

titre de ministre des Affaires étrangères, et ce, jusqu'à sa mort⁸¹⁰. Le rôle de Kadirgamar fut donc déterminant dans l'inscription du LTTE sur la liste des groupes terroristes en Occident⁸¹¹.

La désignation illégale du LTTE est donc une arme diplomatique et économique qui positionne les parties opposées et leurs alliés. Le Sri Lanka condamnera le LTTE seulement à partir de 1998, quelques mois après les États-Unis, malgré des actes terroristes commis depuis le début des années 80. Cette condamnation advient au moment où le LTTE ciblera le temple bouddhiste Dalada Maligawa, un endroit vénéré et sacré par les bouddhistes depuis le 16^e siècle⁸¹². Pour donner du poids à la mission de Kadirgamar et probablement pour se garder dans les faveurs américaines, le gouvernement sri lankais devait suivre⁸¹³. Le gouvernement sri lankais, alors pris avec deux partis au pouvoir, retirera sa condamnation internationale en 2002 pour garantir le cessez-le-feu avec les rebelles et la reprise des pourparlers de paix⁸¹⁴. En effet, le LTTE avait énoncé le désir de se rendre en Norvège à titre d'organisation légale. Le gouvernement Sri Lanka voulait démontrer sa volonté d'entamer les pourparlers sur un pied d'entente. À cette époque, l'Inde, les États-Unis et l'Angleterre répondront que la décision du gouvernement sri lankais n'affecterait pas leur décision⁸¹⁵.

En janvier 2009, l'Armée sri lankaise après avoir libéré plusieurs passages maritimes stratégiques (par exemple le *Elephant Pass* au Nord) et pénétré les territoires de l'Est portera le gouvernement à interdire de nouveau le LTTE. Cette décision stratégique de bannir le LTTE avait pour motifs de dissuader les partisans à la cause et de couper, bien sûr, le financement aux

⁸¹⁰ Adam ROBERTS (ed.), *Democracy, Sovereignty and Terror: Lakshman Kadirgamar on the foundations of international order*, London, I.B. Tauris, 2012, pp. 49-60.

⁸¹¹ Adam ROBERTS (ed.), *Democracy, Sovereignty and Terror: Lakshman Kadirgamar on the foundations of international order*, London, I.B. Tauris, 2012, pp. 61-68.

⁸¹² Selon Asoka Bandarage, ce qui attire l'attention internationale sur les méthodes de terreur utilisées par le LTTE et le besoin de les condamner fut l'assassinat de Neelan Tiruchelvam, un politicien modéré TULF qui travailla pour la cause tamoule. Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, pp. 165-166.

⁸¹³ Kadirgamar avait en effet cherché l'alliance avec l'administration Clinton (1993-2001) dans la lutte du Sri Lanka contre la cause indépendantiste. Les États-Unis ont également fourni une aide financière considérable au gouvernement sri lankais durant le conflit. Adam ROBERTS (ed.), *Democracy, Sovereignty and Terror: Lakshman Kadirgamar on the foundations of international order*, London, I.B. Tauris, 2012, pp. 65-67.

⁸¹⁴ NORWEGIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION, *Pawns of Peace, Evaluation of Norwegian peace efforts in Sri Lanka, 1997-2009*, Oslo, 21 September 2011, pp. 34 et ss.

⁸¹⁵ Ravi LADDUWAHETTY and Manjula FERNANDO, "Peace talk team for Thailand finalised : Government lifts LTTE proscription", *Daily News*, 5 September 2002.

rebelles⁸¹⁶. L'opposition sera contre cette décision qui minait, à son avis, toute possibilité de discussion à la table des pourparlers pacifiques⁸¹⁷. Certains critiques accuseront le gouvernement de ne croire qu'en la solution militaire au lieu de la solution démocratique⁸¹⁸. Quant à eux, les États-Unis, forts de cette condamnation, dissuaderont l'avenue des négociations avec le LTTE, au motif qu'il est impossible de négocier avec des terroristes⁸¹⁹. De son côté, l'Union européenne⁸²⁰ préviendra le gouvernement sri lankais contre des exactions disproportionnées à l'encontre du LTTE et encouragea jusqu'à la fin la voie diplomatique⁸²¹.

ii) Condamnation internationale et sanctions économiques et militaires : Inde (1992), États-Unis (1997), Angleterre (1998), Canada et Union européenne (2006)

À ce jour, 32 pays ont banni le LTTE en le désignant comme une organisation terroriste⁸²². Le premier pays à proscrire le LTTE fut son ancien allié dans la lutte pour l'indépendance et voisin du Nord : l'Inde. En effet, à partir de 1992 l'Inde bannira le LTTE après le conflit opposant le corps policier indien et le LTTE, et ce, surtout après l'assassinat de Rajiv Gandhi en 1991⁸²³. Rajiv Gandhi, fils d'Indira Gandhi, avait repris le contrôle du gouvernement indien après l'assassinat de sa mère en 1984 par ses gardes de corps sikhs. Premier ministre de 1984 à 1989, Rajiv Gandhi s'opposa politiquement et militairement à plusieurs reprises contre le

⁸¹⁶ Channa KASTURISINGHE, "LTTE ban: step towards law and order in regained areas", *The Nation*, 11 January 2009.

⁸¹⁷ NORWEGIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION, *Pawns of Peace, Evaluation of Norwegian peace efforts in Sri Lanka, 1997-2009*, Oslo, 21 September 2011, p. 64 et ss.

⁸¹⁸ Channa KASTURISINGHE, "LTTE ban: step towards law and order in regained areas", *The Nation*, 11 January 2009.

⁸¹⁹ Les relations entre le Sri Lanka et les États-Unis se sont toutefois dégradées à partir de la fin de l'année 2009, lorsque les missions américaines ont rapporté des violations graves aux droits de la personne et crimes de guerre du gouvernement sri lankais. Voir pour plus de détails, le rapport américain préparé pour les membres du Congrès U.S. CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *Sri Lanka: Background and U.S. Relations*, CRS Report for Congress, K. Alan KRONSTADT and Bruce VAUGHN, RL31707, 04 juin 2009, June 4, 2009, voir également la version plus courte mais mise à jour de U.S. CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *Sri Lanka: Background and U.S. Relations*, CRS Report for Congress, Bruce VAUGHN, RL31707, 16 juin 2011.

⁸²⁰ Ce qui n'a pas empêché les États-Unis de retirer leur financement à la fin du conflit devant les exactions commises par le gouvernement sri lankais : Congressional notification of the suspension of MCC funds to Sri Lanka <http://www.mcc.gov/documents/cn-121307-eligiblecountries.pdf> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁸²¹ Channa KASTURISINGHE, "LTTE ban: step towards law and order in regained areas", *The Nation*, 11 January 2009 et COUNCIL OF EUROPE, "The European Union firmly believes that only a peacefully negotiated settlement can ensure a lasting solution acceptable to all" disponible à l'adresse URL suivante: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/C.F.sp/89790.pdf. (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁸²² *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, par. 67.

⁸²³ En vertu du *Unlawful Activities (Prevention) Act*, India.

LTTE⁸²⁴. Cette position s'explique tout d'abord, parce que l'Inde avait peur que les revendications d'autonomie des Tamouls au Sri Lanka viennent se répercuter sur la communauté indienne tamoule située au sud, celle du *Tamil Nadu*⁸²⁵. Échaudée par le conflit sikh, l'Inde craignait en effet que les leaders du *Tamil Nadu* expriment eux aussi leur désir d'indépendance ; un gouvernement a de quoi trembler devant 60 millions d'habitants tamouls en Inde⁸²⁶ !

Sur le plan militaire, en 1988, grâce au déploiement de 1,600 soldats et sur invitation du gouvernement maldivien d'intervenir⁸²⁷, l'Inde renversa le coup d'état des Maldives, organisé par Abdullah Luthufi et assisté par 80 mercenaires du *People's Liberation Organisation of Tamil Eelam* (PLOTE)⁸²⁸. Ce fut ensuite au gouvernement sri lankais de demander l'aide au Premier ministre indien qui envoya ses *Indian Peace Keeping Forces* (IPKF) sur l'île. En 1987, les IPKF devaient assurer la paix et apaiser les émeutes raciales entre les Cingalais et les Tamouls. Ce fut tout le contraire et le retrait prématuré des troupes indiennes marqua le début des hostilités armées et organisées du LTTE contre le gouvernement en place⁸²⁹. D'ailleurs, l'ancien brigadier Palsokar, qui dirigea les forces du maintien de la paix, affirma vers la fin du conflit en 2009 que le IPKF n'aurait pas dû venir au Sri Lanka, mais une fois sur place les forces n'auraient pas dû, non plus, se retirer aussi rapidement⁸³⁰.

Les Américains suivront le pas en 1997 en désignant le LTTE comme organisation terroriste étrangère⁸³¹. Cette désignation sera reconduite en 2001 sur un nouveau registre mis en place deux semaines après les événements du 11 septembre 2001, par le Président George W.

⁸²⁴ Rohan Gunaratna, *International & Regional Security Implications of the Sri Lankan Tamil Insurgency*”, dans *AABC for International Studies*, 1998.

⁸²⁵ Rohan Gunaratna, *Indian Intervention in Sri Lanka, The Role of India's Intelligence Agencies*, Colombo, Singapour, South Asian Network on Conflict Research, 1994, p 421-422.

⁸²⁶ L'indépendance du Tamil Nadu est proposée par les partis dits Dravidian. Darvidia Nadu provient de ce peuple ancien qui occupait le sud de l'Inde des siècles avant notre ère et qui est l'ancêtre des Tamouls sri lankais. Voir entre autres, les mesures du gouvernement central mise en place pour contrer la recrudescence des mouvements nationalistes en particulier dans le Tamil Nadu à la fin des années 70. Voir Rajni KOTHARI, *Politics in India*, New Delhi, Orient Longman, (reprinted) 2005, pp. 333-335.

⁸²⁷ L'opération Cactus débuta dans la nuit du 3 novembre 1988. Après deux tentatives ratées du renversement du gouvernement militaire, la communauté internationale commença à s'inquiéter de la situation aux Maldives.

⁸²⁸ Kapoor SUBODH, *The Indian Encyclopaedia*, New Delhi, Cosmo Publications, 2002, pp. 5310-5311.

⁸²⁹ Gamini Dissanayake ministre senior sri lankais avait des relations avec les plus hautes autorités à New Delhi et a joué un rôle crucial dans l'adoption de l'accord entre Rajiv Gandhi et Jayawardene, Peace Accord of July 1987. Voir A. Jeyaratnam WILSON, *Sri Lankan Tamil nationalism: its origins and development in the Nineteenth and Twentieth centuries*, Vancouver, British Columbia University Press, 2000, pp. 148-151.

⁸³⁰ Vishakha SHARMA, “IPKF should not have been sent to Sri Lanka”, *Pune Mirror*, 24 April 2009. Voir aussi K.T. RAJASINGHAM, “Sri Lanka: The untold story – Chapter 43: Aftermath of the Indian withdrawal”, *Asia Times*, 8 June 2002.

⁸³¹ Dans ce qui s'appelait à l'époque le *Foreign terrorist organizations* (FTO).

Bush⁸³². Cette première condamnation occidentale aura certainement eu pour effet de lancer un appel auprès des autres pays occidentaux et de donner un soutien politique et économique au gouvernement sri lankais⁸³³.

Le *Specially Designated Global Terrorist* (SDGT) est une liste créée en vertu du *U.S. Executive Order 13224*⁸³⁴. Le SDGT fait probablement office de référence dans le monde occidental, puisqu'il fut une des premières mesures mises en place après les événements du 11 septembre⁸³⁵. Les entités interdites sont administrées et mises en œuvre par le OFAC (*the Office of Foreign Assets Control*) du ministère des Finances américain⁸³⁶. La liste comprend des groupes, des compagnies, mais aussi des individus qui ont commis ou qui présentent un « grand risque » de commettre des actes de terrorisme⁸³⁷. Toutefois, la liste va plus loin que la commission perpétrée ou présumée des actions terroristes, elle vise également les entités qui fournissent un soutien, des services ou de l'aide auprès des groupes terroristes⁸³⁸.

Parmi les sanctions appliquées, afin de bloquer les sources de financement, on retrouve, dans le programme américain des sanctions contre le terrorisme, le gel des fonds bancaires, l'interdiction de transactions financières, la constitution de compagnies et l'arrêt des activités commerciales, le trafic de narcotique, les réseaux organisés, le blanchiment d'argent et la traite des diamants. Il existe aussi des sanctions visant directement des États comme certains pays des

⁸³² Mise en oeuvre grace à l'*Executive Order 13224* bloquant les propriétés terroristes en vertu de *Terrorism Sanctions Regulations (Title 31 Part 595 of the U.S. Code of Federal Regulations)*, *Terrorism List Governments Sanctions Regulations (Title 31 Part 596 of the U.S. Code of Federal Regulations)*, and *Foreign Terrorist Organizations Sanctions Regulations (Title 31 Part 597 of the U.S. Code of Federal Regulations)*.

⁸³³ Steve Mann était à l'époque le *State Department Director for India and South Asia*, il a confirmé la condamnation du LTTE. Voir entre autres U.S. GOVERNMENT, *Political crisis in South Asia: Pakistan, Bangladesh, Sri Lanka and Nepal*, Hearing before the Subcommittee on the Middle East and South Asia of the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, First Session, August 1, 2007, Serial No. 110-132. Sur le financement accordé au Sri Lanka, en 2009 et 2011, consulter le U.S. CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *Sri Lanka: Background and U.S. Relations*, CRS Report for Congress, Bruce VAUGHN, RL31707, 16 June 2011.

⁸³⁴ Il s'agit des Title 31, Parts 595, 596, and 597 of the U.S. Code of Federal Regulations, among other U.S. laws and regulations.

⁸³⁵ Pour plus de détails, consulter le quatrième chapitre, à la sous-section 4.1.1.

⁸³⁶ Consulter le site de l'OFAC à l'adresse URL suivante : <http://www.treasury.gov/about/organizational-structure/offices/Pages/Office-of-Foreign-Assets-Control.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁸³⁷ Ce critère de grand risque est généralement prévu dans la plupart des lois post 2001 et comporte un danger si son interprétation est trop large ou abusive. Voir l'excellent collectif canadien Patrick MACKLEM, Ronald J. DANIELS and Kent ROACH (eds.), *The security of freedom – Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2002. Une bonne partie du chapitre 3 abordera les difficultés et les risques des pouvoirs attribués à la lutte contre le terrorisme.

⁸³⁸ Pour limiter l'action des groupes terroristes, surtout sur le plan financier, les groupes ou personnes visés tombent sous le coup des programmes de sanction au terrorisme. Pour connaître les sanctions applicables et les mises à jour, il faut consulter le site officiel à l'adresse URL suivante : <http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/terror.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

Balkans, le Belarus, l'Iran, l'Iraq, le Liban, le Yémen, le Zimbabwe et la Somalie, et récemment la Syrie⁸³⁹.

Du côté européen, l'Angleterre sera le deuxième pays à emboîter le pas, après les Américains, en bannissant le LTTE en 2000. En effet, le *Proscribed terrorist groups* contient les organisations et groupes qui sont suspectés de terrorisme⁸⁴⁰. Il existe trois critères essentiels pour qu'un acte soit considéré une violation terroriste : (1) la violence de l'acte doit correspondre à niveau sérieux de danger contre une personne ou une propriété, (2) cette violation doit être commise dans le but d'influencer le gouvernement ou d'intimider la population, et (3) le but poursuivi par les criminels est d'ordre politique, religieux ou idéologique⁸⁴¹. Ces éléments constitutifs du crime de terrorisme sont également ceux qu'utilisent la plupart des pays européens⁸⁴². L'Union européenne décidera d'une politique commune en mai 2005 pour contrer le terrorisme⁸⁴³.

L'Europe des 27 a condamné le LTTE comme organisation terroriste le 29 mai 2006⁸⁴⁴. Le Parlement européen est venu à la conclusion que le LTTE était une fausse représentation collective des aspirations des Tamouls et qu'une solution démocratique s'imposait, afin de donner

⁸³⁹ Consulter la page à jour du site officiel américain à l'adresse URL suivante : <http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/Programs.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Voir également le *Specially Designated National List* disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/SDN-List/Pages/default.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁸⁴⁰ Voir le *Proscribed Terrorist Organization* publié par le gouvernement anglais en vertu du *Terrorism Act of 2000*, ch. 11, 21.7.2000. Les critères suivants sont considérés lorsqu'un groupe est soupçonné avoir commis ou de commettre ou de promouvoir le terrorisme : "the nature and scale of an organisation's activities; the specific threat that it poses to the UK; the specific threat that it poses to British nationals overseas; the extent of the organisation's presence in the UK; and the need to support other members of the international community in the global fight against terrorism."

⁸⁴¹ La loi anglaise intitulée *Terrorism Act of 2000*, ch11, 21.7.2000, art. 1(1).

⁸⁴² Voir quelques exemples cités au quatrième chapitre, à la sous-section 4.1.1.

⁸⁴³ Pour soutenir les efforts de l'Union européenne, le Conseil de l'Europe a révisé son cadre juridique de lutte contre le terrorisme. Le texte de la Convention : <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/196.htm#ANX> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Voir également *European Convention on the Suppression of Terrorism*, opened for signature, in Strasbourg, ETS No. 90, on 27 January 1977 et Protocol amending the European Convention on the Suppression of Terrorism, opened for signature in Strasbourg on 15 May 2003 (ETS No. 190). Une liste d'organisations terroristes fut également adoptée par le Conseil européen en 2001 : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:023:0037:01:EN:HTML> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁸⁴⁴ Voir *European Union list of terrorist groups and individual in 2008 and 2009*. Consulter EUROPEAN UNION COUNCIL, *Council Common Position 2005/847/C.F.SP updating Common Position 2001/931/C.F.SP on the application of specific measures to combat terrorism and repealing Common Position 2005/725/C.F.SP*, Official Journal of European Union, L 314/41, 30 November 2005. Voir également les précisions et interprétations de la position commune dans Kristina THORNE, *Terrorist designation in the European Union*, Background paper, June 2006.

la voix aux peuples du Nord-est dans le cadre d'un pluralisme politique⁸⁴⁵. Dans sa déclaration initiale, le parlement confirmait ce qui suit :

“The decision of the EU to list the LTTE should come as a surprise to nobody. Several warnings have already been provided to the LTTE, which the LTTE has systematically ignored. In its statement of September 27, 2005 (12669/1/05) the EU stated that “it was actively considering the formal listing of LTTE as a terrorist organisation”. **The EU then called upon all parties to show commitment and responsibility towards the peace process and to refrain from actions that could endanger a peaceful resolution and political settlement of the conflict. Unfortunately, this appeal has gone unheeded.** The decision of the EU to list the LTTE is based on the actions of that organisation. The EU still sees a need for the LTTE to amend its violent course and return to peace talks, and will maintain its dialogue with the LTTE where such contacts, in the pursuit of the peace process, may help to bring about a return to negotiations and an end to violence. Listing the LTTE will not diminish the EU’s determination to play its role as one of the Tokyo co-chairs. The EU stresses that its decision is directed at the LTTE, and not at the Tamil people.”⁸⁴⁶ [Nous soulignons.]

Le Canada inscrira le LTTE sur sa liste d’entités le 8 avril 2006, un mois avant l’Union européenne qui tentait de faire avancer les pourparlers de paix⁸⁴⁷. Ce retard du Canada par rapport aux autres nations occidentales lui vaudra quelques vives critiques⁸⁴⁸. La présence d’une forte communauté tamoule et influente au Canada expliquerait cette décision tardive⁸⁴⁹. L’autorité du Gouverneur général en conseil de créer une liste des entités engagées dans le terrorisme ou le facilitant provient de l’article 83.05 du *Code criminel*, adopté le 18 décembre 2001, après les attaques du 11 septembre. Les entités sont révisées par le ministre de la Justice et le Juge en chef de la Cour fédérale⁸⁵⁰.

⁸⁴⁵ EUROPEAN UNION COUNCIL, “Declaration by the Presidency on behalf of the European Union concerning listing of the LTTE as a terrorist organization”, P 078/06, Brussels, 31 May 2006.

⁸⁴⁶ EUROPEAN UNION COUNCIL, “Declaration by the Presidency on behalf of the European Union concerning listing of the LTTE as a terrorist organization”, P 078/06, Brussels, 31 May 2006, par. 2

⁸⁴⁷ Le Canada inscrira d’abord le LTTE sur sa liste des entités terroristes en 2006, puis le 13 avril 2008, le Canada ajoutera à sa liste d’entités le *World Tamil Movement* par une annonce faite par le ministre de la Sécurité Publique, Stockwell Day. Consulter la page à jour du site officiel du ministère de la Sécurité publique à l’adresse URL suivante : <http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/ntnl-scr/cntr-trrsm/lstd-ntts/crrnt-lstd-ntts-eng.aspx#2047> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁸⁴⁸ Voir entre autres Dwight HAMILTON and Kostas RIMSA, *Terror threat: International and homegrown terrorists and their threat to Canada*, Toronto, Dundurn Press, 2007, p. 17.

⁸⁴⁹ Pour une revue de l’actualité des réactions de la communauté tamoule au Canada, voir le dossier de la CBC à l’adresse URL suivante : <http://www.cbc.ca/gsa/?q=tamil> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁸⁵⁰ Pour plus de détails sur l’adoption des mesures anti-terroristes, voir le troisième chapitre, à la sous-section 3.2.2.

Les peines prévues au *Code criminel* sont très graves. Une peine d'emprisonnement de 10 ans s'applique pour quiconque supporterait financièrement et sciemment le LTTE. Pour ceux qui organiseraient des collectes de fonds ou participeraient autrement à « faciliter » le travail des LTTE, les fautifs sont passibles de 14 ans d'emprisonnement. On peut s'interroger sur les victimes d'origine tamoule qui sont forcées de contribuer au LTTE pour assurer la protection de leurs proches ou de leurs biens immobiliers. Les renseignements secrets avaient conclu dans le cas de M. Suresh qu'il recueillait des fonds pour le LTTE, ce qui le place dans la deuxième catégorie. Pour se défendre, M. Suresh allégera qu'il finançait une organisation caritative s'intéressant à la cause tamoule⁸⁵¹.

L'adoption des mesures contre le terrorisme au lendemain des événements du 11 septembre 2001 avait pour but de donner une réponse musclée à la tragédie des victimes et à l'attaque des symboles du capitalisme et de l'Occident⁸⁵². Ces mesures ont fait couler beaucoup d'encre et sont encore aujourd'hui contestées par les défenseurs des droits de la personne. En effet, ces derniers trouvent exagérée l'ampleur des pouvoirs policiers et militaires que confèrent ces lois à tous les corps gouvernementaux opérant dans les sphères frontalières ou d'échanges d'information. Les lois à la lutte contre le terrorisme feront l'objet d'un examen au troisième chapitre.

Dans le conflit sri lankais, comme dans la plupart des guerres civiles, la responsabilité des exactions est partagée. D'un côté, la condamnation du LTTE pour les violations contre la population cingalaise et le gouvernement en place est justifiée, de l'autre la mauvaise gouvernance d'une cohabitation pacifique entre la population cingalaise et la minorité tamoule jette le blâme sur l'administration sri lankaise. Le Sri Lanka, sous l'attention scrupuleuse des Nations Unies, porte aujourd'hui l'opprobre d'une participation à la perpétration de crimes de guerre contre les Tamouls⁸⁵³. La dernière sous-section de ce chapitre nous permettra de conclure sur le critère de la factualité en mettant en perspective les trames historiques des Sikhs et des Tamouls et l'échec de leur tentative de revendication à une plus grande autonomie devant des

⁸⁵¹ Consulter le troisième chapitre, à la sous-section 3.2.2, en particulier le point ii) analysera dans le détail les prétentions de M. Suresh.

⁸⁵² Dwight HAMILTON et al., *Inside Canadian intelligence: Exposing the new realities of espionage and international terrorism*, Toronto, Dundurn Press, 2006 et Kent ROACH, September 11: consequences for Canada, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003.

⁸⁵³ Voir précédemment le rapport onusien : *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011.

gouvernements centralistes. La juxtaposition des réalités historiques des Sikhs en Inde et des Tamouls au Sri Lanka soulignera l'importance de la compréhension géopolitique des conflits internes et du lien personnel avec les ressortissants de ces pays, lorsqu'une demande d'asile est présentée aux décideurs administratifs.

Sous-section 2.2.3 La lutte à l'auto-détermination des Sikhs du Nord de l'Inde et des Tamouls du Sri Lanka : entre l'explosion du vol 182 *Air India* en 1985 et les attentats du 11 septembre 2001

On peut se poser plusieurs questions sur le critère de factualité et sur la caractérisation des groupes terroristes. Une conclusion certaine se dégage de l'étude des circonstances ayant mené messieurs Singh et Suresh à revendiquer le statut de réfugié, c'est l'importance de l'interprétation des faits biographiques et historiques dans la compréhension des enjeux entourant la détermination du statut de réfugié. Les obstacles à une connaissance historique objective et juste sont nombreux, et la compréhension réelle des événements biographiques du réfugié devient encore plus difficile à cerner. Valluy identifie quelques difficultés à la détermination du statut de réfugié. Aux fins de cette analyse, nous retenons la « superficialité de la procédure d'examen faute de moyens d'instruction et [le] caractère expéditif de l'évaluation à chaque étape de la procédure »⁸⁵⁴. La procédure de détermination en place force les décideurs à se demander si le demandeur les a convaincus, au lieu de poser la bonne question : « s'agit-il d'un vrai réfugié? ». Nous ajoutons la partisanerie et les stratégies de désinformation utilisées par les gouvernements en situation de crise, qui désirent accéder à l'aide humanitaire, et le soutien économique, dans la gestion des conflits ethniques des pays occidentaux. La connaissance historique permet également de saisir la mise en œuvre des interdictions sur la base de la participation à des activités jugées dangereuses pour l'intégrité d'un pays⁸⁵⁵. Ainsi, la condamnation des organisations terroristes semble, comme nous l'avons précisé plus tôt, participer d'un jeu diplomatique d'accords et d'alliance, qui s'est amplifiée après le 11 septembre 2001.

Cette sous-section fera un retour sur l'histoire sikhe en traitant, cette fois-ci, de la

⁸⁵⁴ Voir Jérôme VALLUY, *Rejet des exilés – Le grand retournement du droit d'asile*, Broissieux, Éditions du Croquant, 2009, en particulier la section intitulée « Juger l'exil en situation d'ignorance », aux pages 116 et suivantes. Nous reviendrons sur l'aspect sécuritaire et ses ramifications dans le jugement administratif de la détermination du statut de réfugié dans le troisième chapitre.

⁸⁵⁵ Ces interdictions qui comprennent le terrorisme et des actes criminels graves seront étudiées dans la prochaine section.

radicalisation du mouvement Khalistan, condamné sur la scène internationale plus de 15 ans après sa création, et ce, particulièrement dans la vague des interdictions qui ont suivi le 11 septembre 2001 (point i). Le deuxième point portera sur la question délicate de l'inaccessibilité à l'auto-détermination des minorités en s'interrogeant sur les échecs de l'entreprise sikhe et les Tamouls (point ii). Cette dernière sous-section est donc l'opportunité de conclure sur le critère de factualité démontrant la difficile entreprise d'une juste interprétation historique et factuelle dans un contexte de réprobation générale. Cet éclairage nous amènera à faire le pont avec l'analyse constitutionnelle des affaires *Singh* et *Suresh* au chapitre suivant.

i) Prohibition du mouvement Khalistan (Fédération internationale de la jeunesse sikhe et le Babbar Khalsa) et la manipulation du sentiment ethnique des minorités en Inde

Le mouvement du Khalistan, pour la sécession du Pendjab, fut banni respectivement à partir de 2001 par l'Angleterre, en 2002 par l'Inde, en 2003 par le Canada, par les États-Unis en 2004⁸⁵⁶. Le Canada fut particulièrement touché par la cause des Sikhs en raison de la forte présence sikhe sur le territoire nord-américain et surtout par la tragique explosion du vol 182 d'*Air India* en 1985. L'attentat à la bombe d'un vol civil en 1985 est une des premières manifestations terroristes en Amérique du Nord. Malgré l'envergure des pertes causées par le mouvement Khalistan contre le vol 182 (total des personnes décédées : 329), l'Occident n'y a toutefois pas vu l'occasion de réprimer les activités terroristes de façon concertée et musclée⁸⁵⁷. Comme il a déjà été précisé, ce sont les Américains qui initieront une nouvelle ère en déclarant la « guerre au terrorisme » en 2001, après la chute des tours jumelles à New York et des tentatives d'explosion d'autres cibles américaines⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ Voir *Ministry of Home Affairs (India); Proscribed Terrorist List (UK); Currently listed terrorist entities (Canada) and Special Designated Terrorist List (USA)*.

⁸⁵⁷ Rappelons qu'une commission d'enquête fut établie seulement 20 ans après l'incident tragique, puisque les procédures d'arrestations et judiciaires furent très longues : arrestation en octobre 2000 de deux suspects, procès pénal entre 2003 et 2004 et jugement de non-culpabilité faute de preuve par le juge Josephson le 16 mars 2005. Quoi qu'il en soit, aucune mesure concrète ne fut prise sur le plan législatif pour renforcer les règles touchant au terrorisme. Voir l'Introduction générale pour plus de détails sur la commission d'enquête et les événements entourant le vol *Air India*.

⁸⁵⁸ Le 20 septembre 2001, Bush s'adressait à la nation américaine pour déclarer la guerre au terrorisme. C'est la première fois qu'il utilisera cette expression. Son discours fut rédigé par Michael Gerson et se trouve en version complète sur le site journalistique Middle East Issues affilié au New York Times : <http://middleeast.about.com/od/usmideastpolicy/a/bush-war-on-terror-speech.htm> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Pour les relations entre les États-Unis et le Sri Lanka au déclenchement de la « guerre au terrorisme »,

Au Canada, des Sikhs extrémistes ont voulu faire entendre leur voix en ciblant des personnes politiquement engagées contre les aspirations d'indépendance des Sikhs. En 1986, une tentative d'assassinat échoua contre le ministre indien de la province du Pendjab, Malkiad Singh Sidhu, alors en visite en Colombie-Britannique⁸⁵⁹. Le 28 août 1988, l'éditeur du *Indo-Canadian Times* est atteint et devient partiellement paralysé⁸⁶⁰ ; l'éditeur Tara Singh Hayer sera assassiné le 18 novembre 1998 pour son opposition marquée contre les militants Sikhs. Les responsables seront arrêtés et jugés⁸⁶¹. L'affiliation des fautifs à la Fédération internationale de la jeunesse sikhe et au Babbar Khalsa sera également établie⁸⁶². Néanmoins, ce n'est qu'en 2003 qu'apparaîtront ces deux organisations sur la liste canadienne des entités terroristes⁸⁶³.

L'influence de la diaspora sikhe aux pôles américain et anglais est indubitable tant pour son appui financier que pour forger l'idéologie d'un État indépendant⁸⁶⁴. En raison de sa proximité territoriale, le Pakistan accueille les premières vagues de réfugiés sikhs, poussés à fuir après l'opération *Blue Star* en 1985⁸⁶⁵. La présence de la nébuleuse terroriste et de camps d'entraînement n'est donc pas surprenante⁸⁶⁶. L'ambiguïté de la position du Pakistan laisse également planer un doute dans ses intentions politiques à soutenir le mouvement Khalistan⁸⁶⁷. Quoi qu'il en soit, le financement des camps et des armes a une provenance certaine :

voir Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 175

⁸⁵⁹ Les faits sont relatés dans Dwight HAMILTON and Kostas RIMSA, *Terror threat: International and homegrown terrorists and their threat to Canada*, Toronto, Dundurn Press, 2007, p. 27. Voir également le dossier très détaillé sur les événements d'*Air India* sur le site journalistique canadien CBC News à l'adresse URL suivante : <http://www.cbc.ca/news/airindia/> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁸⁶⁰ Dwight HAMILTON and Kostas RIMSA, *Terror threat: International and homegrown terrorists and their threat to Canada*, Toronto, Dundurn Press, 2007, p. 167.

⁸⁶¹ Soulignons qu'en 1995, Hayer avait également déposé un affidavit auprès de la GRC sur l'implication d'un des suspects à l'explosion du vol *Air India* 182. Dwight HAMILTON and Kostas RIMSA, *Terror threat: International and homegrown terrorists and their threat to Canada*, Toronto, Dundurn Press, 2007, pp. 167-168.

⁸⁶² Pour le rapport final de la Commission *Air India*, consulter l'adresse URL suivante : http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/air_india/2010-07-23/www.majorcomm.ca/en/reports/finalreport/default.htm (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁸⁶³ Liste des entités terroristes : la Fédération internationale de la jeunesse sikhe (ramification constituée en 1984 de *All India Sikh Student Federation* (AISSF)), le Babbar Khalsa et le Babbar Khalsa International seront inscrits le 18 juin 2003,

⁸⁶⁴ Voir section 2.1 et Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, pp. 284-287 et VAUGIER, « Le rôle de l'État-Congrès et des acteurs extérieurs dans la montée du séparatisme sikh », (1994) 15-16 *Cultures & Conflits* 71-88.

⁸⁶⁵ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, pp. 284-285.

⁸⁶⁶ Voir la description schématique des groupuscules terroristes sikhs au Pakistan dans Afsir KARIM, *Counter Terrorism, the Pakistan factor*, Delhi, Lancer, aux pages 47-50. Consulter également l'étude poussée de V. Nayar NARAYANAN, *Tryst with Terror, Punjab's turbulent decade*, New Delhi, Ajanta, 1996, pp. 40 et ss.

⁸⁶⁷ A propos des liens entre le Pakistan, l'Inde et les ramifications avec les groupes extrémistes voir Satyapal DANG, *Genesis of terrorism, an analytical study of Punjab terrorists*, New Delhi, Patriot Publishers, 1988, pp. 59-122.

l'Occident⁸⁶⁸.

La représentation des factions plus radicales aux États-Unis, au Canada et en Angleterre semble plutôt faible et la mobilisation des Sikhs à l'étranger pour la cause du Khalistan assez tiède, malgré quelques tentatives de persuasion à travers les journaux et la radio⁸⁶⁹. Au Canada, le Babbar Khalsa fut implanté dès les années 1970, mais à la fin des années 80, il était constitué d'un groupe de 150 militants à peine sur 200,000 Canadiens d'origine sikhe⁸⁷⁰. Le mouvement indépendantiste, bien que financé par les riches hommes d'affaires sikhs de Vancouver, n'eut pas le même écho qu'en Inde. À la fin des années 80, par exemple, le président canadien de l'ISYF, Jagta Singh Sandhu, préféra l'appel à la pacification des extrémistes, suivant le pas de la *World Sikh Organisation*⁸⁷¹. Bref, la participation de la diaspora dans le mouvement radical et le soutien aux groupes terroristes n'a probablement pas eu l'ampleur qu'a voulu donner et communiquer l'État indien⁸⁷². La désinformation constitue souvent la meilleure tactique, afin de discréditer un groupe réfractaire aux yeux de la majorité au pouvoir.

C'est évidemment en Inde que la répression du mouvement d'indépendance des Sikhs se fera la plus dure, surtout vers la fin des années 80, vingt ans avant la fin de la guerre civile au Sri Lanka. En 1984 la mort d'Indira Gandhi, suivie des attaques contre le *Golden Temple* (l'opération *Blue Star*), campèrent le gouvernement central et la communauté sikhe dans une

⁸⁶⁸ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, pp. 285-286.

⁸⁶⁹ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, pp. 285-286. Voir aussi, plus près de nous, l'ouvrage collectif fort éclairant sur les rapports de la diaspora et l'Inde Norman G. BARRIER, Verne A. DUSENBURY, *The Sikh diaspora: migration and experience beyond the Punjab*, New Delhi, Chanakya Publications, 1989, pp. 8-9 et 158 et ss. portent sur les populations sikhes qui immigrèrent en Amérique du Nord et, plus particulièrement au Canada.

⁸⁷⁰ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, p. 286. Pour les statistiques de la population immigrante sikhe au Canada dans les années 80, voir Norman BUCHIGNANI and Doreen M. INDRA, *Continuous journey: A social history of South Asians in Canada*, Toronto, McClelland and Stewart, 1985, p. 114. Voir également Gotham S. BASRAN and B. SINGH BOLARIA, *The Sikhs in Canada: Migration, race, class and gender*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

⁸⁷¹ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, pp. 285-287, en particulier la page 286.

⁸⁷² Hypothèse suggérée par Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, p. 286 et confirmée par les études suivantes : Gurharpal SINGH, "The Punjab problem in the 1990s: A post 1984 assessment", *Journal of Commonwealth and Comparative Politics*, vol. 29, n 2, 1991, pp. 175-191 et Jean-Luc RACINE, "Punjab, Géopolitique d'une crise", in *Inde, l'Un et le Multiple*, Paris, CHEAM, 1986, pp. 119-148. Voir également K.P.S. GILL, « The danger within: Internal security threats », in Bharat Karnad, *Future Imperilled*, Delhi, Viking, pp. 119 et ss.

position quasi irréconciliable⁸⁷³. L'entrée en politique du fils d'Indira, Rajiv Gandhi, portera un espoir de pacification et d'écoute des revendications des Sikhs, grâce à une politique conciliante, même si Rajiv Gandhi jouera également la carte de l'impopularité de l'Akali Dal provoquée par l'assassinat de sa mère, ce qui divisera le parti⁸⁷⁴. C'est dans ce contexte que naît l'accord entre Rajiv et Longowal, représentant modéré de l'Akali Dal⁸⁷⁵. Malheureusement, l'assassinat de Longowal, le 21 août 1985, mettra fin à tous les efforts de rapprochement et amènera le gouvernement central de Rajiv à résoudre le conflit par la force⁸⁷⁶.

En mai 1987, l'ingérence du Congrès dans les affaires politiques du Pendjab par l'imposition d'un régime d'administration directe marque un tournant dans la gestion de la crise par l'État indien⁸⁷⁷. Les protestations des Sikhs qui suivirent cette intervention du Congrès seront perçues comme une menace à l'intégrité nationale⁸⁷⁸. Le mouvement sécessionniste se radicalisera et le gouvernement indien sourd au dialogue n'envisagera que la force pour étouffer toute revendication, qu'elle soit ou non légitime⁸⁷⁹.

Les années 80 constituent donc une période agitée, marquée également par la naissance de plusieurs groupes terroristes⁸⁸⁰. En effet, les organisations terroristes pendjabies prirent naissance au milieu des années 80, comme une conséquence de l'opération *Blue Star*⁸⁸¹. Toutefois, le réseau terroriste n'a peut-être jamais eu toute l'ampleur que le gouvernement indien prétendait :

« Au regard des témoignages et des rapports d'organisations non gouvernementales, on est toutefois en droit de s'interroger sur la réalité de la puissance du réseau terroriste, à l'intérieur comme à l'extérieur du Pendjab, de même que sur les

⁸⁷³ Plusieurs auteurs se sont intéressés à cette période critique dans les mesures politiques et militaires prises contre les Sikhs et les tentatives de radicalisation du parti Akali Dal. Voir le résumé condensé et éclairant de Jean-Luc RACINE, « Punjab, Géopolitique d'une crise », in *Inde, l'Un et le Multiple*, Paris, CHEAM, 1986, pp. 119-148.

⁸⁷⁴ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, au chapitre 6, pp. 239 et ss. Sur la recherche d'une solution politique et les stratégies utilisées par Rajiv Gandhi voir Gurharpal SINGH, "The Punjab problem in the 1990s: A post 1984 assessment", *Journal of Commonwealth and Comparative Politics*, vol. 29, n 2, 1991, pp. 175-191.

⁸⁷⁵ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, en particulier le chapitre 6, pp. 239 et ss.

⁸⁷⁶ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, pp. 258, 278 et ss.

⁸⁷⁷ Rajiv Gandhi voir Gurharpal SINGH, "The Punjab problem in the 1990s: A post 1984 assessment", *Journal of Commonwealth and Comparative Politics*, vol. 29, n 2, 1991, pp. 175-191, pp. 180 et ss.

⁸⁷⁸ Une question d'interprétation du Congrès selon Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, pp. 278 et ss.

⁸⁷⁹ Ces événements ne sont pas sans rappeler les revendications d'indépendance au Québec dans les années 70 et la création du FLQ. Voir sur les événements en Inde Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, pp. 278 et ss. Voir aussi Joyce PETTIGREW, *The Sikhs of the Punjab: unheard voices of state and guerilla violence*, London, Zed Books, 1995.

⁸⁸⁰ V. Nayar NARAYANAN, *Tryst with terror, Punjab's turbulent decade*, Delhi, Ajanta, 1996.

⁸⁸¹ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, pp. 278-286 et 364 et ss.

conséquences de la solution autoritaire. **La difficulté consiste en fait à déterminer si cette crise régionale fut d'abord une crise de confiance d'une communauté religieuse minoritaire ou plus généralement l'expression d'un conflit de légitimité entre le pouvoir central et le pouvoir régional.** C'est bien ici le système fédéral indien qui est en cause, de même que la pertinence des solutions proposées par le rapport Sarkaria et plus ponctuellement la responsabilité du parti du Congrès dans la centralisation excessive du système politique et institutionnel. »⁸⁸² [Nous soulignons.]

L'ingérence costarde du gouvernement indien dans la gestion politique et militaire du Pendjab à la fin des années 80 s'explique par la perte de popularité du premier ministre indien en mi-parcours de son mandat et de l'exagération (ou l'incompréhension) du mouvement terroriste sikh⁸⁸³. Ce mauvais calcul du Congrès se fonde, selon Vaugier, sur deux éléments erronés. Tout d'abord, les nombreux petits groupuscules terroristes déconnectés l'un de l'autre ne consentaient pas une action concertée et efficace⁸⁸⁴. L'évaluation des forces terroristes en nombre semble avoir été exagérée par l'Armée indienne et le mouvement peu répandu⁸⁸⁵. Ensuite, l'attrait pour les jeunes à embrasser une cause qui catalysait leur déception (suscitée par les attaques poursuivies du gouvernement indien, mais aussi par le chômage grandissant chez les diplômés) et la misère des paysans ne permettaient pas une mobilisation idéologique autour de l'indépendance du Pendjab, mais constituaient plutôt une échappatoire⁸⁸⁶.

Les têtes dirigeantes des groupes terroristes avaient quant à eux le désir d'une autonomie et créaient la terreur au sein de la population Hindoue au Pendjab afin de les forcer à migrer vers d'autres provinces. Le retour des Sikhs à l'extérieur du Pendjab n'eut pas le succès escompté et les terroristes ont aussi ciblé les paysans non acquis à la cause séparatiste. Toutefois, plusieurs attentats non revendiqués par les terroristes laissent croire le gouvernement voulait jeter le discrédit contre les terroristes et à une intervention injustifiée de l'armée et de la police au sein de la population du Pendjab. Au début des années 90, le nombre des victimes sikhes est évalué à

⁸⁸² Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, pp. 275-276.

⁸⁸³ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, p. 276. Voir K.P.S. GILL, « The danger within: Internal security threats », in Bharat Karnad, *Future Imperilled*, Delhi, Viking, pp. 119 et ss.

⁸⁸⁴ Pour une description des groupes terroristes tels que le Damdami Taksal de .S. Bhindranwale, le Babbar Khalsa (une division à l'origine de l'AISSF), le Kalhistan Commando Force (K.C.F.), la Bhindranwale Tiger Force of Khalistan (BTFK), on se référera au chapitre 7 de Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, en particulier les pages 277 à 284.

⁸⁸⁵ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, pp. 279 et 282. K.P.S. GILL, « The danger within: Internal security threats », in Bharat Karnad, *Future Imperilled*, Delhi, Viking, pp. 119-120.

⁸⁸⁶ Sur la mobilization et le recrutement voir Satyapal DANG, *Genesis of terrorism, an analytical study of Punjab terrorists*, Delhi, Patriot, 1988, pp. 50-52.

30,000 personnes, et ce sont surtout des militants que l'on compte parmi les victimes⁸⁸⁷.

Par conséquent, la responsabilité de la radicalisation du mouvement du Khalistan tient en grande partie de l'État indien. Vaugier résume la manipulation du sentiment d'appartenance à la cause sikhe comme suit :

« À la fin des années 1970, paradoxalement, l'exploitation du sentiment d'appartenance communautaire qui déboucha rapidement sur une dérive communautariste, fut le fait non d'un parti fortement en faveur des valeurs et idéaux propres au sikhisme, comme l'Akali Dal, mais d'un parti qui s'affichait depuis l'indépendance comme le défenseur d'une Inde laïque, dissociant radicalement le religieux du politique, le parti du Congrès. Aussitôt après sa défaite de 1977, le Parti du Congrès joua en effet la carte de la surenchère religieuse pour affaiblir son principal rival politique au Pendjab, l'Akali Dal, et promut un prêcheur sikh du nom de Jarnail Singh Bhindranwale, à la tête d'un mouvement qui, de « revivaliste », allait rapidement dégénérer en mouvement fondamentaliste puis terroriste et échapper à tout contrôle. »⁸⁸⁸

Ce rôle du gouvernement central dans la montée du nationalisme de la minorité sikhe rappelle celui du gouvernement sri lankais face aux Tamouls. Quelques distinctions sont toutefois à faire et l'analyse politique effectuée par Vaugier ne peut pas être transposée au cas du Sri Lanka, malgré des similitudes apparentes, telles que la présence du colonisateur anglais, le favoritisme du colonisateur pour la minorité et la mauvaise gestion de la cohabitation de deux populations aux langues, religion et cultures différentes. Des distinctions doivent toutefois être apportées dans le dernier point de ce chapitre.

ii) Distinguer les conflits sikhs et tamouls et l'échec des dialogues de pacification avec le LTTE : l'épineuse question de l'autodétermination des minorités et le recours au terrorisme

Avant de traiter des tentatives infructueuses de pacification entre le gouvernement cingalais et les Tamouls, les prochaines pages distingueront le conflit de la petite île et celui du géant indien. Tout d'abord, la population indienne dépasse de mille fois celui de la petite Perle de l'océan Indien⁸⁸⁹. La présence d'une pluralité de minorités en Inde explique aussi une attitude

⁸⁸⁷ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, pp. 283-284 et 287 et ss.

⁸⁸⁸ Anne VAUGIER-CHATTERJEE, « Le rôle de l'État-Congrès et des acteurs extérieurs dans la montée du séparatisme sikh », (1994) 15-16 *Cultures & Conflits* 71-88, p 76.

⁸⁸⁹ L'État du monde 2012 dénombre à plus de quarante le nombre des minorités ethniques sur le territoire indien. Cependant, c'est surtout les minorités religieuses qui font état des statistiques et des études, on en compte cinq. Voir État du monde 2012 Dominique VIDAL et Bertrand BADIE (eds.), « Pays du monde – statistiques », dans *Encyclopédie*

moins rigide du Congrès face aux revendications de ces dernières⁸⁹⁰. Les deux minorités sikhes et tamoules représentent plus ou moins un bassin respectif de 2 millions de Sikhs et de Tamouls⁸⁹¹. Le départ du colonisateur anglais fut définitivement moins tragique pour le Sri Lanka, sa présence avait par ailleurs suscité la jalousie du peuple cingalais et il n'était pas question de diviser l'île en deux⁸⁹². La montée du nationalisme cingalais emprunte plutôt une affirmation socioculturelle du peuple cingalais et le gouvernement ne cherchait pas de compromis⁸⁹³, alors qu'en Inde certaines tentatives ont été faites pour accorder une certaine place aux Sikhs⁸⁹⁴. De plus, le conflit au Sri Lanka se distingue, aussi, par la durée des hostilités et la force des attaques des Tigres contre la population civile, en général. La guerre civile de 26 ans au Sri Lanka étonne en raison de la lenteur des négociations et le manque de volonté politique du gouvernement cingalais à trouver une voie de compromis⁸⁹⁵.

Le début de l'année 2001 est marqué par une intensification des attaques des forces rebelles contre le gouvernement et la population cingalaise. Toutefois, les événements du 11 septembre auront l'effet d'une diminution de l'offensive de la rébellion et les Tigres exprimeront leur intention de trouver un terrain d'entente et de conclure pacifiquement le conflit⁸⁹⁶. Il est fort à parier que la crainte de voir la pression internationale jouer contre le LTTE et l'appui des

de l'État du Monde, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁸⁹⁰ Voir, entre autres, la période post partition : « La période 1947-1966 représente une phase de consensus, à l'intérieur de l'Union, entre les pouvoirs régional et central favorisant le processus d'intégration nationale. Intégration nationale spontanée ou force... » (Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, p. 109).

⁸⁹¹ Plus ou moins 1,22 billion en Inde contre 20 millions d'habitants au Sri Lanka. Dominique VIDAL et Bertrand BADIE (eds.), « Pays du monde – statistiques », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁸⁹² «The transfer of power in Sri Lanka was smooth and peaceful; little was seen of the divisions and bitterness which were tearing at the recent independence in 1948 of the new nations of South Asia.» Dans K. M. DESILVA, *History of Sri Lanka*, London, C. Hurst&Company, 1981, p. 489. Il est intéressant de voir que Wilson ne partage pas cette opinion, puisqu'à leur départ, les Anglais ont voulu recréer un parlement avec le vote populaire en favorisant toutefois les Sinhalais. A. Jeyaratnam WILSON, *Sri Lankan Tamil nationalism: its origins and development in the Nineteenth and Twentieth centuries*, Vancouver, British Columbia University Press, 2000, pp. 62-66.

⁸⁹³ Le professeur Wilson est très éclairant et convaincant sur ce point. A. Jeyaratnam WILSON, *Sri Lankan Tamil nationalism: its origins and development in the Nineteenth and Twentieth centuries*, Vancouver, British Columbia University Press, 2000.

⁸⁹⁴ En particulier le chapitre 3 du livre de Vaugier nous renseigne sur le dialogue et les rapprochements entre le Congrès et les Sikhs. Anne VAUGIER-CHATTERJEE, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, 2001, pp. 109-150.

⁸⁹⁵ Cette interrogation revient, en effet, chez plusieurs analystes politiques, en particulier O'Ballance et Wilson. Voir A. Jeyaratnam WILSON, *Sri Lankan Tamil nationalism: its origins and development in the Nineteenth and Twentieth centuries*, Vancouver, British Columbia University Press, 2000 et Neil DEVOTTA, *From Civil War to Soft Authoritarianism: Ethnonationalism and Democratic Regression in Sri Lanka*, London, Routledge, 2012.

⁸⁹⁶ Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 175.

Américains auprès du gouvernement précipitèrent la décision du LTTE de suspendre les combats. En effet, suite au 11 septembre, les États-Unis offrirent leur plein support au Sri Lanka pour la lutte contre la « Guerre au terrorisme »⁸⁹⁷. Rappelons qu'à cette même époque les États-Unis reconduisirent le LTTE comme organisation terroriste sur le *Special Designated Terrorist List*⁸⁹⁸. Le LTTE est également critiqué et commence à perdre de sa crédibilité internationale étant donné l'échec en 2000 des tentatives gouvernementales d'imposer le cessez-le-feu et l'assassinat du politicien sri lankais modéré, Neelan Tiruchelvam, en 1999, qui avait travaillé farouchement à la cause tamoule⁸⁹⁹. En décembre, l'Australie suit le pas des Américains et dénonce le LTTE comme groupe terroriste, privant ainsi les Tigres de tout financement du continent australien⁹⁰⁰.

En décembre 2001, le LTTE annonce un mois de cessez-le-feu et appelle à l'interruption de toute attaque contre les forces armées sri lankaises⁹⁰¹. Le gouvernement répondra positivement à cette initiative en suivant le pas au cessez-le-feu de 30 jours et lèvera l'embargo économique longtemps imposé sur le territoire rebelle⁹⁰².

À la même période, la Norvège redouble ses efforts de pacification afin de rapprocher les deux parties combattantes⁹⁰³. Devant les efforts concertés des deux forces, les pourparlers de paix reprirent à l'automne 2002 en Thaïlande, en Norvège, en Allemagne et au Japon⁹⁰⁴. Durant cette ronde de pourparlers, les parties s'entendent sur une solution fédérale et, pour la première fois, le LTTE accepte d'abandonner sa requête d'État indépendant⁹⁰⁵. Cette grande avancée de la part des Tigres a encouragé l'ouverture du gouvernement qui avait accepté d'offrir une solution constitutionnelle plus importante qu'une dévolution minimale de pouvoirs. Ce sont des divisions politiques à l'intérieur du gouvernement cingalais qui feront échouer les efforts fragiles de

⁸⁹⁷ SOUTH ASIA, "Sri Lanka enters truce with rebels", *BBC News*, 21 December 2001.

⁸⁹⁸ Voir sous-section 2.2.2 au deuxième point.

⁸⁹⁹ Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 165.

⁹⁰⁰ Voir *Australian designated terrorist list*.

⁹⁰¹ NORWEGIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION, *Pawns of Peace, Evaluation of Norwegian peace efforts in Sri Lanka, 1997-2009*, Oslo, 21 September 2011, p. 35.

⁹⁰² C'est à cette époque que Ranil Wickramasinghe gagne les élections grâce à la promesse de pacification. Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, pp. 128, pp. 174-175.

⁹⁰³ NORWEGIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION, *Pawns of Peace, Evaluation of Norwegian peace efforts in Sri Lanka, 1997-2009*, Oslo, 21 September 2011, p. 36.

⁹⁰⁴ Voir la concertation internationale afin de trouver un terrain d'entente ou du moins de faire cesser les attaques et de protéger la population civile, Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, pp. 182-187.

⁹⁰⁵ Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 185.

pacification.

Plus tôt en 2001, le LTTE essuya plusieurs pertes chez ses commandants à cause des interventions ciblées du *Long Range Reconnaissance Patrol* (LRRP), corps d'élite de l'armée du Sri Lanka. Les opérations couvertes du LRRP tout au long de l'année 2001 et 2002 ont affaibli considérablement le LTTE en bousculant la structure de commandement des Tigres⁹⁰⁶.

Paradoxalement, le gouvernement sri lankais faisait face à des critiques de plus en plus vives à l'égard de sa stratégie de la « guerre pour la paix »⁹⁰⁷. Dans la seconde moitié de l'année 2001, la population cingalaise au sud de l'île cherche un changement politique devant l'absence de signe de paix et une économie au bord du précipice. Durant cette année, la présidente Kumaratunga voit son gouvernement (People's Alliance) perdre son vote de confiance et est forcée de déclencher de nouvelles élections législatives⁹⁰⁸. Pour la première fois dans son histoire, entre 2001 et 2004, le gouvernement aura un Président du People's Alliance et un premier ministre, Wickramasinghe du *United National Front* (UNF), appartenant à deux partis différents⁹⁰⁹. Cette cohabitation précaire mettra en péril les efforts de paix entrepris et entraînera le pays dans de nouvelles confrontations.

En effet, le premier ministre et le *United National Party* (UNP) favorisaient la solution fédérale d'autonomie des territoires du Nord est, alors que les factions plus dures supportant la Présidente, d'allégeance communiste, avaient perdu toute confiance au LTTE et encourageraient les attaques contre les Tigres. Cette opposition au sein du gouvernement se terminera en 2004, lors de la tenue de nouvelle élection donnant la majorité au premier ministre, Mahinda Rajapaksa

⁹⁰⁶ À cette époque, le bras droit du commandant en chef du LTTE, Vaithilingam Sornalingam, et d'autres rebelles hauts placés furent tués par le LRRP. Neil DEVOTTA, *From Civil War to Soft Authoritarianism: Ethnonationalism and Democratic Regression in Sri Lanka*, London, Routledge, 2012, pp. 177 et 283.

⁹⁰⁷ Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 172.

⁹⁰⁸ Les élections du 5 décembre 2001 ont été gagnées à forte majorité par le United National Front (UNF) grâce à la campagne de son chef, Ranil Wickremasinghe, fondée sur la carte de pacification et sur la possibilité de sortir de l'impasse aux négociations. Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 174.

⁹⁰⁹ À la présidence le People's Alliance, Kumaratunga qui fut redirigée dans son mandat pour la deuxième fois en 1999. En 2000 et 2001, elle tentera de créer des alliance avec les partis communistes, dont le JVP. Toutefois, lors des élections législatives en 2004, le parti démocratique UNP gagne à l'élection parlementaire (législative) le siège du premier ministre. Le People's Alliance regagnera les élections législatives en 2004. Son Premier ministre, politicien du United National Party, Mahinda Rajapakse est depuis 2010, le Président du Sri Lanka. L'UNF forme toujours l'opposition officielle, en la personne de Wickramasinghe.

de l'UNP, devenu en 2010 le Président du Sri Lanka⁹¹⁰.

L'année 2003 annonçait déjà les échecs d'un rapprochement des deux parties combattantes. En avril 2003, le LTTE suspendait les pourparlers, puisque les Tigres ne croyaient pas le gouvernement capable d'atténuer les tensions entre les partis et d'offrir une solution viable pour les Tamouls. Les Tigres accusaient, entre autres, le gouvernement de les avoir exclus des pourparlers sur la reconstruction du pays à Washington et le manquement de rétribution économique à la reconstruction pacifique⁹¹¹. En effet, les zones de combat étaient exclues de tout accord financier sur la reconstruction. Cette critique sera ravivée suite au Tsunami et aux envois internationaux à l'aide humanitaire⁹¹².

C'est ainsi que le LTTE soumettra en novembre 2003 sa propre proposition de règlement pacifique : le *Interim Self Governing Authority*. Ce document avait pour but de donner le plein contrôle des territoires du Nord Est et d'accorder une autonomie politique et financière aux Tamouls⁹¹³. Cette proposition fut très mal reçue par les factions nationalistes et le Premier ministre fut même accusé par le Sud de vouloir offrir en cadeau les territoires au LTTE⁹¹⁴. La pression des partis fut si forte qu'elle obligea la présidence à déclarer de nouveau l'état d'urgence et de faire alliance avec le JVP⁹¹⁵. De nouvelles élections seront déclenchées et un nouveau parti, né de l'alliance entre le UNP et le JVP, constituera le nouveau gouvernement qui affichera une ligne dure contre les Tigres⁹¹⁶.

⁹¹⁰ Les élections du 8 avril 2004 ont donné la victoire au People's Alliance qui créa une coalition avec le JVP et d'autres partis communistes contre la cause tamoule. Premier Ministre Mahinda Rajapakse. Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 198.

⁹¹¹ NORWEGIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION, *Pawns of Peace, Evaluation of Norwegian peace efforts in Sri Lanka, 1997-2009*, Oslo, 21 September 2011, pp.45-46 et note en bas de page 104.

⁹¹² Muttukrishna SARVANANTHAN, *Economy of the conflict region in Sri Lanka: From embargo to repression*, Washington, East-West Center, 2008, pp. 7-8 et 36. Sur le rôle des organisations non gouvernementales dans la crise ethnique sri lankaise voir l'ouvrage très critique de Jude L. FERNANDO, *The political economy of NGOs: State formation in Sri Lanka and Bangladesh*, London, Pluto Press, 2011 qui analyse l'intervention des ONG à travers une grille capitaliste et l'apport, parfois néfaste, d'une coopération ancrée dans les relations externes et les affiliations politiques de l'organisation. Voir aussi le chapitre dédié au Tsunami et à la reconstruction des zones de combat dans NORWEGIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION, *Pawns of Peace, Evaluation of Norwegian peace efforts in Sri Lanka, 1997-2009*, Oslo, 21 September 2011, p. 52 et ss.

⁹¹³ Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 187.

⁹¹⁴ Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, pp. 186-188.

⁹¹⁵ NORWEGIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION, *Pawns of Peace, Evaluation of Norwegian peace efforts in Sri Lanka, 1997-2009*, Oslo, 21 September 2011, pp. 86-87.

⁹¹⁶ Neil DEVOTTA, *From Civil War to Soft Authoritarianism: Ethnonationalism and Democratic Regression in Sri Lanka*, London, Routledge, 2012, pp. 183-185.

Entre temps, le LTTE, essoufflé par les combats et le manque de ressources, connaîtra son plus grand désaccord interne. En mars 2004, les factions Nord et Est se séparent et entrent en confrontation l'un contre l'autre. Le colonel Karuna, commandant de la faction Est, se range du côté de la solution démocratique et attaque la faction Nord du LTTE. Ce changement est attribué à l'intervention pacifique du politicien Seyed Ali Zahir Moulana qui œuvrera à la reconstruction de la région est du pays durant le cessez-le-feu de 2002 et au dialogue soutenue entre Moulana et le colonel Karuna. La fuite du Colonel vers Colombo aurait été orchestrée par Moulana qui lui offrit le libre passage et qui en paya le prix de sa démission au Parlement⁹¹⁷. Le colonel Karuna constitue le parti *Tamil Eelam Makkal Viduthalai Pulikal* (TMVP), afin de poursuivre son action sécessionniste des Tamouls sur la scène politique et démocratique⁹¹⁸. Pendant que le LTTE se divise et qu'une partie des Tigres préfèrent une solution pacifique de réunification, le Tsunami ajoutera au nombre des victimes de la guerre celle du désastre naturel le plus important au Sri Lanka.

En effet, le Tsunami accablera le Sud asiatique en concluant l'année 2004 sur un bilan de mortalité de plus de 230,000 personnes, pour la plupart en Indonésie⁹¹⁹. Le 26 décembre 2004, au moins 30,000 Sri Lankais sont tués par la secousse sismique⁹²⁰. Sans compter les sans-abri et les blessés qui n'attendent que l'aide internationale pour les sortir de leur misère. Dans la course à l'aide humanitaire, plusieurs discordes surgissent, mettant en évidence les tensions déjà accentuées par le conflit armé⁹²¹.

La communauté internationale fut assez rapide dans son intervention à l'aide aux familles

⁹¹⁷ Neil DEVOTTA, *From Civil War to Soft Authoritarianism: Ethnonationalism and Democratic Regression in Sri Lanka*, London, Routledge, 2012, pp.200 et ss.

⁹¹⁸ Sur les exactions et la responsabilité pénale du Colonel Karuna et sur les raisons de sa division avec la tête du LTTE, voir Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 165, 194-195. Le problème réside aujourd'hui dans les tactiques intégralistes du gouvernement actuel à vouloir diluer la représentativité des Tamouls au Parlement. Neil DEVOTTA, *From Civil War to Soft Authoritarianism: Ethnonationalism and Democratic Regression in Sri Lanka*, London, Routledge, 2012, pp. 304 et ss.

⁹¹⁹ Ce sont surtout les côtes Sud est de l'île qui seront affectées. Voir le US Geological Center (sous les rubriques *factsheet and maps*). Les estimés sont fournis par le U.S. Geological Center : <http://earthquake.usgs.gov/search/?q=victims+sumatra&cx=012856435542074762574%3A49ga9ubtojk&cof=FORID%3A11&sa=Search&x=0&y=0> (dernière consultation, le 24 septembre 2012).

⁹²⁰ Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 196.

⁹²¹ Jude L. FERNANDO, *The political economy of NGOs: State formation in Sri Lanka and Bangladesh*, London, Pluto Press, 2011, pp. 111-114 et Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, pp. 196 et ss.

affectées. Plusieurs pays participèrent en envoyant des paquets de nourriture, des vêtements et des abris de fortune. Toutefois, au Sri Lanka la discorde survient lorsqu'il faut acheminer l'aide dans les régions contrôlées par le LTTE. Ce n'est que le 24 juin 2005 qu'une entente entre le gouvernement et le LTTE est trouvée pour l'acheminement des denrées et du matériel sanitaire dans le Nord-est. L'établissement des P-TOMS (*Post Tsunami Operational Management Structure*) est toutefois fortement contesté par le JVP⁹²². La crainte principale était de fournir des vivres et l'infrastructure nécessaire aux rebelles pour continuer leur lutte. La réalité est tout autre, puisque durant cette période, le Sri Lanka connaît une diminution des attaques des Tigres⁹²³.

L'inertie du gouvernement à assurer l'acheminement de l'aide aux 19,000 Tamouls affectés par le Tsunami fut vivement critiquée sur la scène internationale⁹²⁴. Plusieurs témoignages affirment que l'aide était plutôt attribuée aux partisans du parti qui n'avait subi aucune perte à cause du Tsunami plutôt qu'aux réelles victimes, collectivités du Sud et du Nord-est confondues⁹²⁵.

Pourtant, l'année 2004 va se terminer dans la réprobation internationale du LTTE. L'assassinat du ministre des Affaires étrangères, Kadirgamar⁹²⁶, marginalisa le LTTE et ses revendications d'indépendance aux yeux des nations étrangères. Toutefois, la mort de Kadirgamar n'a jamais été revendiquée par le LTTE et le gouvernement n'a pu arrêter le tueur. En 2006, l'Union européenne et le Canada emboîtent le pas à l'Inde, aux États-Unis, l'Australie et l'Angleterre, suite à l'immobilisation du LTTE à la table des pourparlers.

Malgré la légitimité de son désir d'autonomie, provoqué essentiellement par une dictature

⁹²² Cette discorde est malheureuse puisque la population espérait voir un rapprochement des camps à la suite de ce terrible désastre naturel. En effet, des témoignages ont rapporté des soldats et des rebelles s'entraînant durant les inondations d'eau. Voir Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 196.

⁹²³ Jude L. FERNANDO, *The political economy of NGOs: State formation in Sri Lanka and Bangladesh*, London, Pluto Press, 2011, p. 114.

⁹²⁴ *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011.

⁹²⁵ Il semblerait que seulement 30 % des personnes affectées par le Tsunami en février 2005 ait reçu de l'aide. Des témoignages discréditeraient le gouvernement sri lankais dans l'allocation partisane de l'aide humanitaire. Le gouvernement a répondu en établissant une commission d'enquête, le "Special Complaint Unit". Encore en 2011, aucun citoyen n'aurait été compensé pour les pertes subites en vertu de la commission d'enquête. Sur les données et les critiques contre le gouvernement voir Jude L. FERNANDO, *The political economy of NGOs: State formation in Sri Lanka and Bangladesh*, London, Pluto Press, 2011, en particulier le chapitre 2 : Welfare state to national security state: post-Independence NGO-state relations in Sri Lanka, 1948-2010, pp. 111-182.

⁹²⁶ Déjà en 1999, l'assassinat du politicien modéré tamoul du parti TULF, Neelan Tiruchelvam, avait attiré l'attention de la communauté internationale, voir Asoka BANDARAGE, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009, p. 166.

nationaliste oppressante et les tentatives de rapprochement ponctuées par de nombreuses déceptions, l'offensive des Tigres ne justifie pas les moyens meurtriers et les exactions commises contre les civils. La condamnation du LTTE par les pays occidentaux, et surtout par les pays du Commonwealth, était prévisible. Néanmoins, l'oppression et les émeutes provoquées par une politique nationaliste fermée à toute revendication d'autonomie des peuples et les crimes commis contre les Tamouls sont tout aussi condamnables⁹²⁷. Les propos du Secrétaire général des Nations Unies, repris dans le rapport onusien de 2010, sont toujours d'actualité :

“The challenge of post-conflict environments necessitate an approach that balance a variety of goals, including the pursuit of accountability, truth and reparation, the preservation of peace and the building of democracy and the rule of law ... **When transitional justice is required, strategies must be holistic, incorporating attention to individuals prosecutions, reparations, truth seeking, institutional reforms, vetting and dismissals, or an appropriately conceived combination of thereof.**”⁹²⁸ [Nous soulignons.]

À cet égard, l'absence des mesures constitutionnelles en faveur des Tamouls est inquiétante⁹²⁹. La solution fédérale semble être acceptée par les Tamouls, mais le gouvernement tarde à mettre en place un mécanisme législatif afin d'octroyer plus d'autonomie aux communautés tamoules⁹³⁰. La diaspora tamoule demeure sensible à la question séparatiste, surtout devant l'inaction gouvernementale⁹³¹.

Il devient facile de constater que la trame factuelle entourant les revendications des demandeurs d'asile ne se limite pas à leur histoire personnelle, mais elle est intimement liée aux événements sociopolitiques de leur pays d'origine et les alliances entre les différentes nations. On pourrait également reprocher un regard parfois trop critique des décideurs administratifs dans la

⁹²⁷ Patrick GRANT, *Buddhism and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, Albany, State University of New York Press, 2008, p. 132.

⁹²⁸ *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, par. 269.

⁹²⁹ Smruti S. PATTANAİK, “A wake up call for Sri Lanka at the UNHCR”, *Institute for Defence Studies and Analyses*, IDSA Comments, New Delhi, 9 April 2012. Disponible à l'adresse URL suivante : http://www.idsa.in/idsacomments/AWakeUpCallforSriLankaattheUNHRC_sspattanaik_090412 (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁹³⁰ Voir entre autres les interventions de UNHRC et des États-Unis dans Gulbin SULTANA, “UNHCR resolution on Sri Lanka : India's options”, dans *Institute for Defence Studies and Analyses*, IDSA Comments, New Delhi, 19 March 2012. Disponible à l'adresse URL suivante : http://www.idsa.in/idsacomments/UNHCRResolutiononSriLankaIndiasOptions_gsultana_190312 (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁹³¹ Voir le rapport très éclairant du *International Crisis Group* sur la diaspora tamoule et le futur de son intervention dans INTERNATIONAL CRISIS GROUP, *The Sri Lankan Tamil diaspora after the LTTE*, Asia Report No. 186, 23 February 2010.

détermination du statut de réfugiés. L'approche des décideurs ne tient pas toujours compte des facteurs personnels et historiques, et emprunte souvent une vision politique concomitante avec la politique extérieure du gouvernement et une fermeture des frontières.

Conclusion sur la démythification des enjeux en matière de terrorisme et l'influence du contexte géopolitique post 11 septembre sur l'appareil étatique

Il nous semble qu'une juste conclusion à tirer de l'histoire des Sikhs et de celle des Tamouls porte sur l'influence du contexte géopolitique et des événements du 11 septembre dans la condamnation des groupes terroristes. En particulier, la coalition internationale porta l'interdiction du LTTE sur les listes terroristes des pays occidentaux, sans toutefois reconnaître le droit de ces deux minorités, sikhe et tamoule, de se défendre et de revendiquer une juste place au sein de leur fédération. Il s'agit de deux conflits survenus à 15 ans d'intervalle, aux lendemains peu prometteurs pour le désir d'autonomie du Pendjab et des territoires sri lankais du Nord-est. La question est d'autant plus délicate, et combien actuelle, lorsqu'il s'agit de l'auto-détermination d'une collectivité face à une majorité au pouvoir. La question du terrorisme est venue compliquer la donne en ajoutant un élément émotionnel de terreur au sein de la population civile. Dans cette perspective, le dossier de M. Suresh est un excellent cas de figure à étudier, entre les liens qui l'associe, à la fois aux revendications d'indépendance des tamoules, en même temps qu'aux activités rebelles.

Au Canada, une personne est classée terroriste si elle aide ou finance un groupe terroriste. Nous avons très peu d'information sur les activités de financement de M. Suresh. Il faut présumer que l'aide financière de M. Suresh était une aide active et qui servait les buts et orientations terroristes poursuivis par le LTTE. Les renseignements secrets ont en effet conclu que M. Suresh « recueillait des fonds » pour le compte des Tigres⁹³². Toutefois, il est important de souligner que le LTTE oblige les membres de la diaspora tamoule à donner de l'argent au LTTE afin d'assurer la protection de leurs avoirs et de leur famille. Il semblerait également que les Tamouls vivant à l'étranger ne peuvent revenir chez eux que s'ils paient une forme de taxe au LTTE, sans quoi leur séjour au Sri Lanka est compromis. L'extorsion du LTTE auprès de la diaspora a été dénoncée

⁹³² En fait, M. Suresh ne dément pas ses activités de financement pour la cause tamoule, il prétend vouloir « soutenir les Tamouls dans le contexte de la civile [...] au Sri Lanka. » *Suresh c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 100.

plusieurs fois par les organisations internationales et demeure un fait connu des décideurs administratifs⁹³³.

Dans le cas de M. Suresh, il appert que les juges ont été satisfaits par la preuve présentée par les renseignements secrets sur les activités de financement de celui-ci et le lien suffisamment fort entre M. Suresh et la cause insurrectionnelle des rebelles au Sri Lanka⁹³⁴.

La question, qui surgit dans le contexte du terrorisme, est de savoir ce qu'il en est du financement des groupes terroristes. En se fondant sur l'interprétation jurisprudentielle, sur le développement du droit régional européen et sur le droit international, à travers les déclarations et résolutions onusiennes, la participation personnelle et continue à la collecte de fonds, l'organisation des collectes et l'envoi des fonds aux organisations terroristes engage également la responsabilité du membre. Un simple donateur ponctuel ou un financement modeste ne constituent pas à notre avis un degré suffisant de participation et n'impliquent donc pas la responsabilité de la personne aux actes terroristes. Par conséquent, l'article de la *LIPR* nous semble trop vaste et ne devrait pas entraîner l'exclusion ni le renvoi d'un réfugié ayant contribué sporadiquement et modestement à une collecte de fonds d'une organisation terroriste⁹³⁵.

M. Suresh avait lui-même reconnu sa participation soutenue aux collectes de fonds, et ce, à partir des années 80 jusque dans les années 90. Il est possible de déduire que sa participation dépasse la simple appartenance et que son degré d'implication rend M. Suresh, à la fois, conscient et actif des buts et objectifs poursuivis par les Tigres. Sa volonté de vouloir défendre la cause et aider financièrement et directement, font ressortir les critères de complicité par association, qui ont été détaillés dans l'Introduction générale⁹³⁶.

Le prochain chapitre porte sur les critères d'évaluation de dangerosité et les processus législatifs de demande d'asile et d'expulsion dictés par le droit de l'immigration. Le troisième chapitre constitue donc l'occasion de jeter un regard critique sur l'affaire *Suresh* et s'interroger sur le phénomène de pénalisation du droit administratif, en particulier sur les normes et procédures qui régissent l'immigration canadienne.

⁹³³ Voir les références précitées sur le Cartable national d'information du Sri Lanka de la Commission de l'Immigration et du Statut pour le Réfugié dans la sous-section 2.2.1.

⁹³⁴ *Suresh c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 13-16.

⁹³⁵ Sharryn Aiken affirme que selon les experts le LTTE est une organisation représentant un peuple en droit à l'auto-détermination. Voir Sharryn J. AIKEN, « Manufacturing "Terrorists": Refugees, National Security and Canadian Law », 2001 19(3) *Refugee* 54-73.

⁹³⁶ Voir l'Introduction générale, à la sous-section 0.1.3.

CHAPITRE 3. L'ÉVOLUTION DE LA SÉCURITÉ ET SON IMPLICATION DANS LA TRANSFORMATION DU DROIT DE L'IMMIGRATION : VERS UN DROIT DE NATURE PÉNALE HAUTEMENT DISCRÉTIONNAIRE DÉFINI PAR DES PROCÉDURES ADMINISTRATIVES

« Tant que les lions n'auront pas leurs propres historiens,
les histoires de chasse continueront à glorifier le chasseur »
Vieux proverbe africain

Les États ne se combattent plus entre eux, s'ils le font du moins, c'est indirectement. Ils se condamnent diplomatiquement ou économiquement à coup d'embargo, dans une lutte où la course au renouvellement des ressources énergétiques devient vitale et pour qui la collaboration des anciens ennemis idéologiques revêt toute son importance. Si les raisons morales qui séparaient autrefois les gouvernements ne tiennent plus devant la globalisation des enjeux environnementaux, le passage transfrontalier des individus demeure une réalité difficile à gérer par l'Occident et l'étranger porte les marques des préjugés qui l'assaillent. La figure de la menace est individuelle, circonscrite par la différence raciale, ethnique ou religieuse. La méfiance contre les Musulmans et les Arabes, la méfiance contre les activistes politiques, la méfiance contre les jeunes, contre les femmes voilées, contre la différence. Foucault avait déjà remarqué la distinction entre la normalité et l'anormalité dans ses études sur les causes de marginalisation des « fous », c'est-à-dire des patients en psychiatrie ou des personnes dont le seul handicap était physique⁹³⁷.

L'introduction du deuxième chapitre laissait déjà présager la confiscation de l'image de l'étranger pour la transformer en une « bête » plus ou moins docile qu'il faut identifier, fichier et surveiller, sans quoi elle se retournera contre nous et s'attaquera à notre intégrité physique, psychologique et collective⁹³⁸. La sécurité a utilisé l'expression du danger, la crainte a monopolisé

⁹³⁷ L'ouvrage le plus fameux de Michel Foucault sur ses premiers travaux sur la folie et qui fut la thèse de doctorat de Foucault est *Folie et déraison. Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1972. Dans sa thèse, Foucault explore, entre autres, qu'une exclusion en remplacera toujours une autre et que les mécanismes d'exclusion resteront, c'est le sujet de la marginalisation qui changera. Il entreprendra alors l'étude de l'internement des fous, des hérétiques, des criminels et des libertins. C'est le point de départ d'une analyse très poussée de Foucault sur l'articulation du pouvoir sur les anormaux. Voir la très intéressante communication « L'évolution de la notion d'individu dangereux dans la psychiatrie légale du XIXe siècle » dans Michel FOUCAULT, *Dits et Ecrits*, vol. 2 (1976-1988), Paris, Gallimard, 2001, pp. 443 et suivantes, ainsi que la série de cours au Collège de France de 1974 à 1975. Dans ses cours intitulés « Les Anormaux », Foucault expose le développement des pouvoirs disciplinaires et souligne le départage des couples licite/illicite entre normaux/anormaux. Voir Michel FOUCAULT, *Les Anormaux*, Paris, Gallimard, 1999.

⁹³⁸ Voir l'article très intéressant de Sharryn J. AIKEN, « Of Gods and Monsters : National Security and Canadian Refugee Policy » (2001) 14 (1) *R.Q.D.I* 1-52, 7.

le politique et ces deux notions ont infiltré le langage médiatique, pour pénétrer dans notre imaginaire et créer le nouveau visage de l'ennemi : l'étranger. Dans cette construction et dans l'environnement de la gestion du risque zéro⁹³⁹, l'étranger prend tous les moyens pour « envahir » notre espace socio-économico-culturel et, dans sa « ruse », il utilise des arguments humanitaires pour abuser de notre bonté, bref il se transforme et se métamorphose en réfugié! Ici, nous nous intéressons surtout à l'étranger soupçonné d'actes terroristes, en particulier chez le demandeur d'asile ou la personne qui s'est vue reconnaître le statut de réfugié.

L'institutionnalisation de la perception négative de l'étranger se traduit dans une mécanique médiatique et politique par une emprise de l'État sur l'étranger. Les gouvernements introduisent insidieusement dans ce visage des idées préconçues, telles que la responsabilité des étrangers devant la perte d'emploi, la menace de la sécurité physique et l'augmentation de la criminalité⁹⁴⁰. Cette construction de l'étranger en ennemi n'est qu'une conséquence de la « société disciplinaire » et d'une « machination de contrôle » étatique usant de stratégies militaires pour la sauvegarde de la paix et de la sécurité à l'intérieur de son territoire et à l'extérieur de ses frontières forteresses⁹⁴¹.

Le *pouvoir disciplinaire* est une expression foucauldienne qui exprime le contrôle sur l'individu et le prolongement du contrôle de la normalité dans l'esprit, le corps et l'âme de la population. Ce pouvoir permet ainsi de manipuler les esprits et les amener à modifier leur pensée ou leur point de vue. Ce danger de la manipulation des esprits fut d'ailleurs théorisé par Foucault lorsqu'il définit le pouvoir disciplinaire en ces termes :

« [U]ne architecture qui n'est plus faite seulement pour être vue (fastes du palais), ou pour surveiller l'espace extérieur (géométries des forteresses), mais pour permettre un contrôle intérieur, articulé et détaillé, pour rendre visibles ceux qui s'y trouvent; plus généralement, celle d'une architecture qui serait un opérateur pour la transformation des individus : **agir sur ceux qu'elle abrite, donner prise sur leur**

⁹³⁹ Sur la construction d'un contexte sociétair qui n'admet pas de risque voir la sous-section 3.1.2, point i).

⁹⁴⁰ Voir le discours du 20 juin 2012 du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada, l'Honorable Jason Kenney, sur le besoin de renforcer les mesures de sécurité et de renvoi à l'égard des étrangers. Ce discours fut prononcé à l'occasion de l'annonce du dépôt du projet de loi C-43 sur le renvoi accéléré des criminels étrangers: <http://www.cic.gc.ca/english/departement/media/speeches/2012/2012-06-20.asp> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Nous reviendrons sur les images véhiculées par les politiciens au chapitre 3.1.1. Voir également Anastassia TSOUKALA, "Looking at migrants as enemies", dans Didier BIGO et Elspeth GUILD (éd.), *Controlling frontiers. Free movement into and within Europe*, Aldershot, Ashgate, 2005, 160-191.

⁹⁴¹ Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, 1975, pp. 139 et ss.

conduite, reconduire jusqu'à eux les effets de pouvoir, les offrir à une connaissance et les modifier. »⁹⁴² [Nous soulignons.]

Dispositifs, formalités, règlements et lois pullulent au nom de la peur de l'étranger. La stratégie politique la plus raffinée s'exprime aujourd'hui par le contrôle des frontières⁹⁴³. L'essence des frontières est la distinction. L'image et le sort de l'étranger, sa caractérisation, son fichage, son identification et la suspicion à son égard participent à sa stigmatisation faisant l'objet d'une peur et donc d'une protection de la population contre le migrant : justification politique qui trouve un écho médiatique et une résonance de plus en plus perceptible dans les textes juridiques. Plus pernicieuse encore, la caractérisation de l'étranger en ennemi de nos institutions démocratiques a emprunté les voies juridiques en introduisant son visage menaçant dans le droit⁹⁴⁴. Les normes établies cristallisent de plus en plus cette perception tandis que l'usage des pouvoirs discrétionnaires prend des proportions inquiétantes.

La conscientisation des peuples et des gouvernements de la présence de dangers qui ne sont pas d'ordre militaire constitue, à notre avis, un tournant crucial dans la compréhension des enjeux de la sécurité par les politologues et les fonctionnaires⁹⁴⁵. Cette distinction entre menaces militaires et non militaires a permis aux gestionnaires et aux politiciens d'accaparer des domaines civils pour les traduire sous forme de menaces. Cette appropriation a permis de justifier tous types d'intervention étatique soit par voie militaire ou civile. Dans le paysage juridique, ces modifications se traduisent par la diminution des droits fondamentaux⁹⁴⁶. Cette conquête trouve un terreau fertile, surtout, lorsque la population se sent directement touchée dans son identité. C'est probablement ce

⁹⁴² Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 175.

⁹⁴³ Sur le contrôle des frontières, il existe en Europe plus d'une centaine de mesures coercitives. Voir entre autres *Plan pour la gestion des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne*, FRONT 58, Bruxelles, 14.06.2002. *Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (Code frontières Schengen)*, JO L 105 13.4.2006. Voir aussi des auteurs qui ont étudié les mesures de contrôle en Europe : Barbara MELIS, *Negotiating Europe's immigration frontiers*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2001 et Didier BIGO, "Frontier controls in the European Union: who is in control?", in Didier BIGO et Elspeth GUILD (dirs), *Controlling frontiers. Free Movement into and within Europe*, Cornwall, Ashgate, 2005, pp. 49-99. Également l'article fort pertinent à ce sujet de Mike KING, « Le contrôle des différences en Europe : l'inclusion et l'exclusion comme logiques sécuritaires et économiques », (2001) 26-27 *Cultures & Conflicts* 35-49.

⁹⁴⁴ L'introduction du projet de loi C-43, le 20 juin 2012, sur le renvoi accéléré des criminels étrangers n'est qu'un exemple. Voir le projet de loi C-43 *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et le statut de réfugié*, adopté le 15 décembre 2012.

⁹⁴⁵ Sur la sécurité et le développement du concept dans la gestion des administrations publiques américaines dans les années 80 et 90, voir le premier chapitre, à la sous-section 1.2.3.

⁹⁴⁶ Voir en particulier la discussion en 3.1.1.

qui distingue l'impact dans nos imaginaires collectifs de l'explosion du vol *Air India* sur des ressortissants indiens d'origine sikhe, orchestrée par le mouvement Khalistan, des attentats terroristes des tours jumelles à New York, dont le but avoué était la fatwa, la guerre sainte des Musulmans extrémistes contre le monde capitaliste⁹⁴⁷. Les attaques terroristes, surtout celle du 11 septembre 2001 et celles qui ont suivi, ont changé notre perception collective du monde.

L'opinion publique accepte plus facilement aujourd'hui l'intrusion physique et l'ingérence dans la vie privée par les autorités au nom de la sécurité nationale. En effet, qui est maintenant surpris des fouilles corporelles dans les aéroports et qui s'étonne de l'envahissement de la vie privée par la présence de détecteurs de métal, d'enregistrement des empreintes, de l'usage permissif des GPS pour retracer les gens, ou encore, pour prendre un exemple banal, des distributeurs de désinfectant à l'entrée des édifices publics?

Toutefois, il semblerait que l'appareil gouvernemental soit plus accaparé à mettre en œuvre des modes de gestion de la sécurité en identifiant diverses menaces et en se laissant gouverner par des discours hégémoniques fondés sur la peur, qu'à rechercher rationnellement et objectivement les sources de danger⁹⁴⁸. Les coopérations entre les États et la redéfinition des territoires à travers des cercles de sécurité occidentaux sont des illustrations de la gouvernance actuelle des États. Alors que les biens transigent sans problème, les personnes portent la marque du bon ou du mauvais voyageur ou du passager en droit de prendre ou non l'avion. Les douaniers ne se demandent plus de quoi doit-on se méfier, mais de qui ? Le profilage répond directement à cette problématique du visage

⁹⁴⁷ La Commission nationale sur les attaques terroristes contre les États-Unis a été créée en 2002 afin d'établir les responsables des attentats du 11 septembre et de proposer des stratégies de prévention en identifiant les lacunes des services des renseignements et la coordination entre les différents organismes impliqués dans le traitement des renseignements. Dans son rapport, publié en 2004, la Commission imputait la responsabilité des attentats au réseau Al-Qaïda. Le rapport est disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-911REPORT/pdf/GPO-911REPORT.pdf> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Plusieurs études en sciences politiques ont analysé les attentats du 11 septembre. Les auteurs suivants concordent sur deux points, soit la motivation religieuse des extrémistes et la coalition des États-Unis et Israël : Craig J. CALHOUN, Paul PRICE and Ashley S. TIMMER, *Understanding September Eleven*, New York, New Press, 2002; Terry MCDERMOTT, *Perfect Soldiers: The 9/11 Hijackers, Who They Were, Why They Did It*, New York, Harper, 2005; Eric HERSHBERG and Kevin W. MOORE, *The critical views on September 11: Analyses from around the world*, New York, New Press, 2006; Michael A. LEDEEN, *The War Against the Terror Masters*, New York, St-Martin's Press, 2002; Mary HABECK, *Knowing the enemy : Jihadist ideology and the war on terror*, Boston, Yale University Press, 2006. Soulignons au passage le collectif très critique sur la politique américaine, dans une perspective de recul face aux événements tragiques du 11 septembre dans Melvyn P. LEFFLER and Jeffrey W. LEGRO (eds), *To lead the world, American strategy the Bush doctrine*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁹⁴⁸ C'est du moins ce que laisse entendre les messages sensationnalistes des Conservateurs, en particulier sur les interventions et les discours du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, Jason Kenney. Pour consulter les discours, accéder à l'adresse URL suivante : <http://www.cic.gc.ca/english/department/media/speeches/2013> (Dernière consultation, le 16 septembre 2013).

ennemi. Traditionnellement, les questions que posait la sécurité (pourquoi, qui et comment) mettaient l'accent sur la protection, aujourd'hui, les discours politiques portent plutôt sur l'individu devant être intercepté et neutralisé.

Circonscrire et capter l'identité de l'étranger, la catégoriser, c'est faire partie ou alimenter une représentation politique. Cette captation du politique de l'étranger est une idée, entre autres, développée par le penseur et philosophe Emmanuel Lévinas⁹⁴⁹. En effet, Lévinas s'est intéressé à la prise de conscience de notre responsabilité sur l'autre dans ce qu'il appelle l'accueil de l'altérité : « le sujet est un hôte »⁹⁵⁰. Cette aliénation de l'identité de l'étranger par le politique, et projetée sur nos écrans de télévision, participe au déplacement (*shiftage*) de la responsabilité des citoyens entre les mains de nos politiciens. Pour reprendre cette idée de Tocqueville, le relâchement de tous est le plus grand danger qui guette nos sociétés démocratiques⁹⁵¹. À force de s'intéresser à ses propres affaires, le citoyen oublie vite ses responsabilités et, dans un tel contexte, l'État peut facilement transmettre les informations qu'il désire pour servir sa propagande. C'est le confort qui enlise le citoyen prêt à délaisser au gouvernement central un maximum de pouvoirs dans l'optique de se croire toujours mieux protégé dans sa maison. Et comme le dit un dicton africain : « tant que les lions n'auront pas leurs historiens, les histoires de chasse continueront à glorifier les chasseurs »⁹⁵².

Par le truchement de fausses catégorisations, l'État vient également limiter sa propre responsabilité et se sent conforté dans ses stratégies de limiter sans cesse la protection des réfugiés⁹⁵³. Le déplacement de l'image ou de la caractérisation du réfugié sous le couvert de la

⁹⁴⁹ Lévinas n'a jamais présenté une argumentation explicite sur le migrant ou le réfugié. Il a toutefois beaucoup réfléchi sur la diversité et l'acceptation de la différence et de l'étranger en regard avec la Première et la deuxième Guerre Mondiale.

⁹⁵⁰ Sur le politique et l'étranger, consulter le colloque fort intéressant organisé à l'occasion du centenaire de la naissance d'Emmanuel LEVINAS et intitulé « Emmanuel Lévinas et l'incondition de l'étranger », archives sonores du Centre Pompidou, Paris, le 20 novembre 2006, disponible à l'adresse URL suivante : http://archives-sonores.bpi.fr/index.php?urlaction=doc&id_doc=2029 (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Consulter en particulier les interventions de Gérard BENSUSSAN, « Condition et incondition de l'étranger » et de Marc CREPON, « Les peurs de l'étranger ».

⁹⁵¹ Voir le texte fort à propos du vicomte Français cher à nos démocraties dans Alexis de TOCQUEVILLE, *Le despotisme démocratique*, Paris, Herne, 2009.

⁹⁵² Vieux proverbe africain.

⁹⁵³ Sur notre fondement théorique à l'égard de la responsabilité de la collectivité hôte sur les étrangers, inspirée essentiellement de la philosophie de Lévinas, voir les références induites en Introduction générale et en Conclusion générale.

menace et de la sécurité est dangereux⁹⁵⁴. Les questions de sécurité sont en effet vite masquées par le secret et deviennent les affaires exclusives de l'État⁹⁵⁵. Elles ne peuvent faire l'objet d'aucun débat et de contrôle direct par la population⁹⁵⁶. Devant le désintérêt de la population et son besoin sans cesse alimenté de se sentir en sécurité, la voix du réfugié, du migrant, de l'étranger ne peut être entendue que dans l'arène judiciaire.

Malheureusement, l'interprétation des garanties fondamentales souffre aussi de ce malaise politique. Les gouvernements exigent des tribunaux de concilier sécurité et danger sur la foi souvent de bribes d'information protégée ou incomplète au sujet d'un réfugié soupçonné d'actes portant atteinte à la sécurité⁹⁵⁷. De façon générale, la plupart des dossiers de sécurité nationale visant la détention ou le renvoi d'étrangers sont étudiés par la cour à la lumière de fragments d'information provenant de renseignements secrets⁹⁵⁸. Les autres cas de sécurité sont présentés à la cour avec les motivations du ministre qui affirme qu'il existe raisonnablement un risque ou une menace. Dans ces dossiers, les tribunaux canadiens ont généralement tendance à favoriser la sécurité nationale au détriment des droits des individus visés par les mesures de réclusion⁹⁵⁹. Les

⁹⁵⁴ Sharryn J. AIKEN, « Of Gods and Monsters : National Security and Canadian Refugee Policy » (2001) 14 (1) *R.Q.D.I* 1-52, p. 7.

⁹⁵⁵ Craig FORCESE and François CRÉPEAU (eds.), *Terrorism, Law and Democracy : 10 Years after 9/11 – Terrorisme, Droit et Démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001*, Montreal, Canadian Institute for the Administration of Justice, 2011.

⁹⁵⁶ L'étude des certificats de sécurité sera l'occasion d'approfondir le *secrecy* qui tourne autour de la sécurité nationale dans le dernier chapitre et des risques que comporte un tel monopole par l'État de ce pouvoir sur les étrangers et sur la société en générale. Voir la deuxième sous-section 3.2.2.

⁹⁵⁷ Les certificats de sécurité constituent l'exemple le plus frappant. La dernière sous-section de cette partie porte entre autres sur la difficulté pour les tribunaux d'intervenir en matière de sécurité nationale et la nécessité d'une divulgation plus importante, qui prouve du moins l'existence d'un danger immédiat pour la sécurité du Canada. Voir la deuxième sous-section 3.2.2.

⁹⁵⁸ Tous les demandeurs d'asile ne passent pas par une procédure d'exclusion ou encore par l'examen d'un contrôle sécuritaire menant à la détention. On peut toutefois se questionner sur la généralisation des procédures de sécurité, en particulier, sur les demandeurs arrivant en groupe par le moyen de passeurs. Voir la nouvelle loi sur l'immigration amendée en décembre 2012. Projet de loi C-43 *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et le statut de réfugié*, adopté le 15 décembre 2012.

⁹⁵⁹ Les dossiers sécuritaires seront exposés en 3.1.3 et en particulier le deuxième point sur l'information divulguée aux étrangers visés par un certificat de sécurité (point ii) Des renseignements secrets contre une défense limitée). En 2007, l'affaire *Charkaoui*, portée devant la Cour suprême, a toutefois donné raison au défenseur des droits fondamentaux quant à la possibilité de consulter la preuve qui nommait personnellement le demandeur. Ce faisant, la Cour a déclaré l'inconstitutionnalité des articles 33, 77 à 85 de la *LIPR*, laissant un an au gouvernement pour proposer de nouvelles procédures en conformité avec l'article 7, 9 et 10 de la *Charte*. Consulter *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350.

juges transposent, en quelque sorte, le discours politique dans le jargon juridique et viennent entériner les idées préconçues à l'égard des étrangers et des réfugiés⁹⁶⁰.

La transposition des questions sécuritaires dans l'arène judiciaire participe d'une *judiciarisation* des enjeux d'immigration. Ce phénomène, en soi, n'est pas inquiétant, ce sont les réponses des tribunaux qui forcent le questionnement au sujet de leur rôle, en particulier le fait qu'ils peinent à maintenir le respect des droits fondamentaux, tel que le droit à la vie et à la sécurité. En ce sens, la grille d'analyse théorique, qui a fait l'objet d'un développement détaillé au chapitre premier, jette un éclairage pertinent sur la position des juges devant les impératifs sécuritaires. Elle permet aussi d'expliquer la déférence des tribunaux en matière de sécurité et l'importance d'une structure constitutionnelle fondée sur l'éthique qui donne une cohérence aux principes de justice fondamentale.

Ce troisième et dernier chapitre focalise son exposé dans le cœur du débat sur la rationalité des décisions et sur l'analyse de leur constitutionnalité par les tribunaux. L'examen

⁹⁶⁰ Le désengagement de la Cour suprême dans l'appel du ministre de la Justice *Canada (Justice) c. Kadhr*, [2008] 2 R.C.S. 143 nous apparaît comme l'exemple le plus accablant. En se fondant sur *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283 et *Suresh*, les juges de la Cour suprême ont renversé la décision de la Cour d'appel du 19 juin 2007 ordonnant le ministre de la Justice de produire les renseignements pertinents afin de permettre à M. Kadhr de se défendre pleinement et entièrement devant la commission militaire des États-Unis sur sa possible libération. Toutefois, les juges ont refusé de radier les allégations à l'effet que le Canada a contrevenu à ses obligations internationales en transmettant de l'information ayant compromis la sécurité physique de M. Kadhr. Pour plus de détails sur l'affaire *Kadhr*, voir l'Introduction générale au point ii) des pages introductives. Sur la tension entre droits fondamentaux individuels et sécurité nationale voir également l'Introduction générale, à la troisième sous-section 0.3.1. Ce désengagement peut aussi se traduire à travers le pouvoir d'exclusion des États, consulter Giorgio AGAMBEN, *État d'Exception*, trad. Joël Gayraud, Paris, Seuil, 2003. Cet auteur qualifie l'état actuel d'une zone franche entre le droit et le politique de *no man's land*. Ce *no man's land* fut théorisé par Noa Ben-Asher de *legal holes*, voir Noa BEN-ASHER, « Legal Holes », (2009) 5(1) *Unbound* 1-20. Les « legal holes » sont les espaces où l'exécutif agit sans aucune contrainte légale. Ces exceptions ou « legal holes » surviennent en particulier dans l'état d'urgence. L'auteure souligne en conclusion la permanence de l'état d'urgence et la nécessité d'une réponse articulée qui ne se trouve pas nécessairement dans l'adoption des lois (p. 20). Consulter également Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Éditions du Boréal, 1996 cité dans le contexte de la discussion sur les procédures secrètes en 3.1.3. Sur la déférence judiciaire en matière de sécurité voir Kent ROACH, « Did September 11 Change Everything? Struggling to Preserve Canadian Values in the Face of Terrorism » (2001-2002) 47 *McGill L.J.* 893-947, aux pp. 923-929. Zachary MARGULIS-OHNUMA, « Saying What the Law Is : Judicial Review of Criminal Aliens' Claims Under the Convention Against Torture » (2000-2001) 33 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 861-885. Nous soutenons et défendons que le pouvoir judiciaire doit préserver et assurer l'exercice plein et entier des droits fondamentaux Audrey MACKLIN, « M. Suresh and the Evil Twin » (Août 2002) 20 (4) *Refuge* 15-22, à la p. 21. Selon Carver, la Cour suprême a voulu donner une réponse politique dans un cas limite, voir Peter J. CARVER, « Shelter from the Storm : A Comment on Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) » (2002) 40 (2) *Alberta. L. Rev.* 465-492. Voir sur l'impact direct de cette posture de la Cour suprême sur les réfugiés voir James C. HATHAWAY et R. Alexander NEVE, « Fundamental Justice and the Deflection of Refugees from Canada » (1996) 34 *Osgoode Hall L. J.* 213-270. Au niveau du débat théorique de la déférence judiciaire sur l'exécutif voir Didier BIGO, « Security and Immigration : Towards a Critique of the Governmentality of Unease » (2002) 27 *Alternatives* (Special Issue) 63-92 aux pp. 64-66 et Ayse CEYHAN and Anastassia TSOUKALA, « The Securitization of Migration in Western Societies : Ambivalent Discourses and Policies » (2002) 27 *Alternatives* (Special Issue) 21-39, aux pp. 22-23.

des décisions *Singh* et *Suresh* confronte les justifications apportées par les tribunaux canadiens en regard au processus d'immigration en place, et ce, à deux époques différentes. Il s'agit dans *Singh* du processus d'évaluation d'une demande d'asile jugée inconstitutionnelle en 1985, parce que la loi ne donnait pas suffisamment d'opportunité au demandeur d'étayer son histoire et sa demande. Dans le cas de M. Suresh, la décision de la Cour suprême fut rendue quelques mois après le 11 septembre 2001 et a entériné le processus de détermination du danger pour la population canadienne et la possibilité, dans de très rares occasions, de renvoyer à la torture un réfugié suspect d'actes graves.

La première partie de ce chapitre introduit à travers le critère de la légalité, l'évolution du droit des réfugiés au Canada et souligne les interactions des enjeux humanitaires canadiens avec les enjeux d'immigration et la protection du territoire national. La première partie du chapitre examinera en détails l'affaire *Singh* pour illustrer les nombreux changements que le système de détermination du statut de réfugié a connus. Les critères de « raisons valables » et de « bonne raison », développés par la théorie du fondement légitime du Pr. Luc Tremblay et présentés au premier chapitre, guideront l'examen des considérations et des conclusions judiciaires dans l'affaire *Suresh*. La décision *Singh* ne peut être examinée sous les justifications de légitimité, puisque celle-ci fut décidée avant l'élaboration du test constitutionnel de l'article premier de la *Charte* et ne donne pas, à proprement parler, de substance aux critères de la théorie du fondement légitime⁹⁶¹.

La deuxième partie entame donc l'analyse constitutionnelle de la décision de *Suresh* en introduisant le critère de « raisons valables » et en décrivant en détail le processus législatif de l'article 115 de la *LIPR*. Dans la deuxième partie, les dossiers sécuritaires sont examinés plus particulièrement la procédure des certificats de sécurité et la nature secrète de l'information divulguée aux étrangers visés par un certificat. Cette partie souligne le décalage des garanties offertes à des présumés criminels canadiens contre la procédure sommaire et administrative prévue pour les réfugiés, pour qui les conséquences sur leur vie et leur sécurité sont nettement plus graves.

⁹⁶¹ Pour plus de détails sur le contenu théorique et les balises qui encadrent notre analyse, voir au premier chapitre la sous-section 1.1.3.

Section 3.1 De l'élaboration d'un régime respectueux des droits des réfugiés à travers la création de la Commission de l'immigration et du statut des réfugiés jusqu'à la fermeture complète des frontières

L'évolution législative en matière de détermination des réfugiés au Canada depuis la Confédération canadienne en 1867 jusqu'à la mise en œuvre du droit d'appel en 2012 fait ressortir le raffinement et la complexité des procédures d'évaluation des demandes d'asile, dont le point culminant est la création de la Commission pour l'immigration et le statut de réfugié. L'adoption de la *Charte des droits et libertés* constitue une rupture dans la façon de juger le statut de réfugié. C'est grâce à l'affaire *Singh* que la procédure administrative prendra un caractère quasi judiciaire avec la nomination de commissaires à la protection des réfugiés. Le Rapport Plaut, qui interprète le jugement de la Cour suprême dans *Singh* marquera le paysage administratif, généralement attribué à la fonction du droit de l'immigration⁹⁶². On assistera à une prolifération de règles et de mesures entourant les procédures de détermination, dont l'expulsion des demandeurs déboutés à travers un examen des risques avant renvoi est un exemple.

De plus, il semble s'être créée une procédure sommaire dans l'examen des demandes des réfugiés contre lesquels il existe des preuves de participation à des activités criminelles liées au terrorisme ou à la sécurité nationale. La présomption de participation criminelle admet l'usage d'un processus administratif, alors que l'enjeu relève clairement du droit pénal exigeant la présence de garanties procédurales et d'une transparence exemplaires.

L'étude du régime juridique en vigueur et les changements apportés suite aux décisions judiciaires jettent les bases légales sur lesquelles reposent les politiques gouvernementales en matière d'immigration et nécessitent une attention particulière afin de circonscrire la légalité des normes en place. Les procédures établies des diverses étapes de la détermination apportent un éclairage sur le déplacement de l'enjeu humanitaire que pose la protection des réfugiés dans l'arène des stratégies de contrôle de l'immigration. Plus précisément, la première sous-section retrace, d'abord, l'évolution législative pour y définir les paramètres juridiques qui existaient en 1985, c'est-à-dire la *Loi sur l'immigration de 1976*, concernant le processus de détermination, soit l'appel devant un fonctionnaire (sous-section 3.1.1). La deuxième section expose le tournant, dans les dernières années, de l'endurcissement des mesures concernant les demandeurs d'asiles et

⁹⁶² Gunther W. PLAUT, *Refugee determination in Canada : a report to the Honourable Flora MacDonald, minister of Employment and Immigration*, Ottawa, LAC Catalogue, 1985 [ci-après le Rapport Plaut].

favorisant la fermeture des frontières. Les nouvelles dispositions législatives, mises en œuvre en 2012 et 2013, représentent une déresponsabilisation du Canada face à ses obligations à l'égard des réfugiés, caractérisée par une pénalisation des demandeurs d'asile à travers l'adoption de peines et de restrictions plus sévères (sous-section 3.1.2).

Sous-section 3.1.1 La reconnaissance de la vulnérabilité des réfugiés par la Cour suprême dans *Singh* (1985) et la mise en place d'un tribunal administratif indépendant pour juger de la crédibilité des demandeurs d'asile (1989)

Le Canada a adhéré à la *Convention relative au statut des réfugiés* de 1951 et à son Protocole additionnel de 1967 (l'unique modification apportée depuis à la *Convention*) le 4 juin 1969⁹⁶³. La Confédération canadienne fêtait ses cent ans d'existence l'année où le Protocole était adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies. Les années 70 représentent pour le Canada une période charnière dans l'élaboration de sa législation et sa définition identitaire⁹⁶⁴. Le Québec connaît au même moment un vent de revendication linguistique et culturelle. L'idée de rapatrier les pouvoirs parlementaires à la gestion autonome du Canada est débattue. L'arrivée toujours plus grande d'immigrants, particulièrement en provenance de l'Italie du Sud et de l'Europe de l'Est⁹⁶⁵, presse le gouvernement à adopter une nouvelle loi sur l'immigration pour remplacer la première loi de 1952, au caractère raciste et désuet⁹⁶⁶.

En 1976, le parlement canadien adopte quasi unanimement, après des années de réflexions et de consultations, la *Loi sur l'immigration de 1976*, jetant ainsi les assises de la politique actuelle d'immigration. En effet, la loi sur l'immigration, entrée en vigueur en 1978, portait sur la

⁹⁶³ Sur la naissance du droit des réfugiés et la mise en œuvre de la *Convention relative au statut des réfugiés*, voir l'Introduction générale, à la sous-section 0.1.1.

⁹⁶⁴ Pour plus de détails sur cette période historique du Canada, consulter l'Introduction générale, en particulier la sous-section 0.1.1.

⁹⁶⁵ La disette italienne dans les années 50 a provoqué une émigration massive des Italiens du Sud vers l'Amérique du Nord. L'Argentine aussi était une destination privilégiée des Italiens. La politique de parrainage au Canada avantageait les familles nombreuses italiennes à venir s'installer en Ontario et à Montréal. Beaucoup de ressortissants Hongrois sont également venus s'installer au Canada et la présence de partisans communistes déplut aux Canadiens de souche, ce qui alimenta le sentiment xénophobe, partout au Canada, mais surtout dans les Prairies étant donnée la forte concentration des communautés hongroises. Valerie KNOWLES, *Strangers at our gates, Canadian immigration and immigration policy, 1540-2007*, Toronto, Dundurn Press, 2007, p. 180 et ss. Dans les années 50, entre 1958 et 1963, l'Honorable Ellen Fairclough fut ministre de l'Immigration et la première femme au Cabinet fédéral sous John Diefenbaker. Voir également l'ouvrage très intéressant de Ninette KELLEY and Michael TREBILCOCK, *The Making of the Mosaic. A History of Canadian Immigration Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 2000.

⁹⁶⁶ En effet, les critères de sélection visaient essentiellement les hommes et femmes blanches provenant des pays du Commonwealth, des États-Unis et de l'Europe.

promotion des objectifs démographiques, économiques, culturels et sociaux (art. 3)⁹⁶⁷. La loi inscrivait le respect des obligations internationales du Canada à l'égard des réfugiés, adoptait une politique de sélection non discriminatoire et précisait la coopération entre tous les niveaux de gouvernement (al. 3g) et par. 6(2)). La planification à partir d'objectifs relatifs aux différentes catégories d'immigrants et la consultation des provinces de la gestion et la planification de l'immigration canadienne faisaient également partie du texte législatif (art. 7).

Les courants humanistes qui prévalent dans les années 70 et 80 influencent beaucoup l'attitude du Canada à l'égard des réfugiés et des étrangers en général⁹⁶⁸. L'impulsion insufflée par les groupes pacifistes, accompagnée de la levée des mouvements communautaires et syndicaux au Canada, remet en cause le maintien des forces militaires et les alliances du gouvernement avec les super puissances⁹⁶⁹. Comme il a déjà été souligné dans l'Introduction générale⁹⁷⁰, la conscientisation des problèmes humanitaires et écologiques à l'échelle mondiale déplace l'objet de la sécurité sur celle des populations : Commission Pearson (1969), rapport Brandt (1980), Palme (1982) et Brundtland (1987) « communauté d'états »⁹⁷¹. À cette époque, le

⁹⁶⁷ *Loi concernant l'immigration au Canada*, 1976, chap. 52, 25-26 Elisabeth II.

⁹⁶⁸ Douglas Alan ROSS, «Canada and the World at Risk: Depression, War, and Isolationism for the 21st Century?», (1996-97) 1 *International Journal* 1-24; Joseph T. JOCKEL and Joël J. SOKOLSKY, « Dandurand Revisited : Rethinking Canada's defence policy in an unstable world», (1993) 48(2) *International Journal* 380-401. *Partners in Development. Report of the Commission on International Development under the Chairmanship of Lester B. Pearson*, New York, Prager Publishers, 1969.

⁹⁶⁹ Sur les super puissances et l'alliance en particulier avec les États-Unis, voir Jack L. GRANATSTEIN, « The American Influence on the Canadian Military, 1939-1963 », in Barry Dennis HUNT et Ronald G. HAYCOCK (eds), *Canada's Defence: Perspectives on Policy in the Twentieth Century*, Toronto, Copp Clark Pitman Ltd., 1993, pp. 63-73; David LEYTON-BROWN, « Managing Canada-United States Relations in the Context of Multilateral Alliances », dans Lauren MCKINSEY and Kim Richard NOSSAL (eds), *America's Alliances and Canadian-American Relations*, Toronto, Summerhill Press, 1988, p. 176. Sur l'apport des pacifistes et leur contestation, dont l'apport se marginalisera à partir des années 80, voir Kenneth MCNAUGHT, « From Colony to Satellite », in Stephen CLARKSON, *An Independent Foreign Policy for Canada?*, Toronto, McClelland, Stewart, 1968, pp. 173-183.; Monique DUPUIS, «Le Canada, pacifiste ou militariste? », *Artisans de la paix*, Montréal, Novalis, 1986, pp. 48-71; Normand BEAUDET, *Le mythe de la défense canadienne*, Montréal, Écosociété, 1993, pp. 21-44; Léonard JOHNSON, « Military Coopération with the United States and Canadian Independence », (1986) 3 *International Perspectives* 63-73, pp. 66-67.

⁹⁷⁰ Voir les trois propositions sur le concept de sécurité au premier chapitre, à la sous-section 1.2.3, au point i).

⁹⁷¹ Voir les documents issus des diverses commissions: *Memorandum of the Independent Commission on International Development Issues under the Chairmanship of Willy Brandt*, London, Pan Books, 1980 dans sa version française consulter *Nord-Sud. Un programme de survie. Rapport de la Commission indépendante sur les problèmes de développement international sous la présidence de Willy Brandt*, Paris, Gallimard, 1980; *Report of the Independent Commission on Disarmament and Security Issues under the Chairmanship of Olof Palme*, London, Pan Books, 1982 ; *Report of the World Commission on Environment and Development under the Chairmanship of Gro Harlem Brundtland*, Oxford, Oxford University Press, 1987 ou encore en français *Notre avenir à tous. La Commission mondiale sur l'environnement et le développement*, Québec, Les Éditions du Fleuve, 1988.

Canada doit à tout prix rééquilibrer sa politique de défense et donner une importance plus grande à sa politique d'aide étrangère⁹⁷².

L'établissement de la procédure de détermination du statut de réfugié au Canada a commencé par l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'immigration de 1976*, le 10 avril 1978, qui donnait la responsabilité au ministère de l'Emploi et de l'Immigration de déterminer le statut de réfugié sur conseil du Comité consultatif du statut de réfugié. L'arbitrage prévu avait été entériné par le bureau du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés au moment de la rédaction des articles 45 à 48 et 70 et 71⁹⁷³.

Même si la plupart des procédures de détermination dans le Commonwealth et en Europe sont administratives, le processus de détermination faisait déjà le sujet de nombreuses critiques avant la décision *Singh*⁹⁷⁴. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration avait aussi publié un rapport sur la *Reconnaissance du statut de réfugié* qui prévoyait un remaniement des procédures devant la Commission d'appel (*Singh*, par. 72). Ce prélude au Rapport Plaut explique la réaction positive du gouvernement devant la proposition de l'établissement d'une commission indépendante pour entendre toutes les demandes d'asile. D'ailleurs, les efforts du gouvernement canadien lui vaudront la médaille Nansen attribuée par les Nations Unies en 1986 pour « la contribution importante et soutenue à la cause des réfugiés » du Canada, suite à la mise en place de la CISR⁹⁷⁵.

Bref, dans les années 70, le droit de l'immigration était encore une notion embryonnaire au Canada, comme partout dans le monde occidental qui vivait encore les bouleversements de l'imposition du Bloc soviétique et la Guerre froide. Les pays fondés sur l'immigration, tels que le Canada, les États-Unis et l'Australie, se sont dotés d'un droit distinct de l'immigration⁹⁷⁶.

⁹⁷² Myriam GERVAIS et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu : l'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51, pp. 34-35.

⁹⁷³ Voir l'historique sur les modifications du système de détermination du statut de réfugié entre 1976 et 1985 dans Gunther W. PLAUT, *Refugee determination in Canada : a report to the Honourable Flora MacDonald, minister of Employment and Immigration*, Ottawa, LAC Catalogue, 1985, pp. 13 et ss.

⁹⁷⁴ Consulter Gunther W. PLAUT, *Refugee determination in Canada : a report to the Honourable Flora MacDonald, minister of Employment and Immigration*, Ottawa, LAC Catalogue, 1985.

⁹⁷⁵ Le *Nansen Refugee Award* est un prix de reconnaissance attribué par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés dans le but de récompenser des individus, collectivités ou associations qui ont œuvré en faveur des réfugiés et des populations déplacées. Le Canada est le seul pays à avoir reçu le *Nansen Refugee Award*. Consulter également Gilbert JAEGER, « On the history of international protection of refugees », (2001) 83(843) *International Red Cross Review* 727-738, en particulier la page 728 sur la participation de Nansen à titre de premier Commissaire au réfugié.

⁹⁷⁶ C'est-à-dire un droit qui procède de sa propre logique, sans renvoi aux règles de droit pénal ou de droit civil affectées, et qui fasse l'objet d'une loi particulière. Les pays qui se peuplent au moyen de l'immigration ont tendance à

L'établissement des populations étrangères est un phénomène voulu et encouragé par l'Amérique du Nord qui a cherché, depuis sa fondation, à augmenter sa population grâce à l'afflux de nouveaux arrivants⁹⁷⁷. Au Canada, en particulier, pays de 33 millions d'habitants sur une superficie de presque 10 millions de kilomètres carrés, dont 8,893 km frontaliers avec les États-Unis⁹⁷⁸, l'augmentation du nombre de ses habitants devient un enjeu de politique internationale, où le poids de la population joue dans la crédibilité et l'importance de ses représentations devant les Nations Unies et auprès de ses homologues économiques⁹⁷⁹. En dépit d'une faible population, cela n'empêche pas le Canada de faire partie du G-8, démographiquement loin derrière l'Italie qui a près du double de la population canadienne⁹⁸⁰.

légiférer directement dans ce domaine. Cette réalité n'est toutefois pas exclusive aux pays mentionnés. En France, par exemple, la CESEDA ou le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile date de l'après-guerre et porte spécifiquement sur le droit administratif-immigration. L'Angleterre aussi a une loi spécifique sur l'immigration : *Asylum and Immigration (Treatment of claimants, etc)*, 2004, chap. 19.

⁹⁷⁷ Diefenbaker, chef des progressistes conservateurs qui gagna par une majorité sans précédent en 1958 avait déclaré que la population canadienne parviendrait à 40 millions d'habitants dans les années à venir (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Les artisans du progrès*, Ottawa, Gouvernement du Canada, chap. 6). À cette époque, la population canadienne comptait 14 millions de d'habitants. Il faudra attendre le recensement canadien de 2001 pour voir le nombre de la population dépasser les 30 millions! En 2012, la population canadienne était estimée à près de 25 millions d'habitants. Dominique VIDAL et Bertrand BADIE (eds.), « Pays du monde – statistiques », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁹⁷⁸ Il s'agit, pour être exact, d'un territoire de 9 984,670 km², plaçant le Canada au deuxième rang en terme de superficie après la Russie (trois-cinquième de la Russie et un peu plus grande que la Chine). Voir Dominique VIDAL et Bertrand BADIE (eds.), « Pays du monde – statistiques », dans *Encyclopédie de l'État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁹⁷⁹ C'est une hypothèse défendue par François Crépeau : "Migration is sometimes used to fulfill demographic objectives, for example, in Canada, Australia, or the United States, where increasing the population is linked to an international strategic positioning : a search for more robust economy, stronger clout in international affairs, and therefore an increase in global power." Voir François CRÉPEAU, "Dealing with migration: A test for democracies", Lecture at the University of Winnipeg, October 20, 2009, p. 20. La conférence du Pr. Crépeau est disponible à l'adresse URL suivante: http://www.trudeaufoundation.ca/sites/default/files/u5/pages_de_trudeaupapers_2010_-_text_from_fracois_crepeau.pdf (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

⁹⁸⁰ Le groupe des Huit réfère au forum des huit plus grandes puissances économiques du monde, soit le Canada, la France, l'Allemagne, l'Italie, le Japon, la Russie, la Grande-Bretagne et bien sur les États-Unis. Le Canada est le pays démographiquement le moins représenté. Selon statistique Canada en 2011, le Canada comptait 33 476 688 d'habitants contre plus de 60 millions d'habitants italiens. Ce qui représentaient le même nombre d'habitants Anglais et Français à deux ou trois millions d'écart. Voir Statistiques Canada, Effectifs de la population des pays du G8 et autres pays sélectionnés, 2010 ou 2011, Tableau 1, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2012. Consultation possible à l'adresse URL suivante : <http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa/98-310-x/2011001/tbl/tbl1-fra.C.F.m> (dernière consultation, le 3 septembre 2013). Une forte critique est opposée au G-8 relativement à sa représentativité et sa réelle force économique. En effet, la Chine se révèle maintenant une des plus grandes puissances économiques et le Brésil est une société émergente dont le poids démographique et économique dépasserait le Canada, l'Italie et la Grande Bretagne, selon le FMI. L'Inde est également à surveiller puisque son PBI surpasse celui du Japon. Pour plus détails sur la pertinence du G-8 et son déclin devant l'émergence de nouvelles économies, voir l'édition du mois de mai 2012 dans la revue *Foreign Policy*, en particulier les articles suivants Ian BREMMER, « Welcome to the new world disorder », *Foreign policy*, May 2012, 1-12; Anders ASLUND, « Klick Russia out of the G-8 », *Foreign Policy*, May 2012; David

C'est dans un tel contexte que les appelants dans *Singh* arriveront au Canada. En effet, entre 1977 et 1981, les demandeurs Singh et autres tenteront, en vain, de faire valoir leur crainte et d'obtenir la protection du statut de réfugié en vertu de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Le ministère de l'époque, le ministère de l'Emploi et de l'Immigration, sur l'avis du Comité consultatif du statut de réfugié leur refuse la protection. Pour suivre la chronologie des événements entourant la détermination du statut de réfugié de M. Singh et des six autres demandeurs, cette sous-section décrit avec précision le processus de détermination mis en place dans la *Loi sur l'immigration de 1976* (point i). Ceci dans le but de comprendre les conclusions de la Cour suprême sur la délicate tâche pour un fonctionnaire de rendre une décision affectant la vie et la sécurité d'une personne lorsque la crédibilité de cette dernière est en jeu (point ii).

En effet, la difficulté d'une procédure écrite, condamnée par les juges, amènera le ministère de l'époque à désigner M. Gunther W. Plaut pour une réflexion sur une nouvelle détermination du statut de réfugié. Le Rapport Plaut invitera le gouvernement à créer une commission indépendante. Cet examen de la procédure administrative avant la création de la CISR mettra en lumière les problèmes d'équité d'une telle procédure et permettra en 3.1.3 de cibler certaines faiblesses du système actuel.

i) Les difficultés de la procédure écrite de la loi sur l'immigration de 1976 au sujet de la détermination du statut de réfugié

Les sept demandeurs d'asile déboutés ont contesté la constitutionnalité des procédures de détermination du statut sous la *Loi sur l'immigration de 1976* en se fondant sur une atteinte à leurs droits prévus à l'article 7 de la *Charte* et l'alinéa 2(e) de la *Déclaration canadienne*. Le gouvernement a fait valoir que puisque les demandeurs n'ont aucun statut au Canada, ils ne peuvent se prévaloir de la protection de la *Charte*. La procédure d'immigration et de détermination du statut de réfugié, au moment de la contestation devant la Cour suprême en 1985, diffère de celle que nous connaissons aujourd'hui. Pour les références juridiques, nous utiliserons l'abréviation *Loi de 1976* pour désigner la loi en vigueur à l'époque, soit la *Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.)*, chap. 52.

BOSCO, « Three cheers for homogeneity », *Foreign Policy*, May 2012. Nous avons également trouvé utile le livre de Peter I. Hajna, *The G8 system and the G20 : Evolution, role and documentation*, London, Ashgate, 2007.

Essentiellement, la Cour fut saisie d'une question procédurale concernant le processus de détermination. La procédure établie par le législateur dans les années 70 était-elle conforme à la *Charte des droits et libertés*? Cette question pose d'autres interrogations sous-jacentes qui devaient servir à déterminer l'issue centrale. Pour ce faire, la Cour a fait une analyse en trois étapes (par. 3 *Singh*). Tout d'abord, les demandeurs d'asile ont-ils droit au recours à la *Charte*? Si oui, la *Loi de 1976* enfreint-elle ou nie-t-elle des droits des personnes revendiquant le statut de réfugié au Canada? Finalement, dans l'éventualité d'une réponse positive à la deuxième interrogation, existe-t-il des limites justifiables sous l'article 1 de la *Charte*, qui permettent à l'État de restreindre l'étendue et l'application de certains droits et libertés?⁹⁸¹

La Cour reconnaîtra les droits fondamentaux à la vie, la liberté et la sécurité, prévus à l'article 7 de la *Charte*, aux revendicateurs, c'est-à-dire que les demandeurs d'asile ont des droits reconnus par la *Charte*. C'est une nouveauté qui fera autorité encore aujourd'hui et qui pose le problème de l'étendue des principes de justice naturelle en droit administratif et à l'égard des présumés criminels étrangers⁹⁸². En effet, depuis l'affaire *Singh*, il fut établi que cet article vise toute personne se trouvant au Canada, qu'elle soit ou non étrangère, avec ou sans statut, légalement ou illégalement sur le territoire canadien. Plus précisément la Cour admettra que le risque de retour lorsqu'une personne craint la persécution met en jeu un des droits de l'article 7.

Après une analyse approfondie de la *Loi sur l'immigration de 1976*, la Cour conclura que le processus ne respecte pas l'équité procédurale et, par conséquent, les revendicateurs ont droit de se faire entendre de façon adéquate, lorsqu'ils soumettent une demande d'asile. Enfin, les limites de l'article premier ne permet aucune justification : le gouvernement doit offrir un processus de protection équitable. Ce qui retient notre attention ce sont les raisons que donne la Cour sur le contenu de l'équité et les engagements du Canada à respecter la dignité et l'intégrité physique des réfugiés.

⁹⁸¹ Le test de l'article 1 de la *Charte* n'était pas celui que nous connaissons aujourd'hui. En effet, c'est l'affaire *Oakes* qui déterminera les étapes de l'analyse de l'article 1. L'affaire *Singh* précède de trois ans l'affaire *Oakes*. Pour l'analyse de Suresh nous reprendrons les critères élaborés par le professeur Tremblay qui suit la structure classique de *Oakes*. Pour l'analyse constitutionnelle de *Suresh* voir le quatrième chapitre, en particulier la dernière sous-section 4.2.2.

⁹⁸² Les deux dernières sous-sections de ce chapitre développeront cette problématique qui se traduit par la tension entre la gestion de la sécurité nationale, en tant que prérogative exclusive du gouvernement, et les droits fondamentaux des étrangers. Voir le quatrième chapitre, dans la deuxième partie 4.2.

Nous avons vu au deuxième chapitre, que les six demandeurs indiens ont revendiqué le statut de réfugié sur la base de leurs activités militantes et leurs opinions politiques au sein du parti Akali Dal⁹⁸³. Le parti Akali Dal est un parti qui cherche la promotion et la défense des Sikhs en Inde et qui utilisa des moyens violents devant la répression de l'État indien. Au cours de leur interrogatoire respectif par les autorités canadiennes, les demandeurs avaient évoqué des faits différents, c'est-à-dire une chronologie et des incidents divers. Rappelons que l'histoire de Mme Indrani diffère des six autres demandeurs du fait de sa citoyenne guyanaise. Essentiellement, ses motifs de persécution tiennent au fait qu'elle ait des origines indiennes en Guyane, ce qui aurait contrarié la population indigène noire. Mme Indrani a fondé sa crainte de persécution sur les cinq motifs, avec un accent particulier sur sa race, sa religion et ses opinions politiques en Guyane. Si la Cour a jugé bon d'inclure Mme Indrani au recours des six autres demandeurs, c'est à cause de la similitude des procédures canadiennes auxquelles furent assujettis les sept demandeurs⁹⁸⁴.

Messieurs Harbhajan Singh, Sadhu Singh Thandi, Charanjit Singh Gill et Satnam Singh sont arrivés au Canada et, au moment de passer la frontière, ils ont été interrogés sur leur raison de venir au Canada en vertu de l'article 23 de la *Loi de 1976*. À ce stade, ils n'ont pas satisfait l'agent en service et leur admission leur a été refusée. Ils ont donc été amenés devant un agent d'immigration, afin de subir une enquête menant généralement au renvoi de la personne (par. 32(5) *Loi de 1976*). Au cours de cette enquête, les quatre demandeurs ont soulevé leur crainte de persécution s'ils retournaient en Inde⁹⁸⁵. L'enquête au renvoi fut alors suspendue et un agent d'immigration supérieur a recueilli les informations des demandeurs assermentés (art. 45 *Loi de 1976*)⁹⁸⁶. Chaque demande a suivi son cours devant le Comité consultatif du statut de réfugié et durant cette période les demandeurs sont restés au Canada⁹⁸⁷.

⁹⁸³ Sous-section 2.1.1 Les Sikhs une minorité forte mais numériquement trop faible.

⁹⁸⁴ Voir le tableau 2.1 sur l'histoire schématisé des demandeurs dans le chapitre 2. Il est important de souligner que l'histoire des demandeurs à l'étranger, leur revendication, est une préoccupation secondaire pour la Cour. Ce qui importait, à l'époque des événements, c'était le traitement des demandeurs d'asile au Canada. Par conséquent, ce sont les procédures canadiennes d'évaluation des dossiers à la lumière de la protection offerte par la *Convention sur les réfugiés* et des garanties procédurales de la *Charte* qui furent examinées en profondeur. Comme nous l'avons indiqué au chapitre précédent, l'histoire des Sikhs et leur combat concerne donc essentiellement les six demandeurs masculins du groupe et n'apparaissent pas dans le jugement de la Cour.

⁹⁸⁵ *Singh*, par. 8.

⁹⁸⁶ Tel qu'il appert des dossiers remis à la Cour et selon les procédures sommairement décrites au paragraphes 8 à 10 du jugement de la Cour dans *Singh*.

⁹⁸⁷ Le paragraphe 76(2) de la *loi sur l'immigration de 1976* prévoyait la suspension du renvoi jusqu'à la prise d'une décision de la Commission d'appel sur le statut de réfugié de la personne, sur ordonnance de la Commission d'appel.

De leur côté, MM. Paramjit Singh Mann, Kewal Singh et Mme Indrani étaient déjà au Canada, lorsqu'ils ont revendiqué le statut de réfugié. C'est au cours d'une enquête effectuée à l'encontre « d'une personne se trouvant sans papier autorisant son séjour au Canada » que les trois demandeurs ont soulevé leur crainte de persécution par les autorités indiennes (art. 27 *Loi de 1976*). Dans le cas de Mme Indrani, elle était au Canada illégalement depuis deux ans et demi. Elle est entrée au pays à l'aide d'une fausse identité et fut arrêtée en mars 1981 lorsque les agents d'immigration ont constaté qu'elle travaillait illégalement au Canada⁹⁸⁸. M. Paramjit Singh Mann, quant à lui, était déjà présent au Canada en 1977, lors d'un premier séjour et ne s'est pas présenté à l'enquête prise contre lui⁹⁸⁹. Il est ensuite revenu au Canada et a vécu illégalement jusqu'en novembre 1980, lorsqu'il s'est rendu aux autorités canadiennes⁹⁹⁰. Finalement, M. Kewal Singh fut admis comme visiteur au Canada en novembre 1980 et se présenta aux autorités lorsque son permis temporaire de visiteur fut échu⁹⁹¹.

La demande d'asile se faisait en vertu de l'article 45 de la *Loi de 1976* dans le cadre d'une enquête, afin de déterminer l'interdiction de séjour de l'individu concerné par une éventuelle mesure de renvoi. Cette enquête présume de la présence du demandeur au Canada devant un arbitre⁹⁹². L'enquête est alors suspendue et donne lieu à un interrogatoire sous serment devant un agent d'immigration supérieur. Une fois l'interrogatoire terminé, l'agent d'immigration envoie la revendication et les transcriptions pour examen au Comité consultatif sur le statut des réfugiés (par. 45(2)), composé de fonctionnaires fédéraux chargés de l'examen de demande de revendication. À ce stade, la procédure était strictement écrite et aucun interrogatoire n'était effectué.

Le comité consultatif déterminait alors si le revendicateur rencontrait la définition de réfugié telle que décrite par la *Convention relative au statut des réfugiés* et reprise dans la *Loi de 1976* au paragraphe 2(1). La loi exigeait également que le demandeur soit « légalement » présent sur le territoire canadien (article 4(2)). À cette étape, l'arbitre chargé de l'enquête sous 23 ou 27, devait vérifier si les conditions du paragraphe 4(2) étaient rencontrées - c'est-à-dire si le réfugié

⁹⁸⁸ *Singh*, par. 9.

⁹⁸⁹ *Singh*, par. 9.

⁹⁹⁰ *Singh*, par. 9.

⁹⁹¹ *Singh*, par. 8-10.

⁹⁹² Un régime particulier existait également pour les demandeurs d'asile à l'extérieur du Canada, sous le programme de la réinstallation. Toutefois, nous ne traiterons pas de ce processus dans cette recherche, voir la prochaine sous-section pour quelques références sur les programmes d'aide humanitaire existant dans les années 80.

se trouvant légalement au Canada peut y demeurer. Le paragraphe 4(2) comprenait également des clauses d'exclusions pour certaines catégories de criminels dont les réfugiés contre qui il *existe de bonnes raisons de croire* qu'ils « e) se sont livré(e)s à des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques [à moins que le Ministère soit satisfait] que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national » ou encore si pendant leur séjour, ces personnes « f) travailleront ou inciteront au renversement d'un gouvernement par la force »⁹⁹³.

Le réfugié ayant passé l'examen de « sécurité » se voyait alors octroyer le droit de demeurer au Canada en dépit de toute autre règle prévue dans la loi ou dans les règlements (par. 47(3) *Loi de 1976*). Cette procédure pouvait être assez sommaire et l'examen rapide. L'avis était ensuite transmis au Ministre. Le Ministre, par voie de délégation à des fonctionnaires fédéraux supérieurs, devait décider définitivement du statut de la demande en vertu de l'article 45 de la *Loi de 1976*. En d'autres mots, le décideur devait entériner ou rejeter l'avis qui lui était présenté.

S'il s'agissait d'un avis positif, l'arbitre de l'enquête reprenait son examen pour évaluer le respect des conditions de sécurité. La condition portant sur la légalité de la présence du demandeur au Canada était corrigée par l'émission d'un permis de séjour temporaire par le Ministre (article 37 *Loi de 1976*). Il s'agissait là d'un cercle vicieux comme le précise bien la Cour dans sa décision (*Singh*, par. 15). En effet, pour qu'une demande soit présentée, il devait y avoir enquête sous l'article 45 afin d'amorcer le processus d'évaluation de la demande au moyen d'un interrogatoire, puis d'un avis. Toutefois, l'enquête supposait la présence illégale d'un étranger sur le territoire canadien. À ce sujet la Cour souligne également les difficultés rencontrées lorsqu'un permis n'est pas délivré⁹⁹⁴.

Dans le cas d'une décision ministérielle négative, le demandeur d'asile avait quinze jours au moment de la réception de la décision (par. 40(1) des *Règlements*) pour en appeler devant la Commission d'appel de l'immigration pour un réexamen de sa demande d'asile (par. 70(1) *Loi de 1976*). Une copie de la transcription de l'interrogatoire sous serment et une déclaration sous serment précisant le fondement de la demande, les faits et les éléments de preuve devaient

⁹⁹³ Il s'agit des alinéas 19(1)e) et f) par référence au par. 4(2) de la loi de 1976. Les exclusions visent les résidents permanents et en particulier les réfugiés, lorsqu'il s'agit de croire qu'ils ont commis dans le passé ou commettront des crimes visés aux alinéas 19(1) c), d), e), f) ou g) ou 27(1)c) ou d) ou 27(2)c) de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Pour plus de précisions, voir la sous-section 3.2.2.

⁹⁹⁴ Voir l'exemple cité par la Cour dans *Boun-Leua c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 1 C.F. 259.

accompagner la demande de réexamen (par. 70(2) *Loi de 1976*). Toute autre observation, jugée pertinente au dossier par l'appelant (le demandeur d'asile), pouvait être jointe à son dossier écrit.

Les pouvoirs de la Commission d'appel de l'immigration étaient prévus à l'article 71 de la *Loi de 1976* et le devoir de diligence dans les délais de traitement d'examen d'une demande et du fardeau de preuve par écrit reposait sur le demandeur.

Il découle du paragraphe 71(1) qu'une demande jugée sans fondement, par la Commission d'appel, ne connaît aucune suite sans l'opportunité d'être entendu *viva voce*. Toutefois, si la Commission d'appel estime qu'il existe des éléments suffisants, l'appelant (le demandeur d'asile) sera alors convoqué à une audience devant la Commission d'appel. Les règles régissant cette audition étaient de nature quasi judiciaire et l'audience devait se dérouler dans le respect des principes de justice naturelle. En d'autres termes, des garanties élevées devaient accompagner la tenue des audiences sous le paragraphe 71(1). Le test que devait rencontrer le demandeur était d'établir vraisemblablement le bien-fondé de sa demande au moment de l'audience. Aussi, les documents au soutien de la demande, tels que les éléments de preuves et les observations étaient-ils primordiaux pour se réclamer de la protection du Canada.

Aucun des sept demandeurs n'était au Canada en vertu d'un document l'y autorisant au moment de la demande d'asile et tous ont soulevé leur crainte de persécution lors d'une enquête (art. 23 et 27 *Loi de 1976*). Les conséquences varient en fonction du type d'enquête, c'est-à-dire des circonstances dans lesquelles sont interrogées les demandeurs. Par exemple, si la personne s'est volontairement présentée dans les délais prescrits comme dans le cas de M. Kewal Singh, la possibilité de retour au Canada est envisageable (par. 32(5) *Loi de 1976*). Dans le cas d'une enquête sous l'article 27, le paragraphe 32(6) de la *Loi de 1976*, le demandeur n'a plus le droit de revenir au Canada.

Les sept appelants ont donc présenté leur demande d'asile. La procédure de l'époque était prévue aux articles 45 à 48 et l'appel était compris aux articles 70 et 71 dans la *Loi de 1976*. Tous les demandeurs d'asile ont fait appel de la décision négative devant la Commission d'appel de l'immigration. En vertu du paragraphe 71(1) de la *Loi de 1976*, la Commission d'appel, après étude sur dossier, a rejeté les demandes de réexamen du statut de réfugiés des demandeurs. Ces derniers furent déboutés devant la Cour fédérale d'appel qui, en vertu de l'article 28 de la *Loi sur*

la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, donna raison à la Commission d'appel et au ministère de l'Emploi et de l'Immigration⁹⁹⁵.

Seul M. Satnam Singh bénéficiait d'une représentation par avocat devant la Cour suprême au moment de l'autorisation. La Cour a donc nommé pour les six autres appelants un avocat, afin de leur offrir une juste représentation devant la Cour, au moment de l'audition du pourvoi (*Singh*, par. 2). Deux intervenants ont apporté devant la Cour leur vision, soit la Fédération des sociétés sikhes, comme il a été mentionné précédemment, et le Conseil canadien des églises. Il est difficile d'évaluer l'impact de leur intervention. Il suffit de souligner que leur dossier portait essentiellement sur le droit international et l'interprétation des droits fondamentaux et que la Cour a fait écho aux préoccupations soulevées par ces derniers concernant les critiques au système de détermination du statut pour les réfugiés⁹⁹⁶.

Précisons la nature du test que devait satisfaire le demandeur d'asile devant le Comité consultatif et la Commission d'appel (*Singh*, par. 29)⁹⁹⁷. Il s'agit d'un test de probabilité, encore aujourd'hui applicable. Il doit exister plus qu'une simple possibilité que le revendicateur soit persécuté, s'il retourne dans son pays d'origine. Le réfugié ne doit ni convaincre hors de tout doute raisonnable (procès pénal), ni démontrer qu'il existe 50% des chances plus 1 qu'il ou elle sera persécuté(e) (procès civil)⁹⁹⁸. Ce critère a été dicté par la Cour fédérale dans *Lugano c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 2 C.F. 438 et confirmé par la Cour suprême dans *Kwiatowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856.

Pour expliquer le critère de probabilité sous l'article 71, la Cour reprend les conclusions de *Lugano*, qui veut que « la Commission doit rejeter une demande à moins qu'elle ne soit convaincue que la demande « a plus de chances d'être accueillie que rejetée » (*Kwiatowsky*, p. 861). Il est fort intéressant de voir le traitement du dossier de *Kwiatowsky* par la Cour suprême en

⁹⁹⁵ Dossier *Singh* en cour d'appel.

⁹⁹⁶ En particulier sur les allégations des intervenants et des appelants sur l'exposition du danger à la vie et à la sécurité du réfugié en cas de retour, et retenues par la Cour, aux paragraphes 2 et 38 dans *Singh*.

⁹⁹⁷ Pour ne pas créer de confusion avec l'actuelle Commission sur l'immigration et le statut pour le réfugié, nous retiendrons la désignation de la « Commission d'appel » pour référer à l'ancienne Commission qui était chargée de réviser la décision du comité consultatif pour le statut de réfugié et la décision ministériel.

⁹⁹⁸ Il faut distinguer ici le fardeau de preuve de la norme de preuve. Le fardeau de la preuve porte sur la documentation présentée devant la CISR et exige que les allégations de persécution soient prouvées selon la prépondérance des probabilités (50% plus un). En d'autres termes chaque fait est soupesé selon la prépondérance des probabilités. La norme de preuve est celle de la possibilité sérieuse ou raisonnable de la persécution de la personne en cas de retour. Cette possibilité s'évalue sur la foi du témoignage et de la preuve écrite, c'est-à-dire en fonction de l'ensemble de la preuve.

1982 en comparaison avec *Singh*, trois ans plus tard, et précisons-le rendu au moment de l'adoption de la *Charte*⁹⁹⁹. En effet, Me Julius Grey, avocat de M. Kwiatowsky, avait effleuré la question de justice fondamentale et la nécessité pour la Commission d'appel et le ministère d'agir équitablement¹⁰⁰⁰ :

La décision cependant relève uniquement du Ministre. **Le demandeur n'a le droit ni de présenter de preuve supplémentaire, ni de comparaître en personne, ni de demander à être entendu, ni de demander les motifs de la décision.** L'avocat souligne également que, même si en rendant sa décision le Ministre exerce peut-être une fonction purement administrative, il est quand même tenu d'agir équitablement. L'avocat n'a pas développé sa pensée sur le contenu de cette obligation. » [Nous soulignons.]¹⁰⁰¹

On peut se demander, si une argumentation plus exhaustive sur les garanties qu'offre la justice fondamentale aurait permis une conclusion différente de la part de la Cour, même si le sort de M. Kwiatowsky aurait peut-être été le même étant donné l'absence de preuve objective sur la persécution alléguée¹⁰⁰².

⁹⁹⁹ La *Charte des droits et libertés* se trouve à la Partie I de l'Annexe B de la Loi constitutionnelle de 1982. La loi, incluant la *Charte*, est entrée en vigueur le 17 avril 1982 par proclamation de la Reine. L'audition devant la Cour suprême des parties dans *Kwiatowsky* eu lieu le 13 mai, moins d'un mois après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Voir *Kwiatowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856.

¹⁰⁰⁰ Dans le cas de M. Kwiatowsky, citoyen polonais et né à la toute fin de la deuxième guerre mondiale, le problème fut plutôt posé en termes de respect de la procédure établie, plutôt que le manque d'équité de la preuve à la lumière de la Déclaration. M. Kwiatowski a reçu une formation d'instituteur et a enseigné dans différentes localités en Pologne. Il est venu en 1977 rendre visite à sa sœur, immigrante reçue, en laissant en Pologne sa femme et ses deux enfants. Après une prolongation de son statut de visiteur, M. Kwiatowsky s'est vu contraint de quitter le Canada. C'est au moment de son enquête pour expulsion qu'il se réclama de la protection de la *Convention relative au statut pour les réfugiés*. M. Kwiatowsky alléguait la persécution des autorités polonaises (à l'époque communiste) du fait de ses opinions politiques et de sa religion catholique. En novembre 1979, sa demande de réfugié fut rejetée par le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et il en appela devant la Commission d'appel de l'immigration. Un mois plus tard, la Commission rejetait ses soumissions et M. Kwiatowsky a entrepris des procédures judiciaires pour casser la décision de la Commission. Faits détaillés dans *Kwiatowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856, p. 857.

¹⁰⁰¹ *Kwiatowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856, p. 860.

¹⁰⁰² A la page 863 dans *Kwiatowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856, la Cour a retranscrit l'ordonnance de la décision de la Commission:

« Compte tenu du dossier dans son ensemble, la Commission conclut que M. Kwiatowski, d'après sa déposition, pourrait être fondé à croire qu'il a fait l'objet de discrimination dans son poste d'enseignant du fait de ses convictions religieuses. Cependant, il n'y a aucune preuve de persécution. Il a lui-même déclaré dans son témoignage qu'il avait pu se marier dans une église catholique, faire baptiser ses enfants et, en même temps, garder son emploi d'enseignant.

Par conséquent, après un examen attentif de cette demande, la Commission estime que le demandeur ne pourra vraisemblablement établir le bien-fondé de la revendication à l'audition; elle décide donc que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention. [...] Pour arriver à cette conclusion, la Commission a étudié en détail le témoignage de l'appelant pour déterminer s'il satisfaisait à la définition de réfugié au sens de la Convention que donne l'art. 2 de la Loi [sur l'immigration de 1976]. »

Quoi qu'il en soit, *Singh* aura été le dossier qui a changé le visage du droit des réfugiés au Canada en exigeant un nouveau processus équitable. Avant de procéder à l'analyse constitutionnelle dans *Singh* sous les articles 7 et premier de la *Charte*, rappelons que la *Déclaration canadienne des droits* était aussi un instrument en vigueur et pertinent à l'époque des événements, qui fut d'ailleurs le fondement interprétatif de trois des juges dans *Singh*¹⁰⁰³. En effet, les juges Beetz, Estey et McIntyre en sont venus aux mêmes conclusions que la majorité en s'appuyant sur la *Déclaration*¹⁰⁰⁴.

ii) La crédibilité, une affaire de visu : les mesures administratives mises à l'épreuve de la Charte – la nécessité d'une audience orale à travers la création de la Commission

La Cour, dans *Singh*, s'est d'abord intéressée à l'application de la *Charte*. L'analyse constitutionnelle se divise, dans ce cas, en quatre étapes bien précises. Dans un premier temps, la demande d'asile s'inscrit dans le droit d'immigration qui est une compétence du gouvernement fédéral en vertu du paragraphe 91(25) de la *Loi constitutionnelle* et satisfait donc à l'article 32 de la *Charte* sur son application¹⁰⁰⁵.

Dans un deuxième temps, les juges ont dû examiner la portée de l'application de la *Charte* aux étrangers en interprétant le terme « chacun » apparaissant dans l'article 7 de la *Charte* : « Chacun a droit à la vie, la liberté et la sécurité de sa personne ». La Cour distingua les situations où la *Charte* visait clairement un groupe défini d'individus, comme les citoyens en cas de vote ou d'entrée au pays et les autres situations qui correspondent à la présence physique d'une personne, au-delà de son appartenance à la collectivité. L'argument de la légalité de la présence de la personne ne fut pas soulevé et le ministère a admis à la Cour que le terme chacun inclut les demandeurs d'asile. Ce à quoi la juge Wilson acceptera d'y voir « tout être humain qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujéti à la loi canadienne. » (*Singh*, par. 35).

Dans un troisième temps, l'analyse constitutionnelle comprend également la définition des droits atteints, soient la liberté et la sécurité d'un réfugié prévues à l'article 7. Cette question est plus délicate puisqu'elle suppose une action indirecte du gouvernement canadien. Ce ne sont

¹⁰⁰³ *Déclaration canadienne des droits*, S.C.R. 1970, App. III

¹⁰⁰⁴ *Singh*, par. 83.

¹⁰⁰⁵ Pour plus de détails sur la compétence partagée de l'immigration au Canada voir le premier chapitre, à la première sous-section 1.1.1.

pas les autorités canadiennes qui menacent la vie ou la sécurité du réfugié, mais plutôt son action indirecte par le retour dans son pays d'origine où il craint la persécution¹⁰⁰⁶. C'est évidemment l'expulsion dictée par les autorités qui met le réfugié dans une situation de péril. Toutefois, l'atteinte aux droits advient au moment où le gouvernement canadien « prive [la personne] des moyens que lui offre la Loi d'échapper à cette crainte d'être persécutée » (*Singh*, par. 44).

Les définitions des termes sécurité et liberté proposées par les juges dans *Singh* sont fort éclairantes et pertinentes dans le contexte actuel :

« Il me semble que **même si on adopte l'interprétation stricte** [...], l'expression « sécurité de sa personne » doit englober tout autant la **protection contre la menace d'un châtement corporel ou de souffrances physiques, que la protection contre le châtement lui-même**. Je constate, en particulier, qu'un réfugié au sens de la Convention a le droit, en vertu de l'art. 55 de la Loi, de ne pas « ... être renvoyé dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées... » À mon avis, la négation d'un tel droit ne peut que correspondre à une atteinte à la sécurité de la personne au sens de l'art. 7.» (*Singh*, par. 47) [Nous soulignons.]

Pour la première fois, la Cour a défini le terme sécurité, puisque les juges n'avaient jusque-là qu'une conception fragmentaire (*Singh*, par. 46). Cette acceptation générale du châtement corporel s'associe avec le développement du combat contre l'impunité pour la torture et la mise en œuvre de la *Convention contre la Torture* en 1987 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies trois ans plus tôt en 1984¹⁰⁰⁷. Le Canada a ratifié la Convention mais n'a jamais incorporé tout le contenu juridique en droit interne, au moyen d'une loi particulière¹⁰⁰⁸. Toutefois, le Parlement a adopté une protection élargie dans la loi de 2002 en intégrant à la fois la persécution que la crainte de torture (articles 96 et 97 *LIPR*), en plus d'y avoir retranscrit la définition de la torture en annexe de la *LIPR*.

Enfin, dans un quatrième temps, les limitations aux droits de l'article 7 se retrouvent à la fois dans l'article 7 et au premier article de la *Charte*. En effet, l'article 7 permet l'atteinte aux

¹⁰⁰⁶ Prétention du ministère rejetée par la Cour à cause des conséquences du renvoi d'un réfugié dans son pays : arrestation, torture et mort. *Singh*, par. 37 et 40.

¹⁰⁰⁷ En 2013, la *Convention contre la torture* a été ratifiée par 146 États et 10 nations l'ont signé, mais ne l'ont pas ratifié. Le Canada apparaît avoir ratifié ou accédé à la Convention le 24 juin 1987, après l'avoir signé le 23 août 1985. Voir la liste des États ayant ratifié la Convention, suivie des « Déclarations et Réserves » de ces pays. Il est possible de consulter cette liste à l'adresse URL suivante : http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=fr (dernière consultation, le 15 septembre 2013). Voir également la discussion au quatrième chapitre, en particulier la sous-section 4.2.1 point i).

¹⁰⁰⁸ L'analyse constitutionnelle de l'affaire *Suresh*, au quatrième chapitre, la sous-section 4.2.2 traite en détails de la politique canadienne en matière d'impunité contre la torture dans la deuxième section de ce chapitre.

droits à la liberté et la sécurité, si elle est comprise « en conformité avec les principes de justice fondamentale » (article 7). Les principes de justice fondamentale comprennent la règle *audi alteram partem* et requièrent normalement la tenue d'une audience¹⁰⁰⁹. Cependant, comme le souligne la juge Wilson dans l'arrêt *Singh*, « il n'est pas nécessaire que l'absence d'audition soit, dans tous les cas, incompatible avec la justice fondamentale » (*Singh*, par. 60).

En 1980, le juge Pigeon, dissident, dans un dossier d'une demande d'asile par une Polonaise qui a revendiqué le statut au tout début de la mise en œuvre du régime de détermination, écrivait sur la nécessité d'une audience au motif que l'ancienne :

« Commission d'appel de l'immigration n'est pas un organisme administratif, mais une « cour d'archives » (...). Elle doit donc être soumise à la règle qu'**il ne suffit pas que justice soit rendue, il doit être manifeste qu'elle est rendue**. C'est aussi un principe bien établi que la règle *audi alteram partem* est une règle de justice naturelle que la *common law* a adoptée si fermement qu'elle s'applique à tous ceux qui remplissent des fonctions de nature judiciaire et ne peut être exclue que de façon expresse. »¹⁰¹⁰ [Nous soulignons.].

En effet, c'est la possibilité qu'une procédure offre au demandeur d'exposer sa cause et de savoir ce qu'il doit prouver qui mérite d'être examinée sous l'angle de la justice fondamentale¹⁰¹¹. La Cour n'a pas jugé incompatible aux principes de justice fondamentale la procédure uniquement écrite, sauf lorsqu'il est question de crédibilité :

« [j]e ferai cependant remarquer que même si les auditions fondées sur des observations écrites sont compatibles avec les principes de justice fondamentale pour certaines fins, elles ne donnent pas satisfaction. Je pense en particulier que, lorsqu'une question importante de crédibilité est en cause, la justice fondamentale exige que cette question soit tranchée par voie d'audition. » (*Singh*, par. 59).

La notion de crédibilité consiste un élément crucial à la détermination du statut de réfugié. En effet, l'attestation de l'identité du demandeur d'asile et la connaissance historique des enjeux politiques internationaux ne suffisent pas pour octroyer le statut de réfugié. Encore faut-il que le décideur soit satisfait du lien personnel entre l'attitude d'un gouvernement ou d'un groupe et la situation du réfugié. Ce lien qui unit le contexte persécuteur et le demandeur d'asile s'établit

¹⁰⁰⁹ La confirmation du droit à l'audition équitable fut dictée par la Cour suprême dans une affaire de droit pénal, voir *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917.

¹⁰¹⁰ *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639, p. 659.

¹⁰¹¹ Le juge résume en ces termes l'objet du contentieux : « Si j'ai bien compris, les appelants prétendent essentiellement qu'ils n'ont pas eu vraiment la possibilité de présenter leurs revendications de statut de réfugié ni de savoir ce qu'ils devaient établir », *Singh*, par. 33.

rarement à partir de la preuve écrite objective (à moins de cas très clairs de personnalité publique, par exemple)¹⁰¹². C'est très souvent le récit de la personne qui indiquera le degré de crédibilité de son histoire¹⁰¹³. Toutefois, dans le contexte actuel de méfiance ajouté aux obstacles psychologiques, associés à un trauma ou à la nervosité, et aux difficultés d'ordre culturel et linguistique, il devient difficile pour un réfugié de « convaincre » son auditoire¹⁰¹⁴.

En 1985, la juge Wilson est consciente de cette dynamique et oppose à l'avocat du ministère la nature « hautement contradictoire » de la procédure d'appel devant le comité consultatif (*Singh*, par. 61). Le ministère prétendait qu'« il était tout à fait approprié que le Ministre et le comité consultatif sur le statut de réfugié prennent en considération des questions de politique et des renseignements sur les affaires internationales, auxquels la personne qui revendique le statut de réfugié n'a pas eu la possibilité de répondre. » (*Singh*, par. 60) Non seulement, cette procédure est inéquitable, puisqu'elle ne permet pas à cette personne « de savoir ce qu'elle doit prouver », mais en plus ce mode d'opérer néglige un facteur important de la

¹⁰¹² Les interventions canadiennes à l'étranger se réduisent parfois à l'établissement de l'identité de la personne pour lui octroyer le statut de réfugié. Ceci est particulièrement vrai dans les opérations post-conflit, voir par exemple les programmes d'octroi du statut des Bosniaques ou des Rwandais. Dans ces dossiers, il suffisait de prouver son identité et de déclarer ne pas avoir commis de crime de guerre pour obtenir le statut de réfugiés. Cette stratégie revêt une certaine vulnérabilité puisqu'elle permet peu de contrôle sécuritaire, mais c'est au moment d'octroyer la résidence permanente que le ministère procède à un examen plus rigoureux. Ces initiatives étaient plus fréquentes dans les années 80 et 90. Aujourd'hui, le gouvernement aide entre autres les réfugiés Afghans afin de faciliter leur établissement au Canada. Voir le programme de parrainage privé de réfugiés afghans, parrainage d'aide conjointe avec des partenaires issus du milieu communautaire. Consulter la liste des partenaires sur le site du ministère de Citoyenneté et Immigration Canada, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.cic.gc.ca/francais/refugiés/parrainer/liste-parrainage.asp> (dernière consultation, le 5 avril 2013).

¹⁰¹³ Cette crédibilité est souvent entachée par un témoignage aux repères socioculturels qui diffèrent de notre logique occidentale et peut être néfaste au demandeur. Comme le souligne le Pr. Crépeau en parlant des demandeurs devant la CISR : « Son récit brut ne respecte pas souvent la séquence chronologique, comporte des trous, des non-dits, insiste sur ce qui peut être des détails. La culture orale dont provient peut-être le réfugié peut le conduire à des exagérations, des images qui ne correspondent pas à notre sens de la réalité. » Voir François CRÉPEAU, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1995, p. 283.

¹⁰¹⁴ Sur l'usage du terme « convaincu » voir la critique de la procédure des commissaires français, que nous pourrions appliquer au Canada, qui laisse présager l'exigence d'un test plus élevé que ce que requiert la *Convention relative au statut des réfugiés*, soit plus que la simple possibilité d'être persécuté, plutôt que la probabilité (test de droit civil utilisé pour la preuve). Voir Jérôme VALLUY, *Rejet des exilés. Le grand retournement du droit de l'asile*, Broissieux, Éditions Du Croquant, 2009, p. 117. Selon le même auteur, le tournant national-sécuritaire, du moins en Europe, n'est pas un phénomène nouveau, et fut initié dans les années 70 avec le choc pétrolier et reprise dans les années 80 au profit des partis d'extrême droite, voir l'ouvrage de Jérôme Valluy, en particulier le chapitre 3 – Xénophobie(s) et retournement de l'asile, aux pages 183-239. Voir également le collectif très éclairant sur la question des perceptions et des confrontations identitaires dans François CRÉPEAU, Delphine NAKACHE et Idil ATAK (dirs), *Les migrations internationales contemporaines – Une dynamique complexe au cœur de la globalisation*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009.

méconnaissance des faits historiques due souvent à la désinformation des États plongés dans des conflits politiques, ethniques ou religieux (*Singh*, par. 60)¹⁰¹⁵.

En effet, le développement historico-politique à travers l'histoire des Sikhs au second chapitre cherchait, entre autres, à démontrer la difficulté d'une interprétation objective des événements, jugement factuel dont l'établissement dépend en grande partie du positionnement géopolitique des nations les plus puissantes. Plus frappant encore dans l'affaire *Singh*, c'est le refus d'octroyer le statut à des demandeurs Sikhs, militants et qui vivaient au Pendjab alors que des exactions flagrantes étaient rapportées contre les militants et les Sikhs en général par les autorités policières indiennes. Devant une preuve fortement documentée sur le sort des Sikhs dans les années 70 et 80, il est probable que la Cour suprême ait retenu la crédibilité comme un élément charnière à la prise de décision concernant l'octroi de la protection aux réfugiés. Par conséquent, la concomitance entre la protection de l'intégrité physique du réfugié, la procédure de nature contradictoire de la Commission d'appel et le manque de possibilité de faire valoir les intérêts du demandeur ont fait naître la nécessité de tenir une audience¹⁰¹⁶.

La dernière et quatrième question à laquelle devait répondre la Cour se formulait en ces termes : « La procédure peut-elle être sauvée par l'art. 1 de la *Charte* ? »¹⁰¹⁷ L'introduction de la *Charte* répondait à une préoccupation du gouvernement Trudeau, mais également de l'opposition, concernant l'étendue des droits fondamentaux prévus¹⁰¹⁸. L'article premier prévoit une limitation permettant de restreindre les droits fondamentaux au moyen d'une règle de droit raisonnable et justifiée « dans le cadre d'une société libre et démocratique »¹⁰¹⁹. Seulement une dizaine de paragraphes sont consacrés à l'analyse de l'article premier, des paragraphes 65 à 74.

En effet, au moment de l'affaire *Singh*, la Cour faisait face aux premières décisions sur la limitation de l'article premier de la *Charte* qui, dans des termes larges, requiert une interprétation

¹⁰¹⁵ Voir en particulier dans le deuxième chapitre la sous-section 2.1.3 sur la persécution des membres du parti Akali-Dal et la sous-section 2.2.3 sur les Sikhs du Nord de l'Inde et les Tamouls du Sri Lanka et leur lutte à l'auto-détermination de leur peuple.

¹⁰¹⁶ *Singh*, par. 58-64. Voir également Gunther W. PLAUT, *Refugee determination in Canada: a report to the Honourable Flora MacDonald, minister of Employment and Immigration*, Ottawa, LAC Catalogue, 1985, en particulier le point 1. Natural Justice and the UNHCR Guidelines, pp. 48 et ss.

¹⁰¹⁷ *Singh*, point c) introduisant les paragraphes 65 et suivants.

¹⁰¹⁸ Rand DYCK, *The Charter of rights and the Legalization of Politics in Canada (Rev. ed.)*, Toronto, Wall and Thompson, 1994.

¹⁰¹⁹ Voir également le premier chapitre sur l'article 1 et l'arrêt *Oakes* qui détermine l'analyse constitutionnelle, en plus de la grille théorique de Luc B. Tremblay guidant notre analyse, sous-section 1.2.1.

sage de cette disposition qui doit équilibrer démocratie et impératif gouvernemental¹⁰²⁰. En 1986, la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Oakes* offrira une grille d'analyse afin de guider les tribunaux et le gouvernement dans l'application de l'article premier¹⁰²¹. Toutefois, *Oakes* surviendra l'année suivante de la décision rendue par les juges dans *Singh*¹⁰²².

La juge Wilson contourne, en quelque sorte, l'analyse exhaustive de l'article 1 de la *Charte* en renvoyant au contenu de l'article 7, lorsqu'elle écrit qu'« il s'agit de savoir s'il est raisonnable de porter atteinte au droit des appelants [M. Singh et autres] à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne en adoptant un système pour statuer sur les revendications du statut de réfugié qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. » (*Singh*, par. 69). L'interprétation de l'article premier est ici comprise avec celle de la justice fondamentale, l'absence de distinction entre les deux limitations est expliquée parce que les principes de justice fondamentale répondent nécessairement au cadre d'une société libre et démocratique¹⁰²³. La distinction entre les deux sera étudiée en détail dans la deuxième partie de ce chapitre lors de l'analyse de la décision de la Cour dans *Suresh* (voir 3.2.3 au point ii). Ce qu'il faut garder à l'esprit c'est le refus de l'argument utilitaire avancé par le ministère et les coûts associés à la tenue d'une audience (*Singh*, par. 70 et 73)¹⁰²⁴.

L'affaire *Singh* a profondément marqué le processus de détermination du statut de réfugié, puisque la Cour a donné raison aux demandeurs. La décision de la Cour offre encore aujourd'hui un éclairage pertinent et actuel sur le contenu des droits et de l'équité procédurale. La deuxième section de ce chapitre développera plus en détail la portée des droits fondamentaux lors de l'analyse constitutionnelle des restrictions du droit à la sécurité de l'article 7 de la *Charte* (voir 3.2.3 au point ii). Suite au jugement de la Cour suprême dans *Singh*, le gouvernement a mis sur

¹⁰²⁰ Le terme « sage » ou la référence à la sagesse de nos politiciens reviennent souvent dans les décisions de la Cour suprême, pour parler de déférence judiciaire. Pour plus de détails, voir au premier chapitre, la sous-section 1.2.2.

¹⁰²¹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

¹⁰²² En 1984, c'est le juge Estey dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 qui note la difficulté d'interpréter une limite à un droit garanti qui se veut à la fois raisonnable et justifié, ainsi que la nécessité du temps et de l'expérience pour déterminer la légalité d'une telle limite (p. 384).

¹⁰²³ Voir à ce sujet la réflexion de Luc B. Tremblay expliquée au premier chapitre, à la sous-section 1.2.1.

¹⁰²⁴ Les tribunaux canadiens tiennent compte des dépenses qu'entraînent la mise en œuvre d'une nouvelle mesure répondant aux principes de justice fondamentale, mais le coût n'est pas le seul facteur à considérer. Voir *Singh*, par. 73.

plaid une commission d'évaluation du processus dirigée par Gunther W. Plaut qui rendra son rapport et ses conclusions dans la même année du jugement *Singh* en 1985¹⁰²⁵.

Nous retenons deux pistes de réflexion proposées par le rabbin Gunther W. Plaut qui dénotent, à notre avis, de la juste interprétation des droits fondamentaux au Canada à l'égard des réfugiés. La première observation insiste sur la nature contradictoire entre les stratégies gouvernementales en matière de réfugiés et celles qui portent sur l'immigration :

« This also means that refugee determination as such is not an immigration matter. Immigration policy must remain irrelevant to the refugee determination process. Of course, the claimant is physically in Canada and therefore subject to its immigration laws which are administered by the [department]. Both these laws and those governing the determination of refugee status have a claim on him/her, and in that sense, in the person of the refugee claimant, immigration procedures and refugee determination converge. **Such convergence means that a person who makes a refugee claim finds himself/herself subject to a tension between two different governmental strategies.** » (Rapport Plaut, p. 17) [Nous soulignons.]

Cette convergence des intérêts dont traite Gunther W. Plaut provoque une *tension* entre l'obligation morale et juridique de protection et l'imposition des mesures de gestion de l'immigration irrégulière des gouvernements¹⁰²⁶. En faisant du réfugié une menace potentielle à la sécurité nationale ou un « abuseur de système », le demandeur d'asile s'inscrit clairement dans une préoccupation d'immigration et sécuritaire qui n'a plus rien à voir avec les fondements de la *Convention relative au statut des réfugiés* de 1951 et même des exclusions qu'elle prévoit en ses articles 1(F), 32 et 33. En effet, M. Plaut précise que cette tension juridique inéluctablement présente à partir du moment où le réfugié revendique son statut « must not however shade the ensuing process to the detriment of the claimant. » (Rapport Plaut, p. 19)

La deuxième conclusion abonde dans ce sens et se rapporte à l'acceptation par le Canada de limiter sa souveraineté étatique à l'égard de ses obligations internationales concernant le réfugié¹⁰²⁷. Cette limitation implique un impératif moral et éthique à assurer la protection du

¹⁰²⁵ Gunther W. PLAUT, *Refugee determination in Canada : a report to the Honourable Flora MacDonald, minister of Employment and Immigration*, Ottawa, LAC Catalogue, 1985.

¹⁰²⁶ Gunther W. PLAUT, *Refugee determination in Canada : a report to the Honourable Flora MacDonald, minister of Employment and Immigration*, Ottawa, LAC Catalogue, 1985, p. 19.

¹⁰²⁷ Principe de droit international public qui consiste à limiter sa souveraineté par un accord ou un traité écrit. Voir Gunther W. PLAUT, *Refugee determination in Canada : a report to the Honourable Flora MacDonald, minister of Employment and Immigration*, Ottawa, LAC Catalogue, 1985, p. 17 et la *Convention de Vienne sur le Droit des Traités*, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679. Voir sur la restriction de la souveraineté devant les normes impératives de droit

réfugié qui demande l'asile¹⁰²⁸. Les fondements éthique et moral devront également dicter une retenue dans l'étude des critères de criminalité d'un ressortissant étranger qui craint la persécution d'un gouvernement tortionnaire, par exemple (Rapport Plaut, p. 16). C'est ce qui porte M. Plaut à écrire :

« However, the Immigration Act in this case [serious non-political crimes] **should be made more flexible so that the seriousness of the offence may be compared with the seriousness of the persecution feared.** If a refugee faces torture and death, presumably the crime committed would have to be very grave to exclude him/her from protection. **Our law should state that some offences are political and do not exclude the refugee from the benefits of the Convention. It is therefore recommended that the provisions relating to criminality and refugee protection under the Immigration Act be amended to provide for an exception for political crimes, and that Article 1(F)(b) be made an exclusion clause to be applied like other exclusion clauses by the [Board] at a refugee hearing;** and that the [Board], when applying this exclusion, be given discretionary power to determine whether the gravity of the offence is sufficiently serious to deny protection when balanced against the feared persecution. » (Rapport Plaut, pp. 63-64) [Nous soulignons.]

Cette attention sur la nature et les offenses commises à l'étranger est cruciale dans l'interprétation du droit des réfugiés et dans l'étiquetage que nous faisons du réfugié mal venant, c'est-à-dire le réfugié qui arrive au Canada avec, peut-être, un passé criminel et qui n'est donc pas « propre » (*not clean*), un mauvais réfugié. Il existe une perception que les réfugiés qui parviennent au Canada ont nécessairement participé à des activités criminelles, même de façon mineure¹⁰²⁹. Il est souvent rapporté que les réfugiés doivent s'entendre avec des passeurs pour voyager ou encore ont dû voler ou se prostituer pour survivre avant de venir au Canada, les obstacles matériels pour arriver aux portes de l'Occident sont de plus en plus difficiles et périlleux.

Au-delà de la criminalité associée à la survie du réfugié ou encore à son droit de passage à travers le monde, le Rapport Plaut réfère également aux activités jugées criminelles, portant sur

international, telle que la prohibition de la torture, la discussion au quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.2, en particulier le point i).

¹⁰²⁸ Nous reviendrons sur cet impératif que dicte le droit des réfugiés dans ses fondements moraux et éthiques au quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.2, lorsque les critères de la « bonne raison » seront étudiés.

¹⁰²⁹ Sur le reflet de cette perception chez certains décideurs, voir le jugement récent de la Cour suprême dans *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 C.S.C. 40. Le quatrième chapitre, à la sous-section 4.1.2, détaillera cet arrêt qui porte sur l'exclusion 1F(a) de la *Convention relative au statut des réfugiés*, c'est-à-dire exclusion de la définition du réfugié la personne « dont on aura des raisons sérieuses de penser qu'ell[e] [a] commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité ».

des objectifs politiques¹⁰³⁰. Cette mention est très pertinente dans le cadre des lois anti-terroristes qui visent justement des actes terroristes pour des fins politiques et religieuses¹⁰³¹. Précisons que ce sont les moyens utilisés qui sont condamnables plutôt que l'objectif. Cependant, les lois anti-terroristes passent sous silence cette distinction pourtant nécessaire¹⁰³². La sous-section 3.2.1 examine cette problématique en profondeur.

Les conclusions du Rapport Plaut donneront lieu à la création de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR)¹⁰³³. Les lendemains de la décision *Singh* furent difficiles pour l'administration publique qui dû répondre à un nombre élevé de demandeurs ayant droit à une audience auprès des représentants ministériels délégués¹⁰³⁴. Entre 1985 et 2002, la prolifération des mesures procédurales et l'ajustement des garanties occuperont l'appareil bureaucratique qui tour à tour réagira devant les contraintes, à la fois, financières et politiques reliées au domaine de l'immigration.

Sous-section 3.1.2 Le réfugié comme ennemi public: une justification pour la redéfinition des frontières terrestres

Le gouvernement affiche souvent ses objectifs humanitaires que sont la protection internationale des réfugiés - élément central de son agenda humanitaire et de politique étrangère - et comme d'un exemple évident reflétant ses valeurs. Afin de concrétiser son engagement, le

¹⁰³⁰ Par ailleurs, la conclusion dans le Rapport Plaut a été confirmée par la Cour fédérale dans l'affaire *Gil c. Canada*, [1995] 1 F.C. 508 (C.A.) qui fait l'objet d'un développement approfondi sur la question des exclusions en 3.2.2. Voir le développement de Gunther Plaut qui a inspiré le jugement dans *Gil*, Gunther W. PLAUT, *Refugee determination in Canada: a report to the Honourable Flora MacDonald, minister of Employment and Immigration*, Ottawa, LAC Catalogue, 1985, pp. 63-64.

¹⁰³¹ Rappelons que la vague des lois anti-terroristes en Occident définit comme terroriste celui ou celle qui pose des actes d'une grande violence contre des personnes ou des propriétés dans un but politique, religieux ou idéologique afin d'intimider la population ou d'influencer le gouvernement. Cette définition affecte la majorité des groupes politiques voulant apporter un changement devant un gouvernement de dictature ou oppressant. Les groupes radicaux qui se forment à la naissance de ses mouvements porteront des actes qui correspondent à la définition très large du terrorisme. Sharryn Aiken rapportait que de l'avis de nombreux experts sur la question sri lankaises, les Tigres constitueraient un mouvement de libération nationale d'un peuple ayant le droit à l'autodétermination, voir Sharryn J. AIKEN, « Manufacturing « Terrorists »: Refugees, National Security and Canadian Law (Part 2) », (2001) 19 (4) *Refuge* 116, aux pp. 122-123. La fin du deuxième chapitre insiste sur les conclusions souvent trop précipitées des États alliés devant l'incapacité de la communauté internationale à trouver une solution faute d'intervention antérieure à un conflit meurtrier. Le quatrième chapitre insistera sur la portée du terrorisme et l'imprécision que ce terme dénote, voir la sous-section 4.1.1.

¹⁰³² Pour plus de détails voir le quatrième chapitre, à la sous-section 4.1.1.

¹⁰³³ La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) a été créée par une loi du Parlement en 1989 en tant que tribunal administratif indépendant auquel sont attribuées des fonctions quasi judiciaires. Il s'agit du tribunal administratif le plus important à l'échelle nationale.

¹⁰³⁴ Une charge excessive attribuée à la nécessité d'interviewer les demandeurs a créé un énorme arréage. Voir Rand DYCK, *Canadian politics: Critical approaches* (3rd ed.), Scarborough, Nelson Thomson Learning, 2000, p.438.

gouvernement insiste pour que sa contribution vise ceux qui en ont le plus besoin¹⁰³⁵. Si cette réalité était présente dans les années 80 grâce à la mise sur pied de programme humanitaire d'établissement de résidents permanents, les deux dernières décennies inscrivent une tendance à la fermeture des frontières canadiennes¹⁰³⁶.

En effet, dans les années 90, pour répondre à sa politique étrangère et au mouvement interventionniste international, le gouvernement canadien propose de changer sa visée¹⁰³⁷. En effet, plutôt que d'investir sur la détermination au Canada des demandes d'asile, il semblait préférable de diriger les ressources sur les systèmes de détermination près de la source de réfugiés¹⁰³⁸. En d'autres termes, diminuer les effectifs internes de détermination pour financer les organismes et les États frontaliers où se trouve une forte concentration de réfugiés¹⁰³⁹. Cette

¹⁰³⁵ Voir le scepticisme de James C. Hathaway, déjà exprimé dans les années 80, sur la politique canadienne au sujet des réfugiés : « To summarize, refugee law in Canada has evolved as an outgrowth of the traditional policy of promoting immigration in the interest of domestic economic development. Canada's commitments to its allies and to the advancement of international refugee law have attenuated the narrowness of this focus on self-interest, but it would be wrong to assume that they have replaced domestic advantage as the cornerstone of Canadian refugee policy. As the analysis that follows will show, the Canadian policy of "compassion with realism" toward refugees impliedly accepts the promotion of the Canadian national interest as the primary determinant of its refugee policy, and strives to accommodate other concerns to the extent that they are not incompatible with that dominant focus. » Voir James C. HATHAWAY, "Selective concern : An overview of Refugee Law in Canada", (1988) 33 *McGill Law Journal* 676-715, p. 683.

¹⁰³⁶ En novembre 1978, le Parlement canadien adopta trois catégories différentes pour faciliter la sélection des immigrants en situation semblable aux réfugiés (« refugee-like situation »). Ces catégories visaient particulièrement les immigrants de l'Europe de l'Est, l'Amérique latine et l'Indochine. Les conditions sont celles des réfugiés, sauf pour les motifs de la Convention. Les candidats de la classe désignée doivent se trouver à l'extérieur du Canada, ils doivent satisfaire l'agent de leur situation, en vertu de certains critères établis, et doivent démontrer qu'ils peuvent s'établir au Canada. Le pouvoir de créer des classes désignées existe toujours mais n'est pas utilisé par le gouvernement. James Hathaway a critiqué les programmes humanitaires à la fin des années 80, parce qu'ils supposaient des considérations de politiques économiques internes. A son avis, ces programmes s'intéressaient plus à la démographie canadienne et à l'apport économique des nouveaux arrivants plutôt que d'offrir une assistance humanitaire prompt et direct aux populations vulnérables. Voir James C. HATHAWAY, "Selective concern : An overview of Refugee Law in Canada", (1988) 33 *McGill Law Journal* 676-715.

¹⁰³⁷ Voir au premier chapitre la discussion sur les concepts de sécurité et le mouvement internationaliste à la sous-section 1.2.3.

¹⁰³⁸ Sur l'évolution des politiques d'immigration dans les années 70 et 80, voir Freda HAWKINS, *Canada and Immigration : Public policy and public concern* (2^{dn} ed), Montreal, McGill-Queen's University Press, 1988, dans sa deuxième et septième partie, l'auteure retrace les politiques publiques en matière d'immigration des années 40 jusque dans les années 80, au chapitre 9, l'auteure soulève les problèmes d'opération des agents d'immigration à l'étranger. Selon Hathaway, cette idée est née de la distanciation entre le Canada et la plupart des pays « producteurs » de réfugiés. Voir James C. HATHAWAY, "Selective concern : An overview of Refugee Law in Canada", (1988) 33 *McGill Law Journal* 676-715, pp. 687 et ss.

¹⁰³⁹ Cette politique est désuète comme le souligne si bien Hathaway : "There is a pervasive belief in official circles that refugees should seek shelter in the very nearest safe country, and that Canada and other states of destination should be permitted to exercise discretion over which refugees are to be resettled. This policy is anachronistic in its failure to take due account of modern transportation links, and unfair in its shifting of the refugee burden based on the accident of geography." Voir James C. HATHAWAY, "Selective concern : An overview of Refugee Law in Canada", (1988) 33 *McGill Law Journal* 676-715, p. 687.

orientation est justifiée par une gestion plus efficace des ressources et des résultats souhaités et s'inscrit vraisemblablement dans les intérêts démographiques que le Canada veut préserver¹⁰⁴⁰. Cette distanciation représente, à notre avis, une période charnière dans l'immigration canadienne qui tentera de plus en plus à renforcer le filtrage aux frontières et dans les aéroports internationaux - phénomène illustré par les exemples de cette section.

En soi, les modèles d'assistance dans les pays voisins des conflits sont très attirants, puisqu'ils visent apparemment à maintenir les réfugiés dans leurs région d'origine pour assurer leur rapatriement dès que la situation se sera calmée. Mais cette idée déresponsabilise les pays occidentaux de leurs obligations internationales. Ce type d'intervention à l'étranger permet peut-être parfois une meilleure intégration sociale dans une culture similaire et un retour éventuel dans le pays d'origine. Pourtant, ce modèle néglige un fait très important, soit la difficulté des pays limitrophes à offrir une protection adéquate. Cette limitation n'est pas seulement financière et juridique, mais également culturelle, raciale et religieuse. Par exemple, les conflits africains dépassent souvent le tracé des frontières, héritage colonial et qui a divisé des populations et des communautés autrefois unies et aujourd'hui en guerre.

À notre avis, dans un contexte marqué par la fermeture des frontières, cette stratégie constitue un argument supplémentaire à la distanciation des pays occidentaux face à l'arrivée d'étrangers jugés « indésirables ». En effet, en prétendant diriger des ressources et des critiques sur la politique étrangère, le gouvernement peut plus facilement détourner l'attention sur les problèmes de détermination interne du statut de réfugiés. Pourtant, on accentue la vulnérabilité des réfugiés légitimes qui vivront dans des conditions difficiles et dans une situation dans laquelle la réconciliation avec les persécuteurs est quasiment impossible.

Devant le phénomène démographique migratoire et les obligations juridiques qui furent consenties et adoptées librement pas les États, les gouvernements occidentaux semblent avoir développé depuis les années 90 des mécanismes de « défense » contre la venue massive de migrants, quel que soit leur statut, qu'il s'agisse de l'immigration irrégulière ou des réfugiés. Plusieurs stratégies nationales et régionales ont été mises en place et toutes les solutions qui

¹⁰⁴⁰ Opinion que nous pourrions également imputer à Hathaway dans l'esprit global qu'il décrit de la protection des réfugiés à travers les politiques publiques du Canada. Voir James C. HATHAWAY, "Selective concern : An overview of Refugee Law in Canada", (1988) 33 *McGill Law Journal* 676-715, pp. 676, 683 et la conclusion aux pages 714 et 715.

proposent de régler la problématique migratoire, incluant celle des réfugiés, à l'extérieur des frontières sont jugées bonnes et efficaces, sur tous les points de vue : idéologique, logistique et administratif¹⁰⁴¹.

L'éveil des nations occidentales au respect de la dignité humaine à travers une coalition internationale fut long. Il fallut deux guerres mondiales et la terrible imposition du bloc soviétique pour que peu à peu l'Europe et les États-Unis affirment la nécessité d'une *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Pourtant, les trois premiers pays à adopter dans leur constitution une charte des droits sont les États-Unis, la France et la Pologne. La *Magna Carta*, cette charte proclamée par le Roi *John of England* (Jean sans Terre) confirmait la suprématie de la loi contre l'arbitraire royal déjà en 1215.

La libération des États sous le joug soviétique favorisa une concertation des efforts entre les nations pour donner une voix aux citoyens. Sans toutefois, renverser la vapeur d'un courant hégémonique s'appuyant sur la sécurité et la gestion des menaces (risque zéro), on assiste dans les années 80 à une sensibilité particulière à la question humanitaire qui s'inscrit dans les courants humanistes et la justification d'une politique étrangère visant la protection à distance de nos sociétés¹⁰⁴². Au Canada, le rapatriement de la Constitution sera l'occasion d'inclure une charte des droits et libertés qui permettra aux étrangers de s'en prévaloir.

En effet, dans les années 80, plusieurs initiatives humanitaires permettaient de répondre à des situations nécessitant une intervention internationale, mais qui dépassaient le cadre de la protection de la *Convention relative au statut des réfugiés*¹⁰⁴³. La *loi sur l'immigration de 1976* prévoyait, tel que souligné auparavant, l'admission de migrants sur une base humanitaire de personnes dans le besoin. Ces programmes permettaient un accès rapide et évitaient aux individus

¹⁰⁴¹ Et à tort, corroborées par des analyses constitutionnelles qui n'ont pas toujours une vision globale de la situation et donnant lieu à de fausses solutions juridiques. Cette philosophie est poursuivie dans la réforme de 2012 et 2013 et vise directement les réfugiés. Pour plus de détails sur les mesures adoptées, la deuxième partie de ce chapitre, à la sous-section 3.2.2.

¹⁰⁴² On assiste à une pareille ouverture et un régime plus généreux pour les réfugiés aux États-Unis au début des années 80, toutefois l'immigration américaine ne tardera pas à se resserrer autour des enjeux sécuritaires. Voir Daniel KANSTROOM, *Deportation nation : outsiders in American history*, Boston, Harvard University Press, 2007, pp. 226-228.

¹⁰⁴³ Le gouvernement conservateur a, désormais, changé l'ACDI pour son programme d'assistance humanitaire internationale au sein des Affaires étrangères. Voir le site officiel à l'adresse URL suivante : <http://www.acdi-cida.gc.ca/acdi-cida/acdi-cida.nsf/fra/JUD-24132427-PLC> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

qui ne pouvaient se réclamer de la protection en tant que réfugiés, parce que leur situation n'était pas conforme aux motifs de persécution, de trouver un futur meilleur.

Il faut dire que la *loi sur l'immigration de 1976*, entrée en vigueur en 1978, avait comme objectif, outre de répondre à aux obligations internationales du Canada, de favoriser l'augmentation de la population canadienne en facilitant la venue des immigrants qualifiés¹⁰⁴⁴. Par exemple, la nécessité d'un contrat de travail avant l'arrivée fut levée afin de permettre plus de migrants à venir s'établir au Canada. La raison étant fortement économique, dans les années 80, l'immigration devenait un outil macroéconomique qui permettait de répondre à la dénatalité et à accroître la population active devant une population de plus en plus vieillissante. L'aide financière du fédéral aux programmes linguistiques permettait également une meilleure intégration des nouveaux arrivants¹⁰⁴⁵.

Il existe, encore sous le régime de la *LIPR*, le programme de compassion humanitaire, mais les taux d'acceptation sont si faibles qu'il ne parvient pas à offrir une réponse réelle à la détresse de personnes qui ne souffrent pas de persécution, mais qui sont forcées de fuir des situations intolérables. Tel est le cas des catastrophes naturelles provoquant le déplacement interne et international des populations, comme le séisme en Haïti ou les inondations en Asie¹⁰⁴⁶.

L'entrée et la sortie du demandeur, hors des frontières canadiennes, ne sont prévues par aucune loi au Canada, sauf par les dispositions générales qui régissent l'entrée d'un étranger¹⁰⁴⁷. Le paragraphe 6(1) de la *Charte*, précédemment mentionné, prévoit le droit de sortir et d'entrée du Canada et celui d'y demeurer, ce droit est réservé aux citoyens canadiens. Ces dispositions s'appliquent lorsque la personne se présente au point d'entrée avec des documents valides¹⁰⁴⁸ et donnent un droit d'entrer à tout citoyen canadien et résident permanent¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁴ Selon Green et Green, trois objectifs principaux étaient recherchés : 1. La réunification des familles des migrants reçus, 2. Le respect des obligations internationales en matière des réfugiés et 3. La construction d'une forte économie canadienne. Voir Alan G. GREEN and David GREEN, "The Goals of Canada's Immigration Policy: A Historical Perspective", (2004) 13.1 *Canadian Journal of Urban Research* 102-139, p. 121.

¹⁰⁴⁵ Alan G. GREEN and David GREEN, "The Goals of Canada's Immigration Policy: A Historical Perspective", (2004) 13.1 *Canadian Journal of Urban Research* 102-139, pp. 120 à 122.

¹⁰⁴⁶ La participation humanitaire aux catastrophes de cette envergure est opérée par l'ACDI. Son existence étant mise en cause, on peut alors douter de l'efficacité de l'intervention canadienne.

¹⁰⁴⁷ Articles 18 et suivants de la *Loi*.

¹⁰⁴⁸ Pour l'étranger qui veut entrer au Canada, il doit présenter un visa et d'autres documents requis par les règlements (article 50 des *Règlements*). Article 20 de la *LIPR*.

¹⁰⁴⁹ Article 19 de la *Loi*. La *Charte* permet l'entrée et la sortie de tout citoyen canadien à l'article 6.

Pour illustrer ce propos, il suffit de nommer quelques-unes des mesures législatives mises en œuvre dans les années 1990 et 2000 : impositions de visas (Zimbabwe, Hongrie), plan d'action de frontières intelligentes, l'accent sur les services secrets, les interdictions et l'imposition de la carte de résident permanent (point i). S'ajoute à cela une croissance des échanges d'information, une facilitation de déplacement pour les nationaux occidentaux, une frontière commune pour les réfugiés (les ententes explicites et implicites de pays-tiers sûrs), l'usage de la biométrie et d'autres technologies pour permettre une plus grande interception des personnes et des communications (point ii).

Les principes de légitimation des décisions politiques en matière d'immigration, et plus particulièrement lorsqu'il s'agit de la protection des réfugiés, veulent que l'équité rime avec l'efficacité, que la protection aille de pair avec le contrôle où le partenariat stratégique apparaît comme une panacée. Pour gérer le flux croissant, le Canada doit contrôler son accès frontalier, redresser son système de détermination et redéfinir sa réponse internationale, tel est le reflet des discours protectionnistes canadiens visant bien souvent à rassurer son géant américain du Sud¹⁰⁵⁰. Il s'agit d'une construction politique qui s'éloigne, toutefois, d'une protection concrète des réfugiés et qui porte plutôt sur une distanciation des problèmes des pays en développement.

Ce qui gêne le plus, à notre avis, c'est l'approbation quasi aveugle de la population à de telles interventions. Le ralliement des citoyens aux politiques de refoulement à l'étranger semble rassurer la population de sa propre protection, une sécurité physique majorée par une intervention militaire ou civile à l'étranger¹⁰⁵¹. Cette posture psychologique trouve un terreau fertile dans nos sociétés de risques qui adopte une tolérance zéro de la menace (point i). Plus le discours s'approprie d'une conception de sécurité maximale, une sorte de protection bonifiée, et plus la prolifération des politiques publiques repoussant les étrangers à l'extérieur de nos frontières occidentales (frontières nationales mais aussi régionales) obtient l'aval de la population (point ii).

¹⁰⁵⁰ Voir entre autres, le discours du 20 juin 2012 du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada, l'Honorable Jason Kenney, sur le besoin de renforcer les mesures de sécurité et de renvoi à l'égard des étrangers. Ce discours fut prononcé à l'occasion de l'annonce du dépôt du projet de loi C-43 sur le renvoi accéléré des criminels étrangers. Discours disponible à l'adresse URL suivante: <http://www.cic.gc.ca/english/department/media/speeches/2012/2012-06-20.asp> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹⁰⁵¹ Sur la notion de sécurité, voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.1.1.

i) Construction politique négative de l'étranger et les discours incriminant des groupes vulnérables à travers la tolérance zéro des risques

La personnification des étrangers comme une menace potentielle à notre sécurité nationale a suscité la prolifération des exclusions pour cause de criminalité, surtout après le 11 septembre¹⁰⁵². L'interprétation de ces clauses voudrait une certaine retenue lorsqu'il s'agit de demandeur d'asile, entre autres sur la question des équivalences de crimes (les peines sont souvent plus élevées dans les pays avec des gouvernements oppresseurs) ou encore sur les motivations politiques des actes commis dans le but de contester un régime en place¹⁰⁵³.

Cette méfiance à l'égard des réfugiés se répercute dans la crédibilité des réfugiés. Bien souvent les décideurs doutent du fondement des demandes d'asile et hésitent à octroyer l'asile lorsque la demande est uniquement basée sur la parole du demandeur¹⁰⁵⁴. Les discours politiques encouragent également l'identification de criminels graves étrangers aux réfugiés, puisque les criminels utiliseraient la détermination du statut pour fuir la justice pénale. Il est permis de croire que le système de filtration des criminels fonctionne bien, même s'il y a des ratés et que des petits futés en profitent. Les « gros terroristes » ont généralement les moyens de demander la résidence qui est souvent octroyée quand il n'y a pas d'irrégularité évidente. En ce sens, les services secrets canadiens ont une action bien limitée à certains conflits et à certaines régions du monde. Faut-il dire que le vrai pouvoir de l'information se trouve chez nos voisins du sud, sans oublier sa force militaire?

Toutefois, quel que soit le moyen, pour les terroristes, seule la finalité compte, tous les moyens sont bons et tout système comporte des lacunes dont les dispositifs de sécurité n'attendent qu'à être contournés par le crime organisé. Il serait de toute façon utopique de croire pouvoir

¹⁰⁵² La prochaine section décrit les changements législatifs et la réponse au 11 septembre est plus fortement soulignée dans le quatrième chapitre. Voir la section 3.2 et la sous-section 4.1.1. Pour un ouvrage publié juste après les événements et s'interrogeant sur les mesures adoptées, voir Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH, *The security of freedom, Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001.

¹⁰⁵³ Le terrorisme est clairement condamné par les Nations Unies et s'inscrit dans les exclusions 1F(a) et 1F(c) de la *Convention pour le statut des réfugiés*. Toutefois, l'interprétation de ce qui constitue le terrorisme et les balises incertaines du droit demeurent problématiques, voir à ce sujet la première partie du quatrième chapitre, 4.1.

¹⁰⁵⁴ Les dossiers judiciaires apportés devant la Cour fédérale sont peu nombreux. En effet, l'expertise administrative attribuée aux commissaires et à la CISR exerce une forte retenue judiciaire sur les juges de la Cour fédérale qui n'interviendront que dans des cas flagrants de violation de la justice fondamentale, comme le prescrivent d'ailleurs les tests de contrôle judiciaires à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

« combattre » à mains égales le terrorisme ou le crime organisé¹⁰⁵⁵. Ce qui retient l'attention de cette section, c'est la facilité pour les gouvernements occidentaux de diffuser une propagande négative contre les réfugiés et son institution. En effet, l'association facile entre le réfugié et la menace potentielle à notre intégrité physique et identitaire résonne dans l'imaginaire populaire et ébranle les certitudes dressées par l'idée d'une société ordonnée et sans danger.

Pour les États, l'approche de gestion des risques qui filtrerait une partie ou presque toutes les menaces est fondamentale, tellement qu'en cas de terrorisme la société exige une tolérance zéro et admet toute intervention militaire ou civile allant dans ce sens. C'est aux États-Unis qu'est né le concept de la tolérance zéro¹⁰⁵⁶. Dans le sillage de la « révolution conservatrice » reaganienne des années 80, la tolérance zéro est le produit d'officines idéologiques défendant le libre marché, la responsabilité individuelle et les valeurs patriarcales, telles que l'*American Enterprise Institute*, le *Cato Institute*, la *Foundation Heritage* et surtout le *Manhattan Institute*¹⁰⁵⁷. A partir de 1993, le nouveau maire républicain de New York, Rudolph Giuliani, va faire de sa ville la vitrine mondiale de la tolérance zéro¹⁰⁵⁸. Le but politique est de calmer les peurs des classes moyennes et supérieures, les seules à porter aux urnes leur vote. Pour ce faire, William Bratton, chef de la police municipale newyorkaise, va tripler les effectifs policiers, responsabiliser les commissaires de quartier par une obligation chiffrée de résultats et procéder à un quadrillage informatisé de la population. Sans résultat notable, sauf une augmentation des plaintes contre la police de 60%¹⁰⁵⁹!

La grande innovation consiste en effet en une application de la théorie de la « police intensive » qui cible des groupes sociaux tels les sans-abri ou les sans-papiers¹⁰⁶⁰. En Europe, et plus particulièrement en France, c'est cette pratique qui est introduite dans des délits pénaux visant

¹⁰⁵⁵ Nous aborderons cette facette du terrorisme plus en détails au quatrième chapitre, à la sous-section 4.1.1, lorsqu'il est question de la lutte contre une guerre méconnue que constitue le terrorisme.

¹⁰⁵⁶ James Q. WILSON and George L. KELLING, "Broken windows: the police and neighborhood safety", *The Atlantic Monthly*, March 1982, 1-10.

¹⁰⁵⁷ Jayne MARSHALL, Zero tolerance policing, *South Australia Office of Crime*, Issue 9, March 1999, pp. 1-12.

¹⁰⁵⁸ Jeffrey FAGAN, Franklin ZIMRING and June KIM, "Declining homicide in New York City: A tale of two trends", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 88-4, Summer 1998, 1277-1324. Voir aussi sur l'inefficacité de la méthode, Fabrizio TONELLO, "Così negli USA è fallita la Tolleranza zero", *Il Manifesto*, 31 Agosto 2007.

¹⁰⁵⁹ Jeffrey FAGAN, Franklin ZIMRING and June KIM, "Declining homicide in New York City: A tale of two trends", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 88-4, Summer 1998, 1277-1324, pp. 1280 et 1290.

¹⁰⁶⁰ Neil SMITH, "Global social cleansing : Postliberal revanchism and the export of Zero tolerance", (2001) 28(3) *Social Justice* 68-74. Voir également Marie-Eve SYLVESTRE, "Policing the homeless in Montreal: is this really what the population wants?", (2010) 20(4) *Policing and Society* 432-458.

spécifiquement des populations-cibles, comme, dans les lois Sarkozy, les prostitué(e)s, les gitans, les jeunes des banlieues¹⁰⁶¹. C'est ainsi que l'on passe peu à peu d'un droit pénal des actes répréhensibles à un droit pénal des personnes dangereuses, ou plutôt des populations dangereuses. Ce passage se transpose dans une vision négative du groupe ciblée et participe à une forme de « criminalisation » des membres¹⁰⁶². De plus, l'usage du corps de celui qui est perçu comme un criminel, par l'intervention des autorités à l'intérieur d'une approche tolérance zéro, n'est pas sans rappeler la théorie foucauldienne du biopouvoir et du discours de l'ennemi public¹⁰⁶³.

Indépendamment de son objet apparent, « la doctrine de la tolérance zéro est un instrument de légitimation de la gestion policière et judiciaire de la pauvreté », résume le sociologue Loïc Wacquant¹⁰⁶⁴. Cette incrimination des groupes d'individus plutôt que des actes est dangereuse à plusieurs égards : non seulement elle stigmatise un groupe, elle vient en plus exorciser la perception de la population sur ce groupe¹⁰⁶⁵. Raisonement contraire à la raison et au droit, dont l'écho en droit de l'immigration est percutant et force un redressement des mécanismes déjà en place.

En effet, la tolérance zéro s'applique à tous les groupes de la société qui sont associés à la perturbation sociale, c'est-à-dire des communautés en marge tels que les itinérants, les squeejées, les drogués, les prostituées, etc. Bien sûr, les migrants irréguliers ont vite fait d'appartenir à ces

¹⁰⁶¹ Loïc WACQUANT, « Penal 'common sense' comes to Europe – US exports zero tolerance », *Le Monde Diplomatique*, Avril 1999, pp. 24-25. Voir également du même auteur, « Sur quelques contes sécuritaires venus d'Amérique – Les impasses d'un modèle répressif », *Le Monde Diplomatique*, Mai 2002, 6-7.

¹⁰⁶² Dans le sens de rendre quelqu'un criminel, même si le droit pénal n'offre aucune définition. Il faut distinguer, ici, la pénalisation et la criminalisation. Sur le phénomène de criminalisation voir le travail important du sociologue et criminaliste Alvaro Pires : Christian DEBUYST, Françoise DIGNEFFE, Alvaro P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine 2*, Bruxelles, Editions Larcier, 2008. Voir aussi directement lié à la problématique migratoire et à la pénalisation du droit de l'immigration Daniel KANSTROOM, *Criminalizing the Undocumented: Ironic Boundaries of the PostSeptember 11th "Pale of Law,"* (2004) 29 *N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.* 639-661 et Stephen H. LEGOMSKY, *The new path of immigration law: Asymmetric incorporation of criminal justice norms*, (2007) 64 *Walsh. & Lee L. Rev.* 469-528. Voir également les préoccupations légitimes soulevées par le Commissaire européen aux droits de l'Homme dans COUNCIL OF EUROPE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Issue Paper commissioned and published by Thomas Hammarberg, Strasbourg, CommDH/IssuePaper(2010), 4 February 2010.

¹⁰⁶³ Agnes HELLER and Sonja Puntcher RIEKMANN (eds), *Biopolitics. The politics of body, race and nature*, Avebury, Vienna, 1996, en particulier les chapitres 6 et 11 de John FEKETE, *Biopolitics, Postmodernism, and Cultural Policy. The Zero Tolerance Model of State Intervention in Canadian Higher Education*, pp. 83-94 et Martin A. SCHAIN, *The Racialization of Immigration Policy. Biopolitics and Policy-making*, pp. 157-178.

¹⁰⁶⁴ Voir Loïc WACQUANT, *Les prisons de la misère*, Paris, Liber-Raisons d'agir, 1999.

¹⁰⁶⁵ Voir Loïc WACQUANT, « Sur quelques contes sécuritaires venus d'Amérique – Les impasses d'un modèle répressif », *Le Monde Diplomatique*, Mai 2002, pp. 6-7. Dans *Les prisons de la misère*, Wacquant décrit le processus de la sécurisation, objectif poursuivi par les politiciens : « une comparaison méthodique montrerait tout de suite que la prétendue « montée inexorable » des « violences urbaines » est avant tout une thématique politico-médiatique visant à faciliter la redéfinition des problèmes sociaux en termes de sécurité » dans Loïc WACQUANT, *Les prisons de la misère*, Paris, Liber-Raisons d'agir, 1999, p. 121-122.

catégories facilement rendues criminelles par les discours politiques et l'intervention des forces policières¹⁰⁶⁶. Encore une fois, ce sont des catégories de personnes peu représentées sur la scène politique, si ce n'est par quelques activistes trop peu nombreux pour exercer une pression médiatique et politique sur les décideurs.

En droit de l'immigration, la transposition de la tolérance zéro s'exprime souvent à travers des politiques concernant la migration irrégulière. Toutefois, l'expression la plus sévère de la tolérance zéro se traduit, selon nous, dans la transposition de la philosophie du droit pénal en droit de l'immigration¹⁰⁶⁷. L'adoption croissante des mesures pénalisantes contre toute intrusion étrangère affiche un paroxysme sécuritaire qui n'a de fondement que la perception négative de la société sur les étrangers et les réfugiés. En effet, cibler les migrants irréguliers ou les réfugiés comme des éléments perturbateurs de l'équilibre social contribue à faire de ces individus des indésirables¹⁰⁶⁸. Si le droit répond à cette perception, c'est-à-dire qu'il confirme dans la loi ou dans l'interprétation des droits fondamentaux l'illégalité de la présence des étrangers, il ne reste plus d'autres choix aux réfugiés que le retour à la persécution dans leur pays d'origine.

La pénalisation des réfugiés, au sens général, renvoie à l'adoption de mesures légales coercitives à l'égard des demandeurs d'asile, mais aussi des réfugiés dont il y a des motifs de croire qu'ils représentent un danger pour la sécurité du Canada. Il faut comprendre le phénomène de pénalisation comme une adaptation par le droit de l'immigration des normes pénales. Le droit administratif, qui définit le droit de l'immigration, se métamorphose en adoptant des réflexes et des codes qui relèvent du droit pénal. L'influence du droit pénal sur le droit de l'immigration participe à une transformation des structures propres au droit civil qui caractérisait jusqu'alors le droit

¹⁰⁶⁶ Voir l'intéressante et pertinente réflexion de Teresa Miller qui dans une analyse sociologique prend pour point de départ la surcriminalisation du droit de l'immigration au lendemain du 11 septembre pour saisir les rapports de force de l'État sur les migrants en appliquant la tolérance zéro dans Teresa MILLER, « Blurring the boundaries between immigration and crime control after September 11th », (2005) 25 *B.C.Third World L.J.* 81-124. Miller s'appuie entre autres sur les travaux des professeurs de droit Daniel Kanstroom et Michael Welch. Voir Daniel KANSTROOM, *Deportation nation : outsiders in American history*, Harvard University Press, Boston, 2007 et Michael WELCH, *Detained: immigration laws and the expanding I.N.S jail complex*, Temple University Press, Philadelphia, 2002. Voir également Palidda SALVATORE, « La criminalisation des migrants », (1999) 128 *Actes de la recherche en sciences sociales* 39-49.

¹⁰⁶⁷ Voir en immigration le collectif de Estibalitz JEMINEZ et François CRÉPEAU (dirs), *La criminalisation de l'immigration*, (2013) 46 *Criminologie* (Special Issue). Sur la pénalisation des étrangers et aux États-Unis le collectif Julie A. DOWLING and Jonathan XAVIER INDA (eds), *Governing immigration through crime*, Stanford University Press, Chicago, 2013.

¹⁰⁶⁸ Voir le collectif très éclairant de François CRÉPEAU, Delphine NAKACHE et Idil ATAKA (dirs), *Les migrations internationales contemporaines – Une dynamique complexe au cœur de la globalisation*, Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2009.

administratif, en général, et le droit de l'immigration, de façon particulière. Cette modification des structures régissant le droit de l'immigration a un impact sérieux sur la détermination des droits fondamentaux des réfugiés. Ce changement ne pourra s'opérer que si des garanties procédurales accompagnent cette mutation. En d'autres termes, les caractéristiques pénalisantes du droit de l'immigration ne pourront être légitimes que si elles procèdent par l'adoption de procédures judiciaires garantissant le maintien des droits fondamentaux. L'histoire judiciaire a démontré la nécessité de garanties plus élevées en droit pénal ; l'introduction des garanties devra participer de la même évolution en droit de l'immigration.

C'est ainsi, qu'avec la politique de la tolérance zéro, le nouveau standard se résume comme suit : aucun terroriste connu ou aucune personne menaçant la sécurité ne doit voyager en Amérique du Nord de façon *incognito*. Pour le Canada, cette orientation a pour conséquence la nécessité d'entrevoir avec les Américains une façon efficace (ou en apparence) de filtrer tous les voyageurs avant qu'ils ne parviennent en Amérique du Nord. Il doit également être impératif que cette personne doit correspondre à celle qui a été précédemment filtrée. La fiabilité des documents de voyage devient donc primordiale afin de confirmer l'identité des voyageurs.

Dans cette perspective, aussi longtemps que le seul lien entre le moment de la décision d'émettre un passeport ou un visa jusqu'à l'inspection à l'embarquement ou au point d'entrée consiste en un document, l'État demeure vulnérable de toute fausse représentation. Par conséquent, la création de mesures électroniques, telle que l'étiquette biométrique confirmant l'identité des voyageurs par l'inscription au préalable des empreintes digitales et de la rétine, et l'échange étroit d'information entre les pays deviennent les moyens nécessaires pour contrer le terrorisme¹⁰⁶⁹. Il faut démasquer le fraudeur, même si le prix à payer est de refouler quelques réfugiés dont le sort est totalement inconnu et indifférent à la population du pays hôte. À ce stade-ci, l'État préférera de toute façon afficher un visage sécuritaire face à ses homologues, partenaires économiques et à ses citoyens, plutôt que se préoccuper de la personne qui peut légitimement se réclamer de sa protection.

À notre avis, la politique américaine en matière de sécurité est intimement liée avec les mesures d'interception et de contrôles que le gouvernement a mis en place depuis les années 90.

¹⁰⁶⁹ Voir l'énumération des nouvelles procédures mises en place dans le Rapport Annuel de la Citoyenneté et Immigration Canada sur la *Loi sur la protection des renseignements personnels, Loi sur l'accès à l'information*, Rapport annuel 2004–2005.

Il semble également que la création de la CISR qui offrait pour la première fois dans le monde occidental un processus équitable et indépendant pour les réfugiés a été perçue comme un élément persuasif pour les étrangers et les réfugiés à venir au Canada en transitant par les États-Unis. Le traitement des demandes d'asile plus généreux qu'aux États-Unis, et ailleurs en Europe, semble avoir fait naître une désapprobation du côté américain qui voit passer sur son territoire les demandeurs d'asile avant qu'ils ne frappent à la porte du Canada.

Après les attentats du 11 septembre, les gouvernements canadien et américain ont immédiatement intensifié les efforts d'exécution de la loi à la frontière en initiant un plan d'action en 30 points. Ils ont également entamé une série de pourparlers pour resserrer davantage la sécurité. Le gouvernement fédéral a ensuite élaboré, en matière de sécurité publique et d'antiterrorisme, une stratégie qui s'oriente sur six grands objectifs, à savoir¹⁰⁷⁰ :

- améliorer la sécurité aérienne;
- améliorer le contrôle à la frontière;
- resserrer la sécurité à la frontière et faciliter les mouvements transfrontaliers;
- améliorer l'efficacité du renseignement et du maintien de l'ordre;
- améliorer la planification d'urgence et le soutien offert aux militaires;
- mettre à profit l'infrastructure frontalière et les moyens dont dispose la communauté internationale.

Dans cette optique, et depuis 2003, l'une des principales fonctions de Citoyenneté et Immigration Canada devient le contrôle de l'accès au territoire canadien en conciliant les fonctions d'exécution de la loi et de facilitation – orientation renforcée qui ne vise qu'une partie de ce ministère, c'est-à-dire la mise en exécution de la loi. Aussi, bon nombre des thèmes de la sécurité publique et d'antiterrorisme (appelée dans le jargon administratif la « S.P.A. ») du gouvernement canadien concernent directement des activités essentielles du ministère de Citoyenneté et d'Immigration Canada. Le prochain point insiste sur la nouvelle dimension des frontières comme régulatrices des contrôles migratoires et de l'augmentation du tampon sécuritaire.

ii) Le refoulement progressif des réfugiés : de la redéfinition des frontières jusqu'au renvoi vers la torture dans les cas de criminalité grave

¹⁰⁷⁰ Voir SECURITE PUBLIQUE ET ANTITERRORISME, Rapport final, Septembre 2003.

La proximité frontalière avec les États-Unis et l'unicité du régime canadien dans l'application du droit des réfugiés portèrent les Américains à mettre le Canada dans le box des accusés : le gouvernement canadien gère mal ses frontières et laisse passer les criminels et les terroristes, plus de 8,000 km de frontières terrestres partagées avec nos voisins du Sud¹⁰⁷¹. Cette image entachée et non fondée est confirmée par les propos de Margaret Young dans le Background Paper sur l'immigration, lorsqu'elle adresse les préoccupations du gouvernement canadien :

« At the same time, the law regarding refugee claimants must be stringent enough to counteract the perception that Canada does not have control of its borders. The government has long feared that, without control, support for all immigration and refugee programs would be endangered. **Moreover, following the events of 11 September 2001, there has been significant pressure to put in place legal and administrative measures to respond to American fears that the United States is more vulnerable because of perceived weaknesses in the Canadian immigration and refugee protection system.** »¹⁰⁷² [Nous soulignons.]

Le lien entre frontière, dangers et réfugiés est scellé par la présomption subjective de la superpuissance américaine du danger que représente le Canada dans l'admission des étrangers et des réfugiés sur son territoire, surtout au lendemain du 11 septembre 2001.

Dix ans plus tôt, en 1991, la Cour suprême, divisée à quatre contre trois en faveur de l'extradition de M. Kindler vers la peine de mort, accepte l'argument du ministère que la frontière terrestre poreuse avec les Américains permettrait de faire du Canada un refuge pour les criminels condamnés à la peine de mort¹⁰⁷³. Bien qu'il s'agisse de criminels jugés par les tribunaux américains qui ont réussi à fuir, la perception que le Canada participe à offrir aux étrangers l'asile est confirmée maintes fois dans les discours politiques, mais aussi à plusieurs reprises par la Cour suprême du Canada¹⁰⁷⁴. Dans une telle logique, on comprend l'adoption en décembre 2001 de la

¹⁰⁷¹ Sophie DORAIS, « Les contrôles migratoires au Canada: le triomphe du discours sécuritaire et néolibéral », (2006) 3(1) *AmeriQuests* 1-23. Article disponible à l'adresse URL suivante: www.ejournals.library.vanderbilt.edu/ameriquests/viewissue.php?id=7 (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹⁰⁷² LIBRARY OF PARLIAMENT, *Canada's immigration program*, Benjamin Dolin and Margaret Young, Parliamentary information and research service, Ottawa, BP-190-E, 2004, p. 13.

¹⁰⁷³ Nous reviendrons sur la dissidence de Cory et de Sopinka et Lamer qui s'intéressent à l'historique de la condamnation de la peine de mort comme choquant la conscience (Cory) et de l'interprétation de l'article 7 violé par l'extradition d'un criminel vers la peine de mort (Sopinka et Lamer).

¹⁰⁷⁴ Voir aussi *Reference Re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858.

frontière plus sécurisée ou la *Smart Border Action Plan* entre le Canada et les États-Unis¹⁰⁷⁵. La militarisation des frontières n'est qu'une des facettes de l'influence des lobbies militaires américains, mais l'usage de la défense ou des techniques militaires reflète la lutte contre l'étranger et la menace qu'il évoque aux yeux de l'État¹⁰⁷⁶.

Dans la première sous-section, il a été exposé que la condition physique essentielle pour qu'une personne craignant la persécution devienne réfugiée est de franchir la frontière de son pays de résidence. En principe, cette condition juridique trouve application dès que la personne se trouve à l'extérieur des limites de son pays d'origine¹⁰⁷⁷. Toutefois, pour des raisons essentiellement de contrôle, décrites précédemment, l'octroi du statut se fait suite à un examen du pays hôte où l'individu a fait sa demande d'asile. Le demandeur d'asile est en effet libre, en principe, de choisir le pays où il fera sa demande d'asile. Toutefois, les pays occidentaux ont vite mis fin à cette liberté de choix en imposant une détermination obligatoire dans le premier pays d'accueil¹⁰⁷⁸. Le contrôle exercé aux frontières occidentales semble néanmoins progresser au fur et à mesure que le protectionnisme étatique s'étend¹⁰⁷⁹.

En effet, plusieurs auteurs s'entendent pour dire que les mesures de contrôle occidentales gérant les flux de population et leur passage correspondent à une intensification des mesures d'exclusion provoquées par une logique sécuritaire et économique¹⁰⁸⁰. Ces mesures de contrôle

¹⁰⁷⁵ Pour plus de détails, voir les compromis faits par le Canada dans Kent ROACH, « Did September 11 Change Everything? Struggling to Preserve Canadian Values in the Face of Terrorism » (2001-2002) 47 *McGill L.J.* 893-947.

¹⁰⁷⁶ Le lobby de la défense nationale aux USA est très important et influence sur les politiques étrangères avec le Canada. Voir, entre autres, Edward ALDEN and Bryan ROBERTS, "Are U.S. borders secure?", (2011) 90(4) *Foreign Affairs* 19-26.

¹⁰⁷⁷ Les zones territoriales « internationales », telles que les eaux en haute mer, ne sont la propriété d'aucun gouvernement. Voir EMMANUELLI, Claude, *Droit international public*, 2 éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

¹⁰⁷⁸ Voir toutefois certaines exceptions (reliées souvent à des liens familiaux de membres déjà résidents au Canada) qui sont prévues dans les accords bilatéraux. Par exemple l'article 159.5 des *Règlements* de la *LIPR* qui précise les exceptions de l'application de l'alinéa 101(1)e) de la loi.

¹⁰⁷⁹ Voir en particulier, la discussion sur la montée du protectionnisme étatique et l'usage de la torture au quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.1.

¹⁰⁸⁰ Voir par exemple François CREPEAU, « Les réfugiés: l'exclusion par le droit », dans Lucie LEMONDE, (dir.), *Droit et Droits : De l'accès à l'exclusion*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1996 et l'ouvrage collectif de Edward NEWMAN et Selm J.VAN (ed.), *Refugees and Forced Displacement*, New York, United Nations University Press, 2003. Voir également, Mike KING, "The impact of Western European Border Policies on the Control of Refugees in Eastern and Central Europe", (1993) 19(2) *New Community* 183-199, p. 191 ; Mike KING, "Policing Refugees and Asylum seekers in "Greater Europe": towards a reconceptualisation of control" in Anderson DENBOER, *Policing Across National Boundaries*, London, Pinter, 1994, p. 73 ; Mike SPENCER, *States of Injustice : a guide to Human Rights and civil liberties in the European Union*, London, Pluto Press, 1995, pp. 76-104 ; G. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 3-31 et Jeroen DOOMERNIK, Rinus PENNING and Hans

forcent ainsi l'exclusion des réfugiés¹⁰⁸¹. Les États occidentaux vont opposer à l'arrivée massive d'étrangers une justification économique afin d'adopter de nouvelles mesures de contrôle. Le discours de l'oppression économique par la venue d'un grand nombre d'étrangers trouve de toute façon une oreille attentive dans la population.

Un problème s'ajoute à l'augmentation des mesures de contrôle, celui de la non-discrimination faite aux étrangers qui englobe au passage les réfugiés (ou les demandeurs d'asile). Cette mixité d'arrivants mis sur le même piédestal et l'harmonisation des règles d'exclusion sont fatales pour qui a besoin d'être protégé en vertu de la *Convention de 1951*. Bien que les règles juridiques sont différentes pour le demandeur l'asile et le migrant dit économique, dans les faits, la gestion de la problématique des mouvements migratoires ne tient pas compte de ces différences. Le contrôle frontalier et les mesures d'exclusion visent à dissuader d'entrer autant les migrants que les réfugiés¹⁰⁸². Depuis les années 80, les États cherchent à les repousser au-delà de leurs frontières en créant des nouvelles zones¹⁰⁸³. Dans cette foulée, les États ont adopté des accords bilatéraux concernant les demandeurs d'asile en les référant au point d'accès le premier pour faire entendre leur demande d'asile. L'exemple de l'Europe est le plus éclatant en la matière avec la création de l'espace Schengen et la mise en œuvre de la *Convention de Dublin*¹⁰⁸⁴.

van AMERSFOOT, *A migration policy for the Future : possibilities and limitations*, Brussels, Migration Policy Group, 1997.

¹⁰⁸¹ En particulier Mike KING, « Le contrôle des différences en Europe : l'inclusion et l'exclusion comme logiques sécuritaires et économiques », (2001) 26-27 *Cultures & Conflits* 35-49.

¹⁰⁸² Voir François CREPEAU, Delphine NAKACHE et Idil ATAK, "International migration : security concerns and human rights standards", (2007) 44 *Transcultural Psychiatry* 311-337.

¹⁰⁸³ Pour plus de détails sur les changements de politiques occidentales effectués dans les années 80, voir le chapitre 3.1.1. Sur les zones d'exclusion et leur prolifération, voir les auteurs suivants Mike KING, « Le contrôle des différences en Europe : l'inclusion et l'exclusion comme logiques sécuritaires et économiques », (2001) 26-27 *Cultures & Conflits* 35-49 et François CREPEAU, « Les réfugiés: l'exclusion par le droit », dans Lucie LEMONDE (dir.), *Droit et Droits - De l'accès à l'exclusion*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1996.

¹⁰⁸⁴ Voir l'excellent article sur les effets de Schengen au-delà des frontières européennes Elspeth GUILD et Didier BIGO, « Le visa Schengen: expression d'une stratégie de "police" à distance », (2003) 49 *Cultures & Conflits (La mise à l'écart des étrangers (1/2))* 22-37. Dans le cas de l'application de la Convention de Dublin voir Andrew NICHOL et Stéphanie HARRISON, "The law and practice in the application of the Dublin Convention in the United Kingdom", (1999) 4 *EJML* 465-481. Les références exactes de ces deux accords sont *Accord entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, signé le 14 juin 1985, *JO L 239* 22.9.2000 et la *Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes*, signée à Dublin le 15 juin 1990, *JO C 254* 19.8.1997.

Cette précision est nécessaire à la compréhension des affaires qui nous intéressent, dans *Singh* et *Suresh*. Les mesures de contrôle et leur intensification sont des indicateurs de la représentation politique des étrangers et des réfugiés. À notre avis, les gouvernements et l'appareil ministériel répondront plus ou moins favorablement à la protection des réfugiés selon l'époque et le contexte socioculturel¹⁰⁸⁵.

Les réfugiés et les apatrides sont des « étrangers » au sens de la *Loi* et ne sont pas munis d'un droit valide d'entrée au Canada. Leur entrée dépend de leur qualité de réfugié et ne peut leur être refusé par l'État hôte. Toutefois, les réfugiés sont souvent à la merci de passeurs impliqués dans des activités criminelles, ou encore ils voyagent avec des documents illégaux ou sous de fausses identités. Les mesures de contrôle prennent toutes sortes de formes et ont un impact sérieux sur la protection des réfugiés. Par exemple la mise en place, en 1989, d'agents d'interception à l'étranger¹⁰⁸⁶ ou encore la tentative infructueuse d'une entente avec les États-Unis dans les années 90 visent ouvertement le renvoi des demandeurs d'asile aux États-Unis¹⁰⁸⁷.

En Europe, l'Accord de Schengen a précédé, et peut-être inspiré, le tracé des nouvelles frontières nord-américaines, en adoptant une stratégie contre les flux migratoires et en associant criminalité internationale à la migration internationale¹⁰⁸⁸. Le 30 août 2002, les autorités canadiennes et américaines ont paraphé une version finale de l'Entente. Cette dernière a été signée le 5 décembre 2002 dans le cadre du *Plan d'action sur la frontière intelligente*¹⁰⁸⁹. Les

¹⁰⁸⁵ Voir la formulation complète de notre hypothèse dans l'Introduction générale, à la sous-section 0.3.2.

¹⁰⁸⁶ Il s'agit de la politique du ministère de l'immigration et de la citoyenneté du Canada adoptée pour intercepter les étrangers voyageant au Canada avec de faux documents canadiens.

¹⁰⁸⁷ Il s'agit de l'*Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié par des ressortissants de pays tiers*, signé le 5 décembre 2002, *e.e.v.* le 29 décembre 2004; accord connu sous *L'entente sur les « tiers pays sûrs » entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*.

¹⁰⁸⁸ François CREPEAU, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 1995 et Elspeth GUILD et Didier BIGO, « Le visa Schengen: expression d'une stratégie de "police" à distance », (2003) 49 *Cultures & Conflits* 22-37.

¹⁰⁸⁹ La *Déclaration sur la frontière intelligente* fut signée par les deux pays le 12 décembre 2001, par leur représentant diplomatique respectif, soit le ministre Manley et le gouverneur Ridge. En effet, dans la foulée des attentats terroristes du 11 septembre 2001, le Canada et les États-Unis ont convenu d'une déclaration et d'un plan d'action sur la frontière intelligente. Le plan comprenait un engagement à négocier un accord sur les tiers pays sûrs, dans le but de partager la responsabilité du traitement des revendications du statut de réfugié.

gouvernements affirment que « [c]ette entente permet aux deux pays de mieux gérer la circulation des demandeurs d'asile. »¹⁰⁹⁰

Pour sa part, le réseau des agents de contrôle de l'immigration est né d'une stratégie de contrôle de l'immigration qui visait à mieux protéger l'intégrité du processus de détermination du statut de réfugié et le programme d'immigration¹⁰⁹¹. Depuis 1989, le Canada pratique ce qu'on appelle l'interception des passagers en destination pour le Canada qui ne possèdent pas de documents de voyage valides¹⁰⁹². Cette pratique consiste à intercepter les documents frauduleux et à prévenir la compagnie aérienne de la présence de passagers voyageant avec des documents invalides.

En effet, la compagnie recevra une amende sévère si elle fait monter à bord un passager avec des documents de voyage non valables¹⁰⁹³. C'est pour cette raison qu'à l'aéroport, avant même de passer aux douanes, un voyageur peut être soumis à deux contrôles de son passeport, l'un par l'agent intercepteur et l'autre par la compagnie au moment de l'enregistrement des bagages. L'interception a généralement lieu dans des points de transit stratégiques, tels que Heathrow, Paris et Rome¹⁰⁹⁴. L'objectif avoué de cette pratique est d'empêcher les migrants irréguliers de parvenir à la frontière canadienne, et ce, alors qu'ils se trouvent dans l'État de

¹⁰⁹⁰ Entrée en vigueur le 29 décembre 2004 (signée en décembre 2002). Voir l'examen de la première année dans « Partenariat pour la protection », Novembre 2006, publication officielle du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration (voir l'introduction du document : aperçu et objectifs).

¹⁰⁹¹ Pour plus de détails voir l'Examen du réseau des agents de contrôle de l'immigration dans Kinga JANIK, « L'étrange étranger : l'avenir incertain de l'immigration canadienne », (2004) 22(1) *Refuge* 71-82.

¹⁰⁹² Le réseau des agents de contrôle de l'immigration est né d'une stratégie de contrôle de l'immigration qui visait à mieux protéger l'intégrité du processus de détermination du statut de réfugié et le programme d'immigration. Citoyenneté et Immigration Canada, Examen du réseau des agents de contrôle de l'immigration – Rapport final, août 2001. Voir Kinga JANIK, « L'étrange étranger : l'avenir incertain de l'immigration canadienne », (2004) 22(1) *Refuge* 71-82.

¹⁰⁹³ Article 148 de la *LIPR*. Le paragraphe 148(1) dresse les obligations des transporteurs, qu'ils soient aérien ou terrestre. Le transporteur ne peut, entre autres, amener au Canada des personnes qui ne sont pas munis des documents prescrit par la loi.

¹⁰⁹⁴ À l'étranger, plus de 74 employés participent à l'interception de plus de 60 p. 100 des individus qui n'ont pas les documents requis avant qu'ils ne s'embarquent à destination du Canada. Voir la déclaration du ministre Denis Coderre, ex-ministre de l'Immigration, faite lors de son allocution devant le Comité permanent de la Citoyenneté et de l'Immigration, le 20 mars 2003. Voir Kinga JANIK, « L'étrange étranger : l'avenir incertain de l'immigration canadienne », (2004) 22(1) *Refuge* 71-82.

transit. Entre 2010 et 2011, environ 6,500 personnes munies de documents frauduleux ont été interceptées¹⁰⁹⁵.

La difficulté pour les réfugiés est qu'ils sont confondus souvent à cette catégorie de migrants perçus « illégaux » par les autorités, en ce qu'ils voyagent fréquemment avec des documents frauduleux et avec l'aide de passeurs. Lorsque ces personnes sont interceptées, elles sont la plupart du temps confiées à la discrétion des autorités étrangères, puisque les agents canadiens travaillant à l'étranger ne possèdent pas la compétence permettant de déterminer la qualité de statut au réfugié hors du territoire canadien¹⁰⁹⁶.

Au-delà de l'absence de juridiction, est-il besoin de préciser que les agents de contrôle ont des fonctions qui participent au refoulement « anticipé » des réfugiés et qui n'offrent aucune protection valable. Dans cette zone intermédiaire, le réfugié est confronté à deux choix : retourner chez lui ou s'adresser aux autorités de l'État de transit qui n'offre pas toujours les mêmes garanties juridiques ni les mêmes interprétations de la *Convention*¹⁰⁹⁷.

Une seconde pratique mérite également d'être mentionnée, à savoir celle des accords bilatéraux ou multilatéraux établissant un mécanisme de reconnaissance mutuelle des décisions prises en matière de détermination du statut de réfugié¹⁰⁹⁸. Ce que ces ententes reconnaissent implicitement, ce sont les systèmes de détermination adoptés par d'autres juridictions nationales,

¹⁰⁹⁵ Dans la dernière décennie se sont plus de 40,000 personnes interceptées par les agents canadiens. Information accessible sur le site officiel de l'Agence des services frontaliers du Canada : <http://www.cbsa-asf.gc.ca/media/facts-faits/113-fra.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹⁰⁹⁶ Pour l'application de la *Charte* canadienne à l'étranger auprès des fonctionnaires canadiens, voir *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597 (la *Charte* s'applique aux autorités policières canadiennes lors d'une enquête à l'étranger). Voir également *Shamlou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 241; *Kanesharan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 120 F.T.R. 67; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841.

¹⁰⁹⁷ Par exemple, la persécution par des agents non étatiques, par exemple, qui n'est pas admise dans certains pays européens. La majorité des États membres de l'Union européenne reconnaissent maintenant la persécution par les agents non-étatiques. Toutefois, pour un historique récent de la jurisprudence des pays européens sur ce sujet, voir : CourEDH, T.I. c. Royaume-Uni, décision d'irrecevabilité du 7 mars 2000, requête n° 43844/98. Dans cette affaire, la Cour de Strasbourg s'oppose au renvoi d'un étranger par le Royaume-Uni vers l'Allemagne au motif que l'Allemagne ne reconnaissait pas la persécution par des agents non-étatiques. Sur les interprétations divergentes de la Convention de Genève par les États membres de l'Union européenne voir le Rapport du HCR: HCR, *Asylum in the European Union. A study of the implementation of Qualification Directive*, Genève, novembre 2007, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/47302b6c2.pdf> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹⁰⁹⁸ Il existe également une reconnaissance unilatérale du système de détermination d'un État par un autre. C'est le cas de la Grande-Bretagne qui a reconnu unilatéralement le Canada et les États-Unis comme des États fiables en matière de détermination du statut de réfugié. Voir *Salas v. Secretary for Home Department*, [2002] E.W.J. No. 4340.

qui déchargeant ainsi le fardeau de reconnaissance sur des mécanismes étrangers qui sont souvent moins avantageux pour le demandeur d'asile que le régime canadien¹⁰⁹⁹. Ce transfert de responsabilité est particulièrement vrai pour le Canada, sachant qu'il a mis en œuvre un accord à cet effet avec les États-Unis. En effet, le Canada reçoit plus d'un tiers des demandeurs d'asile par voies terrestres, maritimes ou aériennes, en provenance des États-Unis¹¹⁰⁰.

Cette entente favorise donc le Canada et fut concédée par les Américains en échange de pratiques sécuritaires plus contraignantes aux points communs de la frontière. En effet, le plan d'action sur la frontière intelligente, dans lequel s'inscrit l'Entente, prévoit 32 points de mise en œuvre pour la plupart de nature sécuritaire¹¹⁰¹. Les justifications entourant l'*Accord entre le Canada et les États-Unis sur leur frontière commune* (le plan d'action) expriment le renforcement de leur partenariat et la mise en œuvre d'une gamme de mécanismes visant à améliorer leur sécurité¹¹⁰². Quatre organismes d'inspection ont été mis sur pied afin d'établir une coordination « des douanes et de l'immigration liés aux communications, à la formation, au respect de la frontière, à la mise en commun de renseignements et au contrôle, dans la mesure où ils s'appliquent à la menace présentées par le terrorisme, la criminalité et la contrebande »¹¹⁰³.

¹⁰⁹⁹ *Canada c. Conseil canadien pour les réfugiés* (2008 C.A.F. 229), 27 juin 2008 et voir aussi *Canada c. M. Untel et al.*, 2008 C.A.F. 40 et 229.

¹¹⁰⁰ Information disponible sur le site du Conseil Canadien pour les Réfugiés : « En 2001, 35% des demandes du statut de réfugié faites au Canada provenaient de gens qui étaient entrés à partir des États-Unis. ». Le texte dans sa version intégrale est disponible à l'adresse URL suivante : <http://ccrweb.ca/Tierspays.htm> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Selon les statistiques officielles entre 2001 et 2005, les demandes à la frontière canado-américaine ont diminuer de moitié. Pour des statistiques plus récentes, consulter la révision de 2006 au sujet de l'Accord, sur le site officiel du ministère de l'immigration, à l'adresse URL suivante : http://www.cic.gc.ca/english/department/laws-policy/partnership/chapter4.asp#canada_c (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹¹⁰¹ Il s'agit de la Déclaration sur la « frontière intelligente » et le plan d'action connexe en 32 points visant à améliorer la sécurité de la frontière commune. La Déclaration fut signée le 12 décembre 2001 entre le conseiller à la sécurité Tom Ridge et le ministre canadien des Affaires étrangère John Manley. Le cinquième point sur les tiers pays surs. Voir également le Partenariat nord-américain pour la sécurité et la prospérité (PSP) initié en mars 2005 et qui s'inscrit dans la même optique que la Déclaration et qui veut cette fois réunir le Canada, les États-Unis et le Mexique. Il s'agit donc d'une plus large coopération et un plus grand partage des renseignements. Au sujet du Partenariat, consulter le rapport du Hudson Institute dans Greg ANDERSON and Christopher SANDS, « Negotiating North America – The Security and Prosperity Partnership », *Hudson Institute*, Summer 2007.

¹¹⁰² Voir les assises de l'Accord, déjà entamé dans les années 90, dans le document gouvernemental disponible à l'adresse URL suivante : <http://publications.gc.ca/collections/Collection/Ci51-95-2000F.pdf> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹¹⁰³ Ces quatre organismes d'inspection sont ADRC : Agence des Douanes et du Revenu du Canada ; SINEU : Service d'Immigration et de neutralisation des États-Unis ; USCS : United States Correctional Services. A noter un fait préoccupant, selon cet énoncé, CIC constitue désormais un organisme d'inspection au même titre que l'ASF.C. . Voir Kinga JANIK, « L'étrange étranger : l'avenir incertain de l'immigration canadienne », (2004) 22(1) *Refuge* 71-82.

Des raisons fondées sur l'efficacité, la coordination, la coopération dans le but de favoriser l'économie et de renforcer la sécurité de la population sont soulevées pour justifier la redéfinition des frontières. Ce discours reflète bien l'intention des gouvernements à former une nouvelle définition des frontières visant à créer des obstacles supplémentaires à l'accès à la reconnaissance de protection des réfugiés..

Depuis son entrée en vigueur, l'Entente a fait l'objet d'une contestation judiciaire infructueuse devant la Cour d'Appel¹¹⁰⁴. Le jugement de la Cour fédérale s'attaque à l'incompatibilité des systèmes de détermination entre le Canada et les États-Unis. La Cour d'appel a toutefois renversé la décision reconnaissant les disparités et violant ainsi les obligations internationales et constitutionnelles du Canada. Les juges ont adopté une retenue judiciaire en faveur de la discrétion de l'Exécutif en matière de relations internationales.

Enfin les ressortissants des pays visés par une suspension temporaire des mesures de renvoi ne peuvent plus se prévaloir de l'exception les concernant¹¹⁰⁵. En d'autres termes, les citoyens de ces pays passant par les États-Unis ne pourront plus réclamer l'asile au Canada, ils devront le faire en sol américain¹¹⁰⁶.

Une nouvelle définition des frontières illustre bien la volonté politique vers l'exclusion des réfugiés plutôt que de la protection de leurs droits et de leurs besoins particuliers. À titre d'exemple, la gestion des migrants passe par un filtrage *a priori* défavorable (le « screening

¹¹⁰⁴ *Canada c. Conseil canadien pour les réfugiés* (2008 C.A.F. 229), 27 juin 2008 et voir aussi *Canada c. M. Untel et al.*, 2008 C.A.F. 40 et 229. L'appel en Cour suprême fut refusé en faveur du gouvernement.

¹¹⁰⁵ Voir, entre autres, le Bulletin opérationnel 136 (modifié) du 16 juillet 2013, du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, concernant le Traitement des demandes pour circonstances d'ordre humanitaire découlant de la levée de la suspension temporaire des mesures de renvoi vers le Burundi, le Liberia et le Rwanda.

¹¹⁰⁶ Pour la procédure sur la détermination des pays à risque, voir la suspension temporaire de renvoi gérée par l'Agence des services frontaliers. Le Communiqué suivant de 2009 décrit la procédure administrative et précise que : « [e]n vertu du paragraphe 230(1) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, le ministre de la Sécurité publique a le pouvoir d'imposer ou de lever une STR vers un pays si la situation dans ce pays expose l'ensemble de la population civile à un risque généralisé qui découle : - de l'existence d'un conflit armé dans le pays ou le lieu; - d'un désastre environnemental qui entraîne la perturbation importante et momentanée des conditions de vie; - d'une circonstance temporaire et généralisée. L'Agence des services frontaliers du Canada et Citoyenneté et Immigration Canada examinent chaque année les conditions dans les pays et recommandent au ministre de la Sécurité publique de lever ou d'imposer une STR. Ce processus comprend des consultations auprès d'autres ministères, dont Affaires étrangères et Commerce international Canada, d'agents d'intégrité des mouvements migratoires et des missions canadiennes à l'étranger, du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, ainsi que d'organismes non gouvernementaux comme Amnistie internationale et le Conseil canadien pour les réfugiés. ». Communiqué national 2009 sur la Levée de la suspension temporaire des renvois au Burundi, au Libéria et au Rwanda Ottawa (Ontario), le 23 juillet 2009. Communiqué disponible à l'adresse URL suivante: <http://cbsa-asfc.gc.ca/media/release-communique/2009/2009-07-23-fra.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

out ») plutôt que par un accueil positif (le « screening in »). La redéfinition des frontières occidentales, au moyen de méthodes d'interception dans les aéroports étrangers et des ententes de pays tiers sûrs, par exemple, reflète également cette disqualification du réfugié et équivaut à une déresponsabilisation des États envers les réfugiés. D'ailleurs, la loi portant sur les dites *mesures de réforme équitables concernant les réfugiés* abonde également dans ce sens. Ces mesures feront l'objet d'une couverture détaillée dans la prochaine sous-section (3.2.1).

Cette description, ponctuée de commentaires critiques à l'égard du droit, permet de comprendre les intentions réelles des gouvernements à vouloir contrôler les frontières et à ne s'engager que partiellement à la lutte contre la persécution, voire à se soucier très peu des quelques 15 millions de réfugiés ou des 45 millions de personnes déplacées.

Il est, par ailleurs, possible d'affirmer que le gouvernement a opté pour une certaine fermeture des frontières aux étrangers, puisqu'il ressort des propos tenus à l'occasion de la création des organes, comme l'Agence des services frontaliers en 2003, que seule la protection des Canadiens et Canadiennes compte à présent. La recherche d'un équilibre acceptable entre la protection de la sécurité collective et celle des immigrants et à plus forte raison des réfugiés nous apparaît, pour l'instant, absente encore aujourd'hui de l'agenda politique. Le possible conflit d'intérêt entre, d'une part, la protection nécessaire des personnes à risque de persécution, de torture ou de mauvais traitement dans leur pays d'origine et, d'autre part, la mise en œuvre de préoccupations sécuritaires, nous apparaît flagrant.

Pour l'heure, la préoccupation centrale de la sécurité nationale menace la protection nécessaire des intérêts légitimes des réfugiés et des immigrants, en général. Avec les mesures mises en place, il devient difficile d'envisager un juste équilibre entre les enjeux sécuritaires et humanitaires. De plus, l'existence du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration n'empêche pas l'analogie entre les régimes canadien et américain, puisque la priorité semble pencher pour le renforcement des mesures sécuritaires gérées par un ministère indépendant du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration.

L'interaction entre immigration et criminalité internationale provoque une majoration de l'usage du droit pénal dans le droit de l'immigration, un droit essentiellement administratif et largement discrétionnaire. Il est inquiétant de voir le traitement des exclusions à l'intérieur d'un cadre administrative, sous le contrôle d'un ministère fortement préoccupé par les questions

sécuritaires¹¹⁰⁷. Dans la prochaine section, il sera question, outre de l'usage fortement discrétionnaire des mesures de nature pénale, du phénomène de « judiciarisation », défini ci-dessous, du à la prolifération des procédures tant administratives que judiciaires.

Section 3.2 La surenchère des mesures administratives et la réponse législative au terrorisme : le droit de l'immigration emprunte à la philosophie du droit pénal tout en demeurant discrétionnaire

Le droit des réfugiés admet d'emblée la nécessité de protéger la population d'accueil contre toute personne susceptible de menacer l'harmonie de la communauté. L'article 1F ou encore l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* prévoit l'exclusion à la protection d'un État tiers à titre de réfugié lorsque la personne a commis des crimes graves ou est une menace à la sécurité du pays¹¹⁰⁸. Cette exclusion n'a rien de surprenant puisqu'elle puise sa raison dans l'intégrité du territoire et de la population, pilier de la souveraineté des États. Historiquement, et aujourd'hui aussi il en va de même, le droit des réfugiés n'est pas une protection pour les criminels, un refuge où ils pourront être à l'abri de la justice (discours politique prédominant en provenance des États-Unis et repris par le gouvernement conservateur)¹¹⁰⁹. Cette réalité était d'autant plus criante aux lendemains de la Deuxième Guerre mondiale et visait essentiellement les criminels de guerre¹¹¹⁰.

Au Canada, alors que les lois sur l'immigration entre 1862 et 1976 visaient des catégories de groupes de personnes spécifiquement nommés par la loi, la loi sur l'immigration entrée en vigueur en 1978 définissait en termes beaucoup plus larges les interdictions¹¹¹¹. L'article 19

¹¹⁰⁷ Sharryn J. AIKEN, « Of Gods and Monsters : National Security and Canadian Refugee Policy » (2001) 14 (1) *R.Q.D.I* 1-52, 7. Voir aussi Didier BIGO, « The Möbius Ribbon of Internal and External Security(ies) » dans Mathias ALBERT, David JACOBSON and Yosef LAPID (eds.), *Identities, Borders, Orders. Rethinking International Relations Theory*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2001, pp. 91-136.

¹¹⁰⁸ Voir les pages introductives de l'Introduction générale.

¹¹⁰⁹ François CRÉPEAU, « Le contrôle des frontières: le risque d'une mise en cause de l'État de droit » dans Guy BOURGÉAULT, Jean RENAUD et Linda PIETRANTONIO (dirs), *Les relations ethniques en question*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2002, pp. 41-62. Voir également l'analyse très juste de la position du Canada devant les inquiétudes américaines sur la gestion canadienne des flux migratoires, en particulier après le 11 septembre 2001, dans Sophie DORAIS, « Les contrôles migratoires au Canada: le triomphe du discours sécuritaire et néolibéral », (2006) 3(1) *AmeriQuests* 1-23. Article disponible à l'adresse URL suivante: www.ejournals.library.vanderbilt.edu/ameriquests/viewissue.php?id=7 (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹¹¹⁰ Voir les précisions sur l'historique de l'adoption de la *Convention de 1951* et de son protocole additionnel en Introduction générale, à la sous-section 0.1.1.

¹¹¹¹ Sur l'évolution des politiques publiques en matière d'immigration voir Valerie KNOWLES, *Strangers at our gates, Canadian immigration and immigration policy, 1540-2007*, Toronto, Dundurn Press, 2007, en particulier sur les derniers chapitres 9-12 sur les développements des politiques depuis les années 70, pp. 179-272.

prévoyait l'interdiction de tout étranger pouvant constituer un fardeau pour les services de santé ou l'assistance sociale. Les personnes handicapées et les pauvres étaient toujours visées, mais s'ajoutent à la liste les personnes avec des maladies chroniques ou encore celles qui ont besoin d'intervention médicale prolongée ou coûteuse¹¹¹². La *Loi sur l'immigration de 1976* jette les fondations de la *LIPR* et de toutes lois qui ont été adoptées entre 1976 et 2001 avec quelques nouveautés dont la loi de 1985 qui établira la Commission. Les exclusions des articles 19 et 53 de la loi de 1985, qui sont les pendants de l'article 33 de la *Convention sur le statut des réfugiés*, correspondent donc à celles des articles 34 à 37 de la *LIPR*¹¹¹³.

À partir de la loi de 1976, la notion de sécurité nationale apparaît comme un concept inhérent au droit de l'immigration. Il en va de la sécurité des réfugiés se distinguant des criminels de guerre qui ne peuvent se réclamer d'aucune impunité et doivent faire face à la justice internationale¹¹¹⁴. La *Loi sur l'immigration de 1985* reprend les mêmes concepts de grande criminalité, mais c'est plutôt en 2001 que l'on voit apparaître le concept de grande criminalité et de crimes spécifiques de terrorisme et de criminalité transnationale¹¹¹⁵. Les modifications législatives en droit de l'immigration en 1992 et 1995 n'ont pas bousculé la référence à la sécurité nationale, même si l'accent sur la criminalité des étrangers commençait à s'inscrire plus fermement dans la loi et sa mise en œuvre¹¹¹⁶. La guerre en Bosnie et le génocide rwandais ont eu un impact sur la protection des réfugiés parmi lesquels pouvaient se dissimuler des criminels de guerre.

¹¹¹² Plus ou moins les mêmes termes se retrouvent à l'article 38 de la *LIPR*.

¹¹¹³ L'article 38 traite des exclusions pour causes sanitaires et l'article 39, motifs financiers. Les exclusions fondées sur les fausses déclarations, manquements à la loi et l'inadmissibilité familiale sont prévues respectivement aux articles 41 à 43 *LIPR*. Nous ne traiterons pas de ces exclusions puisque l'objet de notre analyse porte sur la sécurité nationale et le terrorisme et non pas sur la protection sanitaire.

¹¹¹⁴ Le *Statut de Rome* prévoit plusieurs mécanismes de poursuites. C'est généralement par voie d'extradition dans une autre juridiction nationale ou par remise à la Cour pénale internationale que sont jugés les criminels de guerre. Voir ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*, A/CONF. 183/ 9, en date du 17 juillet 1998, et amendé par les procès-verbaux en date des 10 novembre 1998, 12 juillet 1999, 30 novembre 1999, 8 mai 2000, 17 janvier 2001 et 16 janvier 2002. Le Statut est entré en vigueur le 1er juillet 2002. Pour la mise en œuvre du Statut de Rome au Canada voir Kinga JANIK, « La mise en œuvre du Statut de Rome sur le plan national : le processus canadien » dans le compendium du Conseil canadien de droit international publié à la suite de son 29^{ième} congrès annuel à Ottawa du 26 au 28 octobre 2000 *Looking Ahead : International Law in the 21st Century*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 16-40.

¹¹¹⁵ Les articles 36 et 37 de la *LIPR* sont des ajouts par rapport à la loi de 1976 et de 1985. Voir pour plus de détails la sous-section 3.2.2, au point i) de ce chapitre.

¹¹¹⁶ Selon le site du ministère de la Sécurité publique, depuis 1991 on compte 27 individus visés par les certificats de sécurité, dont 3 sont aujourd'hui maintenus. Voir l'information disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.publicsafety.gc.ca/prg/ns/seccert-fra.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

L'usage des certificats de sécurité est également plus fréquent durant cette période. Les certificats de sécurité existent depuis 1978, soit au moment de l'entrée en vigueur de la loi sur l'immigration de 1976¹¹¹⁷. Ils permettent au gouvernement d'emprisonner, de contrôler les déplacements ou d'expulser tout étranger ou résident canadien étranger dans son pays d'origine s'il devait représenter une menace à la sécurité nationale. Les statistiques indiquent qu'entre janvier 1991 et octobre 2003, vingt-sept certificats de sécurité ont été émis par le ministre, dont trois furent annulés par la Cour fédérale¹¹¹⁸. En 2007, la Cour suprême invalide les procédures et demande que l'information retenue contre la personne visée face l'objet d'une plus grande divulgation et d'une représentation plus accrue des intérêts de la personne soupçonnée¹¹¹⁹.

Cette procédure, dans un premier temps administrative qui doit par la suite être entérinée par le judiciaire, est controversée étant donné le manque de divulgation de la preuve gouvernementale à l'étranger. Le processus en 1976 était exclusivement administratif et politique¹¹²⁰. En 1989, le régime des certificats fut judiciairisé en exigeant l'authentification du certificat par l'examen d'un juge de la cour fédérale¹¹²¹. Les certificats ont été délivrés à des espions russes durant la guerre froide, puis à des terroristes sikhs et des extrémistes tamouls¹¹²². Après les événements du 11 septembre, ils visèrent particulièrement des résidents canadiens jugés

¹¹¹⁷ Le paragraphe 40(1) de la loi de 1976 se lit comme suit : « Au cas où le Ministre et le solliciteur général estiment qu'à la lumière des rapports secrets qu'ils détiennent en matière de sécurité ou de criminalité, un résident permanent est visé par le sous-alinéa 19(1)d)(ii) [crime organisé] ou les alinéas 19(1)e) [espionnage] ou g) [danger pour la sécurité nationale] ou 27(1)c) [coup d'état par la force], ils peuvent adresser un rapport au président du conseil consultatif spécial institué en vertu de l'article 41 [conseil consultatif spécial composé de trois membres].

¹¹¹⁸ Motifs et jugement de la Cour.

¹¹¹⁹ Voir *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.S 350.

¹¹²⁰ Articles 41 et 42 de la *Loi sur l'immigration de 1976*. L'article 41 précisait la composition du conseil et exigeait qu'au moins un des trois membres devait être « un juge d'une cour supérieure à la retraite. L'article 42 prévoyait les responsabilités du conseil soit a) d'examiner les rapports secrets et b) de conseiller le Ministre sur les questions de protection civile et de sécurité nationale relevant de la compétence du Ministre en vertu de la loi sur l'immigration.

¹¹²¹ Les alinéas 40.1 (3) et (4) de la *Loi sur l'immigration de 1985*, telle qu'amendée en 1989, prévoyait le renvoi de l'attestation du certificat à un juge de la cour fédérale et l'examen judiciaire de la preuve. Ce régime fut contesté dans plusieurs affaires concernant des présumés terroristes. Le cas notoire de M. Charkaoui a permis le réajustement de procédures plus équitables, notamment en ce qui concerne la conformité au droit à la liberté et l'*habeas corpus* des personnes visées par un certificat de sécurité, voir, tel que mentionné dans l'introduction de ce chapitre, *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.S 350. Toutefois, la Cour suprême a rejeté les prétentions de M. Charkaoui sur la durée des détentions. Les juges n'ont pas vu dans les révisions de détentions, permettant le renouvellement de ces dernières, une violation au droit contre les détentions indéterminées, ni un traitement différentiel ou discriminatoire à l'égard des étrangers visés par le certificat de sécurité et le renouvellement de leur détention.

¹¹²² Ils sont tour à tour Turque, Syriens, Marocain, Algérien, Allemand, Iraniens, Palestiniens, Libanais et Iraquien. Voir le portrait fidèlement reproduit par le journal montréalais *The Gazette*, on 26 July 2003.

terroristes arabes laïques et islamistes¹¹²³. Les lois sur l'immigration depuis 1976 ont apporté des modifications essentiellement procédurales renforçant le rôle toujours plus important de la cour fédérale. Cette section souligne les disparités procédurales des divers régimes d'exclusion dans la loi sur l'immigration, en particulier dans la deuxième sous-section¹¹²⁴.

En 1995, le gouvernement libéral adopte le projet de loi C-44 pour précipiter le renvoi des criminels et empêcher le recours à la protection pour les réfugiés aux individus condamnés dans leur pays pour crimes graves et jugés par le Canada comme un danger pour le public. Ce changement de paradigme dans la logique de détermination des réfugiés fut mal accueilli par la communauté de la défense des droits de la personne et par le Haut-Commissariat aux réfugiés qui préconise un examen de la revendication à partir de l'inclusion plutôt que de l'exclusion¹¹²⁵. Cette analyse est intimement liée aux critères d'interprétation de crimes graves, d'équivalence et de danger pour le public.

Dans le cas du renvoi d'un étranger criminel reconnu réfugié, la loi prévoit la pondération des risques de torture et de persécution confrontée au danger que cet individu représente pour l'ordre public du Canada. L'article 115 de la *LIPR*, comme il a été indiqué précédemment, est un outil justifiable dans la mesure où il s'inscrit dans la logique de la *Convention relative au statut des réfugiés*. Renvoyer un individu à la persécution alors qu'il n'aurait pas pu se prévaloir du statut en premier lieu est une chose. Renvoyer un être humain à la torture ou à une peine cruelle et inusitée, même dans de rares cas, est un passage qu'aucun État de droit ne devrait autoriser même officieusement.

Si la pondération prévue à l'article 115 de la *LIPR* existait déjà en droit de l'immigration depuis 1976, la *LIPR* indique clairement la possibilité au renvoi vers la torture. L'article 55 de la loi de 1976 reprend essentiellement le contenu de l'article 53 de la loi de 1985 et qui prévalait dans les

¹¹²³ Voir les affaires en cours encore très controversées de Mohammad Zeki Mahjoub, un Égyptien en détenu en juin 2000 et en détention et surveillance résidentielles depuis 2007, Mahmoud Jaballah, un Égyptien détenu depuis août 2001, maintenant en détention résidentielle depuis 2007 et Mohamed Harkat, un Algérien détenu depuis décembre 2002, maintenant en surveillance résidentielle avec dispositif portatif GPS. Le juge Simon Noel a réaffirmé la validité du certificat de sécurité de M. Harkat le 9 décembre 2010. Voir aussi le résumé et l'état de l'émission des certificats sur le site officiel du ministère de la Sécurité publique à l'adresse URL suivante : <http://www.publicsafety.gc.ca/prg/ns/seccert-fra.aspx> (dernière consultation, le 5 avril 2013).

¹¹²⁴ Voir la sous-section 3.2.2, en particulier au point ii).

¹¹²⁵ Voir les directives du Haut-Commissariat au sujet de l'analyse des demandes dans HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, « Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés », HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003. Voir également, l'examen des exclusions dans le cadre du terrorisme financier et de l'auto-détermination des peuples qui usent de la force pour obtenir leur indépendance.

années 90¹¹²⁶. L'article 53 limitait un peu plus la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre et ne visait en principe que le refoulement vers la persécution, sans néanmoins empêcher le renvoi vers la torture de façon large¹¹²⁷. En effet, l'inclusion en 2002 d'un nouveau type de protection contre les traitements cruels et inhumains, prévu à l'article 97(2) de la *LIPR*, souligne explicitement la possibilité de refouler une personne protégée vers la torture par le truchement des articles 97 et 115 de la *LIPR*.

Toutefois, l'inclusion de la définition de la torture en Annexe de la *LIPR*, ne suffit-elle pas pour l'interdiction de la torture? À notre avis, c'est l'avènement du 11 septembre qui remettra en question la procédure de la prépondérance des risques et du danger et aura influencé la décision des juges, qui devant l'imminence d'un danger potentiel d'actes terroristes au Canada, n'ont pas su donner une réponse juridique mais bien politique¹¹²⁸. La deuxième partie du chapitre sera l'occasion d'un débat sur cette délicate question¹¹²⁹.

Le processus prévu à l'article 115 de la *LIPR* est crucial et les conséquences de retour sont parfois plus graves que celui d'un réfugié débouté « ordinaire », c'est-à-dire sans passé criminel ou qui ne se livre pas à des activités jugées illicites. Alors que le demandeur bénéficie de la procédure de la Commission, le réfugié soupçonné d'actes graves reçoit un traitement purement administratif. Les procédures prévues devraient pouvoir garantir des sauvegardes importantes étant donné la gravité des conséquences en cas de retour. L'attention des juges porte souvent sur la nature discrétionnaire et administrative du processus, négligeant ainsi trop souvent l'aspect fondamental du droit à la vie et à la sécurité d'un réfugié, même criminel. Le critère d'humanité qui fonde nos principes démocratiques ne devrait pas faire l'objet de compromis.

¹¹²⁶ L'article 55 se lit comme suit : « (1) sous réserve de l'article 56 [autorisation de retour], quiconque fait l'objet d'une mesure d'expulsion ne peut plus revenir au Canada sans l'autorisation écrite du ministre, sauf si la mesure est annulée en appel. (2) Sous réserve de l'article 56, quiconque fait l'objet d'une mesure d'exclusion ne peut plus, sans l'autorisation écrite du ministre, revenir au Canada dans les douze mois suivant son départ du Canada, sauf si la mesure est annulée en appel. »

¹¹²⁷ L'article 53 prévoit le renvoi des réfugiés qui constituent un danger pour la sécurité et qui sont visés : a) aux alinéas 19(1)e) [espionnage], f) [planification et perpétration d'un coup d'état] g) [menace à la protection civile et à la sécurité nationale] ou 27(1)c) 2c) [coup d'état d'un gouvernement étranger] ou encore b) ils appartiennent à la catégorie non admissible de l'alinéa 19(1)c) [...] ou ils ont été déclarés coupables au Canada d'une infraction fédérale passible d'une peine d'au moins dix ans.

¹¹²⁸ Peter J. CARVER, "Shelter from the Storm : A Comment on Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)", (2002) 40 (2) *Alta. L. Rev.* 465-492, voir également James C. HATHAWAY and R. Alexander NEVE, "Fundamental Justice and the Deflection of Refugees from Canada", (1996) 34 *Osgoode Hall L. J.* 213-270.

¹¹²⁹ Le quatrième chapitre propose un examen complet sur les obligations internationales du Canada, voir en particulier la sous-section 4.2.1, au point i).

En premier lieu, la sous-section 3.2.1 poursuit le développement législatif initié dans la première partie et s'intéresse particulièrement à la notion de la sécurité dans le droit de l'immigration. Cette discussion permet de mettre en évidence le pouvoir discrétionnaire octroyé au ministre de l'Immigration tout au long de l'histoire constitutionnelle du pays. Le caractère discrétionnaire du pouvoir ministériel contribue à la compréhension de la retenue judiciaire. Il fait d'ailleurs l'objet d'une longue discussion de la part des juges dans *Suresh*¹¹³⁰. La question principale interroge l'usage de la discrétion pour ou contre un étranger et la prolifération des mesures procédurales dans un contexte qui encourage, à notre avis, la **pénalisation** du droit des réfugiés. Par pénalisation, nous entendons l'accentuation et la prolifération de mesures d'essence pénale inscrites dans le droit administratif de l'immigration¹¹³¹. La métamorphose du droit de l'immigration, qui se traduit par l'incorporation des mécanismes et des codes propres au droit pénal, n'est condamnable que dans la mesure où elle n'est pas accompagnée de garanties législatives et judiciaires moins importantes que celles du droit criminel. La transformation du droit de l'immigration est également une thèse proposée par Stephen Legomsky, lorsqu'il affirme que « immigration law has been absorbing the theories, methods, perceptions, and priorities associated with criminal enforcement while explicitly rejecting the procedural ingredients of criminal adjudication »¹¹³².

En deuxième lieu, il est utile de décrire la pondération des risques (le *balancing*) et d'examiner attentivement les procédures mises en place, puisqu'elles furent contestées par M. Suresh. Ces procédures ont été jugées inéquitables dans l'examen précis de l'affaire *Suresh*, tandis que la *LIPR* fut préservée. La sous-section 3.2.1 propose aussi l'étude des mesures

¹¹³⁰ Voir l'analyse de la norme de contrôle des paragraphes 26 à 41.

¹¹³¹ Il est aussi possible de parler de pénalisation, dans la mesure où ce terme réfère au corpus juridique des peines ou des offenses créées par le droit, et non pas par référence explicite au droit criminel. En d'autres termes, le droit de l'immigration subit une influence par le droit pénal, sans toutefois changer son identité. La distinction des expressions criminalisation et pénalisation exprime plutôt, dans nos propos, une représentation sociale négative qui se traduit en terme juridique par l'adoption de peine à l'égard des individus jugés ou perçus criminels. Voir également l'apport théorique appliqué au monde de la migration à travers l'intéressante analyse de Joao Velloso qui emprunte à la théorie germanique des *legal holes* pour étudier l'usage des pouvoirs discrétionnaires en immigration et l'application des sanctions administratives aux étrangers voir Joao VELLOSO, « Beyond criminocentric dogmatism : Mapping institutional forms of punishment in contemporary societies », (2013) 15(2) *Punishment & Society* 166-186 et du même auteur Joao VELLOSO, « Au-delà de la criminalisation : l'immigration et les enjeux pour la criminologie », (2013) 46(1) *Criminologie* 55-82. Sur la théorie des *legal holes*, développée en lien avec l'ostracisation provoquée par les événements du 11 septembre et la réponse des gouvernements en matière militaire et d'immigration, voir Noa BEN-ASHER, « Legal Holes », (2009) 5(1) *Unbound* 1-20.

¹¹³² Stephen H. LEGOMSKY, The new path of immigration law: Asymmetric incorporation of criminal justice norms", (2007) 64 *Walsh. & Lee L. Rev.* 469-528, p. 469.

essentiellement procédurales à travers le cadre législatif de l'article 115 de la *LIPR*. Les États ont souvent recours à un processus administratif plus ou moins rigoureux et qui force la réflexion sur les enjeux sécuritaires lorsque ceux-ci se dressent contre les réfugiés.

L'absence d'un encadrement précis de l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés*, qui prévoit le refoulement d'un réfugié pour la protection de la sécurité nationale, explique, en partie, une telle posture. La Cour suprême dans *Suresh* a préféré reconnaître le pouvoir souverain de gérer les questions de sécurité nationale et a renvoyé le dossier en se fondant sur l'iniquité des procédures de la ministre et l'absence du dévoilement d'information centrale à l'expulsion de M. Suresh au Sri Lanka¹¹³³.

Dans un dernier temps, les directives internationales, surtout en droit international pénal, invitent pourtant à l'établissement d'un examen qui permet de présenter les éléments de preuve suffisamment étoffés pour que le réfugié sache se défendre, puisqu'il s'agit bel et bien d'une « défense ». Le droit administratif occulte le *secrecy* de l'État en matière de sécurité et de relations internationales. Devant les réfugiés présumés responsables d'actes terroristes, le processus administratif permet des méthodes de collecte d'information et des éléments de preuve à l'abri de toute critique ou de révision (sous-section 3.2.2).

Cette opposition entre le droit administratif et le droit pénal fait ressortir la vulnérabilité des étrangers dont le traitement est administratif, mais pour qui les conséquences peuvent conduire à la mort, à la torture ou à la détention arbitraire. L'association entre immigration et criminalité, parfois sans fondement, conduit à des mesures de type carcéral et coercitif. L'encadrement, par des garanties procédurales et substantielles similaires à celles du droit pénal, du droit administratif, y compris une réduction considérable de la discrétion administrative, permettrait d'assurer la légitimité du système et de prévenir les abus.

Il va sans dire que des conclusions directes pourront être tirées à partir de l'expérience de M. Suresh. Ces conclusions seront rapportées, dans la seconde partie de ce chapitre, au moment de l'analyse des raisons valables au retour à la torture comme conséquence possible de l'article 115 de la *LIPR*.

¹¹³³ *Suresh*, par. 126, 127 et 130. Alors que les paragraphes 126 et 127 exposent les principes et les traits généraux appartenant à une procédure équitable pour l'application de l'article 7 de la *Charte*, le paragraphe 130 conclut que dans les faits, M. Suresh n'a pas bénéficié d'une procédure qui lui aurait permis de se défendre des conclusions de la ministre.

Sous-section 3.2.1 L'accroissement des normes procédurales et la prolifération des règles en droit de l'immigration : vers une radicalisation des moyens juridiques et une déresponsabilisation du politique envers ses obligations constitutionnelles et internationales auprès des réfugiés

En droit, la sécurité est un concept vague et mal défini¹¹³⁴. Nous ne pouvons guère nous en étonner, étant données la difficulté sur le plan théorique à délimiter la frontière entre objectivité factuelle de la menace et la réponse subjective des politiciens et de la population, comme il a déjà été souligné dans la sous-section précédente¹¹³⁵. La confusion des discours publics et la gestion des politiques publiques d'immigration se transposent nécessairement dans le droit, et plus exactement, dans l'interprétation que nous faisons des règles juridiques en l'absence de définition. Le droit utilise souvent des généralités afin de répondre aux situations actuelles et à venir. L'illustration la plus grande de ce penchant prospectif du droit se retrouve dans la *Charte canadienne des droits et des libertés*. Les définitions ou les précisions proviennent donc des sources d'interprétation qu'elles soient d'origine jurisprudentielle ou doctrinale. L'imbrication entre immigration et sécurité sera articulée avec une plus grande attention dans cette sous-section. L'espace compris entre le droit et la politique, de même que le large pouvoir discrétionnaire en immigration, se justifie souvent le pouvoir souverain d'inclure ou d'exclure les réfugiés en dehors des frontières établies¹¹³⁶.

En effet, l'exercice d'un grand pouvoir discrétionnaire en matière d'immigration par le ministre et ses délégués présage un danger dans l'interprétation des règles en défaveur des étrangers, surtout dans un contexte sécuritaire¹¹³⁷. L'histoire de l'immigration canadienne démontre le lien entre l'accueil des nouveaux arrivants et la nécessité de protéger les colons déjà installés sur le territoire canadien. L'évolution du portefeuille d'immigration dénote également du manque de linéarité dans les décisions politiques de sécurité. C'est plutôt le besoin

¹¹³⁴ Voir la discussion sur l'évolution du concept de la sécurité au premier chapitre, à la sous-section 1.2.3.

¹¹³⁵ Cette confusion tant sémantique que matérielle entache la validité des jugements factuels des juges. Les prémisses en matière de sécurité doivent être attentivement étudiées et leur partialité devrait faire naître une prudence accrue de la part des décideurs. Sur la légitimité des prémisses et leur caractère acceptable, comme le décrit la théorie sur le fondement légitime, consulter la dernière sous-section du quatrième chapitre, sous-section 4.2.2.

¹¹³⁶ Voir l'étude intéressante sur la largesse des pouvoirs et leur autorité dans Joao VELLOSO, « Beyond criminocentric dogmatism : Mapping institutional forms of punishment in contemporary societies », (2013) 15(2) *Punishment & Society* 166-186 et du même auteur voir Joao VELLOSO, « Au-delà de la criminalisation : l'immigration et les enjeux pour la criminologie », (2013) 46(1) *Criminologie* 55-82.

¹¹³⁷ Il existe plusieurs exemples de l'usage discrétionnaire prévu entre autres à l'article 25. Le plus grand pouvoir discrétionnaire qui existe en droit administratif public (ce qui exclut les prérogatives royales). Pour plus de détails sur les prérogatives, voir le premier chapitre à la sous-section 1.1.1.

démographique et la force numérique de main-d'œuvre qui dictaient l'entrée au pays. Bien que cet objectif démographique soit toujours présent, la préoccupation sécuritaire affecte le droit des réfugiés de demander l'asile. En 1998, l'Honorable Lucienne Robillard déposait le rapport *De solides assises pour le 21^e siècle* proposant une nouvelle loi sur l'immigration. L'examen du pouvoir discrétionnaire faisait partie des 11 points du rapport et l'orientation proposée nous semble celle qui devrait toujours être adoptée :

« En matière aussi profondément humaine que l'immigration, le pouvoir discrétionnaire permet de résoudre des situations infiniment diverses. Il humanise la loi. **La procédure actuelle est cependant trop complexe, elle manque de transparence et conduit à des décisions incohérentes.** Le gouvernement propose de régulariser, autant que possible, les circonstances dans lesquelles s'exerce le pouvoir discrétionnaire et d'introduire un éventail de mesures pour accroître la cohérence et la transparence »¹¹³⁸ [Nous soulignons.]

La discrétion en matière d'immigration est généralement accordée pour l'autorisation des permis ministériels (octroyer la levée des inadmissibilités pour l'entrée au pays ou la résidence), la permission par décret au droit d'établissement (sans égard au motif d'inadmissibilité), l'admission au Canada pour un court séjour discrétionnaire temporaire (par la levée de restrictions concernant l'admissibilité – infractions criminelles mineures ou absence d'un visa), la demande de pardon, l'acceptation ou le rejet d'une demande de visa et l'évaluation des considérations humanitaires. Les deux derniers éléments sont les pouvoirs les plus étendus et spécialement le pouvoir du ministre sous l'article 25 de la *LIPR*, à propos de la levée de certaines exigences en vertu des considérations humanitaires.

Enfin, il existe néanmoins une grande marge de manœuvre pour le ministre et ses délégués en matière de sécurité nationale qui, sur son avis, peuvent décider de la gravité des actes commis et de l'existence de motifs raisonnables de l'implication d'un étranger dans la perpétration possible d'actes terroristes ou de grande criminalité¹¹³⁹. Cet espace plus ou moins

¹¹³⁸ CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *De solides assises pour le 21^e siècle, Nouvelles orientations pour la politique et la législation relatives aux immigrants et aux réfugiés*, Ottawa, 1998, p. 53.

¹¹³⁹ Cette marge de manœuvre est essentielle selon le juge La Forest qui admet une large déférence aux actions politiques. Il suffit de contrôler la norme contestée sur une base rationnelle et la confirmer dans la mesure où le législateur cherchait « à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Dans un tel contexte, « le législateur doit bénéficier d'une marge de manœuvre raisonnable » *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 795.

circonscrit appartient à la prérogative de l'Exécutif dans la gestion de la sécurité du pays et s'apparente à un large pouvoir discrétionnaire très mal défini et circonscrit.

La sociologie du droit peut, devant l'augmentation du pouvoir discrétionnaire de l'administration publique à travers le ministre et ses délégués, offrir une réflexion pertinente sur l'usage du droit et des tribunaux en immigration¹¹⁴⁰. On peut également trouver une illustration de ce *no man's land* décrit par Carver dans la théorie des *legal holes*¹¹⁴¹. Quoi qu'il en soit, la préoccupation de ces espaces encore indéterminés par le droit est certainement une indication du phénomène de la judiciarisation des procédures d'immigration, en particulier lorsque le droit à la sécurité est affecté. En effet, les tribunaux tendent à régler les problèmes de sécurité nationale en droit de l'immigration par la bande des vices procéduraux. Le gouvernement canadien cherche aussi l'assentiment des juges au moyen de renvoi pour entériner des décisions souvent purement politiques. Devant une telle pression, les tribunaux chercheront plutôt à préserver le cadre législatif et à offrir une réponse immédiate au cas en l'espèce en corrigeant la procédure utilisée¹¹⁴². Suresh en est un exemple éloquent¹¹⁴³.

L'impact général du droit et son imbrication de plus en plus marquée dans la gestion des rapports de nos sociétés modernes sont évidents¹¹⁴⁴. Le phénomène de *judiciarisation*, qui appartient à l'étude de la sociologie du droit, tient de la propension à recourir aux tribunaux pour

¹¹⁴⁰ Yves DEZALAY, Austin SARAT et Susan SILBEY, « D'une démarche contestataire à un savoir méritocratique, éléments pour une histoire sociale de la sociologie juridique américaine », (1989) 78 *Actes de la recherche en sciences sociales* 79-93. Alan HUNT, *Explorations in law and society. Toward a constitutive theory of law*, New York, Routledge, 1993, pp. 63 et ss en particulier. L. ISRAEL, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ et L. WILLEMEZ (dir.), *La portée sociale du droit*, Paris, PUF, 2005; B. LATOUR, *La fabrique du droit. Ethnographie du conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002; Frank W. MUNGER, « Mapping law and society », in Austin Sarat et al., *Crossing Boundaries: Traditions and transformations in law and society research*, Evanston, Northwestern University Press, 1998, pp. 21-88.

¹¹⁴¹ Le *no man's land* de Peter J. CARVER, « Shelter from the Storm : A Comment on Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) », (2002) 40 (2) *Alta. L. Rev.* 465-492, et les *legal holes* de Noa Ben-Asher de *legal holes*, voir Noa BEN-ASHER, « Legal Holes », (2009) 5(1) *Unbound* 1-20.

¹¹⁴² Sur ce point, il est bon de remarquer que la loi prévoit rarement les mécanismes procéduraux, sauf pour certains traits directs devant la CISR ou encore l'élaboration des étapes dans le cas des certificats de sécurité. Les règles ou les étapes des dossiers d'immigration apparaissent plutôt dans les guides ministériels qui se reflètent dans les pouvoirs de délégation. Par conséquent, si les tribunaux jugent que la procédure est entachée, il est possible sans rendre inconstitutionnelle la loi ou les articles visés, de changer les documents ministériels.

¹¹⁴³ Voir le quatrième chapitre, en particulier sur l'analyse du danger et la définition du terrorisme, à la sous-section 4.1.1.

¹¹⁴⁴ Voir Jérôme PELISSE, « Judiciarisation ou juridicisation : usages et réappropriation du droit dans les conflits du travail », (2009) 86(2) *Politix* 73-96 et M. GARCIA-VILLEGAS, « Symbolic power without symbolic violence? Critical comments on legal consciousness studies in USA », (2003) 53 *Droit et société* 137-161.

trancher des litiges autrement négociables¹¹⁴⁵. La sociologie du droit accepte et insiste aussi sur l'intervention croissante des juges dans le contrôle des actes gouvernementaux¹¹⁴⁶. Dans le contexte constitutionnel canadien, ce phénomène appartient aussi à la mise en œuvre de la *Charte* et à la dévolution de certaines décisions politiques à l'assentiment de l'arène judiciaire¹¹⁴⁷. À notre avis, la transposition de la judiciarisation, dans le domaine de l'immigration, se traduit par deux manifestations : 1. la formalisation des procédures de réclamation du statut d'immigration, incluant le statut de réfugié, devant les autorités canadiennes et 2. l'inscription des pratiques des gouvernements en matière migratoire dans l'ordre juridique.

La progression des mesures juridiques et la complexification des procédures, que laissaient entrevoir l'étude de *Singh* précédemment, révèlent la production législative et réglementaire dans le droit de l'immigration à travers le passage d'une simple évaluation administrative au contrôle plus rigoureux d'un organisme quasi judiciaire. L'examen législatif servira dans le prochain point également à démontrer la complexification des procédures devant la CISR pour demander le statut de réfugié et soulignera le traitement des exclusions.

Paradoxalement, l'administration publique se dotera de pouvoirs discrétionnaires de plus en plus élargis et de procédures d'examen de la criminalité simplifiée et entourée du voile du *secrecy* dès lors que la sécurité nationale est évoquée. Une machinerie bureaucratique s'est développée, s'est complexifiée sous le couvert d'une protection judiciaire devant un demandeur d'asile qui, selon ses ressources, parviendra ou non à « convaincre » le décideur de la crédibilité de son histoire (ou de sa crédibilité). On assiste, souvent impassible, à la confrontation de David devant le géant Goliath¹¹⁴⁸.

Nous ne contestons pas la création d'un tribunal indépendant ni les efforts de régulation concernant la reconnaissance du statut de réfugié. Toutefois, le labyrinthe bureaucratique instauré

¹¹⁴⁵ Voir sur le plan théorique et appliqué au droit du travail français, les deux auteurs Français, Jacques COMMAILLE et Martine KALURZINSKI (dirs), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007.

¹¹⁴⁶ C'est probablement cette deuxième description qui sert le plus à éclairer l'objet de cette discussion sur la prolifération des règles de procédures et de l'institutionnalisation des décisions administratives.

¹¹⁴⁷ Cette dévolution entrainerait selon Mandel, une certaine déresponsabilisation du politique qui n'a de compte à rendre qu'à un ou des juges appartenant à la même classe sociale et participant au maintien de l'autorité politique. Dans cette perspective, le droit et le corps législatif sont conçus comme des sentiers hors du débat public qui servent les classes dirigeantes : « La fonction fondamentale de la politique judiciarisée [...] est de préserver la répartition inégale du pouvoir social ». Voir Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Éditions du Boréal, 1996, p 265.

¹¹⁴⁸ Dans l'Ancien testament, premier livre de Samuel, chap. 17.

et infiltré d'un doute à l'égard du demandeur d'asile, dans un contexte sécuritaire, tend à se retourner contre le réfugié. De plus, la nature hautement contradictoire de la procédure de revendication représente un courant qui participe plutôt à l'éloignement des réfugiés qu'à l'accueil de ces derniers. Le problème réside, à notre avis, dans le manque de fermeté des tribunaux à vouloir restreindre le pouvoir discrétionnaire des acteurs politiques ou des décideurs administratifs. Le cas de M. Suresh permet d'identifier cette défaillance détaillée dans le quatrième chapitre¹¹⁴⁹.

L'encadrement des procédures à travers les directives du président de la CISR et les règlements de la *LIPR*, ou encore des directives ministérielles dans le cas de l'ERAR ou du renvoi d'un réfugié (art. 11 *LIPR*), répondent à des commandes d'efficacité et à des objectifs sécuritaires légitimes. Toutefois, cette formalisation des processus de détermination fiche le réfugié et, peu à peu, le déconstruit pour lui donner le visage menaçant de la criminalité et de la terreur. L'État se justifie ensuite de légiférer dans un domaine administratif des règles pourtant pénales, mais qui ne concerne personne d'autre que les étrangers, pour qui les conséquences peuvent être fatales. La judiciarisation n'est donc pas en soi problématique. Elle naît des exigences dictées par les tribunaux, afin de valider le processus de détermination conformément aux obligations constitutionnelles.

Le problème provient surtout du caractère incomplet et exceptionnel de la judiciarisation en regard de certaines mesures. Inversement posé, le droit administratif est légitime dans la mesure où la mise en œuvre des droits constitutionnels est préservée. C'est là un exercice particulièrement difficile, voire impossible, sans l'aide d'une procédure formelle et judiciaire. Bernard Chenot faisait remarquer que l'« on voit naître des institutions dont la structure est un défi aux conceptions juridiques contemporaines », la construction actuelle du droit de l'immigration pourrait bien être un de ces « monstres » qui force la doctrine à réviser ses idées générales et à intégrer « l'existence de ces monstres dans une nouvelle explication de l'ordre social »¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁹ Voir le quatrième chapitre, la seconde partie, en particulier sur la gestion de la sécurité et sur la souplesse trop grande qu'accordent les juges au ministre lorsqu'il s'agit de pondérer les risques de sécurité de la population et les risques de torture encourus par le réfugié, à la sous-section 4.2.2.

¹¹⁵⁰ Bernard CHENOT, *Organisation économique de l'État*, Paris, Dalloz, 1965, p. 101.

Il semble que l'expansion des règles de droit et des solutions juridiques de nature pénale en droit de l'immigration ait provoqué une surcriminalisation des enjeux de la migration, en général et plus particulièrement la répression du terrorisme, qui s'est répercutée en droit des réfugiés, en le rendant plus répressif à l'égard des étrangers¹¹⁵¹. Selon nous, la juxtaposition des phénomènes de judiciarisation et de pénalisation participerait également de la construction négative de la personne du réfugié.

Tout en s'inscrivant dans le critère de légalité proposée par la grille d'analyse de Luc B. Tremblay, et définie dans le premier chapitre, cette sous-section propose de reprendre la chronologie des règles et des législations portant sur la détermination du réfugié (point i). Pour les fins de la revue législative, la *Loi sur l'immigration de 1976* sera d'abord présentée, pour ensuite décrire les changements apportés par la décision *Singh* et la création de la CISR jusqu'à l'adoption d'une nouvelle loi repensée en 2001 et modifiée à quelques reprises jusqu'au 1^{er} mars 2013. Le critère de légalité se limite à l'adoption formelle des règles législatives et ne constitue pas une analyse très complexe. Toutefois, pour éviter la simple description des procédures et des exclusions adoptées, cette sous-section propose également de dresser un survol historique des changements de politiques ayant influencé les modifications législatives, dans le but de comprendre le contenu actuel des règles en vigueur et leur interprétation par la Cour suprême.

Cet exercice permettra de mettre en lumière le manque de linéarité et la tension entre les enjeux de sécurité et le respect des obligations internationales du Canada. Le deuxième point décrira le processus de pondération des enjeux de sécurité de la population et le risque de retour pour le réfugié, afin de s'interroger sur le niveau d'équité procédurale offert aux réfugiés représentant un danger pour le pays (point ii). Enfin, pour offrir un portrait législatif complet, il est nécessaire de consacrer un dernier point aux développements récents en droit de l'immigration, à travers l'étude de la réforme du droit des réfugiés entamée en 2010 et mise en œuvre en 2012 et 2013 (point iii).

La détermination du danger de la personne pour le Canada fut examinée par la Cour suprême qui a entériné la validité du renvoi vers la torture pour des crimes graves dans l'affaire

¹¹⁵¹ Sur le concept de « surcriminalisation » emprunté du droit pénal américain (*overcriminalization*) et de son théoricien le Pr. William Stunz, voir William J. STUNZ, “The Pathological Politics of Criminal Law”, (2001) 100 *Mich. L. Rev.* 505-605, p. 507.

Suresh, peu de temps après les événements du 11 septembre 2001. Cette possibilité fait réfléchir et nous ramène à l'hypothèse initiale à savoir que l'obsession sécuritaire offre au réfugié une protection moins grande et des garanties moins élevées pour les réfugiés, alors qu'il en va de la vie et de la sécurité des réfugiés¹¹⁵².

i) L'évolution législative de la sécurité dans le droit de l'immigration : l'usage discrétionnaire de la prérogative de la sécurité et la construction pénalisante du pouvoir administratif du ministère de l'immigration

Depuis la naissance de la Confédération en 1867, le ministre de l'immigration bénéficie d'un très grand pouvoir discrétionnaire. La responsabilité de l'immigration canadienne fit d'abord partie du ministère de l'Agriculture pour augmenter la main d'œuvre et favoriser l'exploitation des terres agricoles¹¹⁵³. En mars 1892, lorsque le ministère de l'Intérieur fut créé, l'immigration fut dévolue à Sir Clifford Sifton (1896-1905), pour être fusionnée en 1917 au ministère du Travail¹¹⁵⁴. Aujourd'hui, le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration existe comme entité à part entière, séparé de la composante de la main-d'œuvre depuis 1994, même si les deux vont de pair¹¹⁵⁵. Depuis les années 90, un seul changement de taille au sein du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration fut provoqué par la création du ministère de la Sécurité publique, en 2003, à l'image du *Department of Homeland Security* américain¹¹⁵⁶. L'évolution de l'attribution du domaine de l'immigration et la politique canadienne, démontrent bien que l'immigration constitue pour le Canada une source démographique de main d'œuvre¹¹⁵⁷.

¹¹⁵² Voir le développement de notre hypothèse en Introduction générale, à la sous-section 0.3.2.

¹¹⁵³ Valerie KNOWLES, *Strangers at our gates, Canadian immigration and immigration policy, 1540-2007*, Toronto, Dundurn Press, 2007, chap 5, pp. 84-104; Reginald WHITAKER, *La politique canadienne d'immigration depuis la confédération*, Ottawa, Société historique du Canada, 1991 et Gerald TULCHINSKY, *Immigration in Canada : Historical perspectives*, Mississauga, Copp Clark Longman, 1994.

¹¹⁵⁴ Le travail n'est pas une compétence fédérale à proprement parler. Toutefois, le lien entre le besoin de main d'œuvre et l'immigration est évident. Les évaluations des besoins en immigration se font bien sur avec les provinces mais également à travers le ministère de l'Industrie.

¹¹⁵⁵ Rapport du Vérificateur Général de 1997, VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU CANADA, « Chapitre 25 – Citoyenneté et Immigration Canada et la Commission de l'immigration et du statut de réfugié – Le traitement des revendications du statut de réfugié », Serge Gaudet et Richard Flageole (vérificateur adjoint), Ottawa, décembre 1997, par. 25.25. Il est possible de consulter ce rapport à l'adresse URL suivante: http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl_oag_199712_25_f_8111.html (dernière consultation, le 2 avril 2013).

¹¹⁵⁶ Pour les changements apportés en 2003, voir notre article dans Kinga JANIK, « L'étrange étranger : l'avenir incertain de l'immigration canadienne », (2004) 22(1) *Refuge* 71-82.

¹¹⁵⁷ Voir précédemment l'hypothèse défendue, entre autres, par François Crépeau sur l'importance d'un poids démographique dans la représentativité du Canada sur la scène internationale dans François CRÉPEAU, "Dealing with migration: A test for democracies", Lecture at the University of Winnipeg, 20 October, 2009, p. 20.

Comme nous l'avons vu en Introduction générale, le début du XX^e siècle a connu une entrée massive de nouveaux arrivants des États-Unis, de la Grande-Bretagne et des pays de l'Europe de l'Est, soit près de trois millions d'immigrants entre 1899 et 1920¹¹⁵⁸. Les raisons étaient surtout d'ordre économique. Le Canada devait assurer sa prospérité en attirant des colons dans le secteur manufacturier, l'achèvement du chemin de fer transcontinental et le peuplement des terres des Prairies, afin d'être cultivées¹¹⁵⁹.

À la fin du XIX^e, un corpus législatif très circonscrit régit l'entrée et l'installation des nouveaux arrivants. Par ailleurs, la première loi sur l'immigration fut adoptée en 1866, par sa Majesté avec le consentement du conseil législatif et de l'Assemblée canadienne. L'*Acte concernant les émigrés et la quarantaine*, Stat. Ref. du Canada, cap. 40 de 1866 se préoccupait davantage de maladies contagieuses et des droits de passage à payer que de criminalité¹¹⁶⁰. L'examen du passé criminel des émigrants européens était très sommaire, à cette époque, et s'effectuait sur présentation de certificat de citoyenneté ou de carte d'identité¹¹⁶¹. L'entrée et la sécurité sont des prérogatives reliées à l'exercice de la souveraineté d'un État et ont toujours existé au Canada, comme partout ailleurs. En 1906, Lord Atkinson a dû se prononcer sur ce pouvoir fondamental de l'État dans une affaire de déportation :

« One of the rights possessed by **the supreme power in every State is the right to refuse to permit an alien to enter that State**, to annex what conditions it pleases to the permission to enter it and to expel or deport from the State, at pleasure, **even a friendly alien, especially if it considers his presence in the State opposed to its**

¹¹⁵⁸ Valerie KNOWLES, *Strangers a tour gates, Canadian immigration and immigration policy, 1540-2007*, Toronto, Dundurn Press, 2007, pp. 82-83 et 90-91.

¹¹⁵⁹ L'approche en trois volets avait été proposée par les Conservateurs lors de leur élection en 1873, mais c'est Clifford Sifton, au moment de l'élection des Libéraux en 1896 qui formulera un plan de recrutement et de colonisation de l'Ouest basé sur ces trois idées. Valerie KNOWLES, *Strangers a tour gates, Canadian immigration and immigration policy, 1540-2007*, Toronto, Dundurn Press, 2007, chap 5. The Sifton Years, pp. 84-104.

¹¹⁶⁰ La loi précédant celle de 1869 remontait à 1866. Légiférée par sa Majesté sur l'avis et le consentement du conseil législatif et de l'Assemblée canadienne, l'*Acte concernant les émigrés et la quarantaine*, Stat. Ref. du Canada, cap. 40 de 1866 était du même ordre que la loi de 1869 et visait la protection sanitaire des colons et de la mise en quarantaine de l'arrivée des bateaux.

¹¹⁶¹ L'exclusion ou l'inclusion des étrangers a toujours été de la prérogative de l'exercice de la souveraineté des États. Voir Sharryn J. AIKEN, « Of Gods and Monsters : National Security and Canadian Refugee Policy » (2001) 14 (1) *R.Q.D.I* 1-52, p. 8. Sur les motifs d'exclusions voir en particulier les chapitres 5 et 9 de Ninette KELLEY and Michael TREBILCOCK, *The Making of the Mosaic. A History of Canadian Immigration Policy*, Toronto, Univ. of Toronto Press, 2000. Voir également Valerie KNOWLES, *Strangers a tour gates, Canadian immigration and immigration policy, 1540-2007*, Toronto, Dundurn Press, 2007.

peace, order, and good government, or to its social or material interests. »¹¹⁶²
[Nous soulignons.]

En effet, comme le souligne Sharryn Aiken, des « dispositions sur la sécurité figurent dans les lois fédérales sur l’immigration depuis 1872 et sont donc un mode bien établi de contrôle de l’immigration »¹¹⁶³. En 1872, une loi distincte régit la quarantaine des bateaux qui présentent à bord des passagers malades ou décédés¹¹⁶⁴. Dans la même année, le Parlement canadien adopte la loi des terres du Dominion pour coloniser l’Ouest¹¹⁶⁵. Ainsi, jusqu’aux débuts du XX^e siècle, la Confédération s’intéresse plus à l’exploitation des terres agricoles et à la robustesse des nouveaux arrivants, en prenant soin d’exclure les personnes handicapées et les pauvres dont le fardeau économique que ces personnes représentent doit être assuré par le capitaine du navire¹¹⁶⁶. Durant, la période précédant la Première Guerre mondiale, soit entre 1906 et 1910, la loi sur l’immigration fut amendée pour permettre aux autorités canadiennes de déporter les immigrants souffrant de maladies graves et les criminels ou les individus soupçonnés de commettre des crimes. Il pouvait s’agir de petite criminalité comme le pickpocket ou encore de la criminalité liée à des raisons politiques, tel le protestataire politique qui pouvait perturber l’ordre et la paix des colons¹¹⁶⁷.

L’année précédant la Première Guerre Mondiale, en 1913, le Canada reçoit plus de 400,000 émigrants européens¹¹⁶⁸. La fin de la Deuxième Guerre Mondiale et le début des années 60 marquent la deuxième vague d’arrivants en importance. Les Italiens et les ressortissants des

¹¹⁶² Dans la décision *Attorney-General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542, p. 546.

¹¹⁶³ Sharryn J. AIKEN, « La sécurité nationale et l’immigration au Canada : déconstruire le discours des compromis », dans François CRÉPEAU, Delphine NAKACHE et Idil ATAK (dirs), *Les migrations internationales contemporaines – Une dynamique complexe au cœur de la globalisation*, Montréal, Presses de l’Université de Montréal, 2009, pp. 172-199, à la page 174.

¹¹⁶⁴ *An Act respecting Quarantine*, chapitre 68, 1892.

¹¹⁶⁵ Les Prairies deviendront la propriété du fédéral, lorsque ce dernier achète la Compagnie de la Baie d’Hudson en 1870. Ainsi, pour attirer de nouveaux arrivants la *Loi des terres du Dominion de 1872* prévoyait l’octroi des terres à des sommes dérisoires. Valerie KNOWLES, *Strangers at our gates, Canadian immigration and immigration policy, 1540-2007*, Toronto, Dundurn Press, 2007, chap. 3. *British Immigration Transforms the Colonies*, pp. 48-67.

¹¹⁶⁶ Voir *Statutes passed by the colonies to restrict pauper immigration: Immigration Act*, R.S.C. 1886, c. 65.

¹¹⁶⁷ Voir l’Introduction générale pour un portrait plus complet de l’histoire de l’immigration canadienne. Entre autres, le lien entre pauvreté et immigration. L’étranger pauvre est clairement indésirable et le réfugié handicapé est discriminé et exclus. Il n’existe pas de données très précises sur les criminels déportés de l’époque, seulement des statistiques assez superficielles sur le nombre de déportés (entre condamnés et présumés criminels). Au sujet des activistes et de la perception négative de certains groupes à cette époque, les Japonais naturalisés au Canada ont fait l’objet de nombreuses mesures discriminatoires et racistes à leur égard, voir entre autres le *Female Employment Act (1912)* émanant du Parlement provincial de la Saskatchewan, les affaires *Cunningham v. Tomey Homma*, [1903] A.C. 151 (P.C.) et *Quong Wing v. The King*, (1914) 49 R.C.S. 440.

¹¹⁶⁸ Pour les statistiques exactes, voir en annexe le tableau des arrivées au Canada entre 1862 et 2010 (Annexe E).

pays de l'Europe Centrale et de l'Est sont les plus nombreux à migrer pour des raisons économiques (pour les Italiens) et pour des raisons idéologiques (pour l'Europe de l'Est). C'est également la Deuxième Guerre Mondiale qui sensibilise l'Occident sur la persécution des États contre la population civile. D'ailleurs la *Convention relative au statut des réfugiés* fut adoptée en 1951 et tient compte de la réalité nazie. Tel que précisé en Introduction générale, les États soucieux de l'aide devant être apportée aux réfugiés juifs étaient également conscients de la possibilité pour des criminels de guerre de fuir la justice pénale et de se cacher comme réfugiés¹¹⁶⁹.

En 1991, la Cour suprême a affirmé que le gouvernement a le devoir d'empêcher des étrangers de pénétrer le territoire canadien et de les expulser le cas échéant. Joseph John Kindler, trouvé coupable de meurtre, enlèvement et complot criminel, était condamné à la peine de mort dans l'État de Pennsylvanie. Il a fui au Québec et les Américains ont demandé son extradition. La question soumise à la Cour portait sur le retour à la peine de mort d'un étranger reconnu coupable d'un crime grave. L'enjeu était de savoir si les autorités canadiennes violaient la *Charte* en retournant un criminel étranger sans obtenir préalablement de garantie que la peine de mort ne lui serait pas infligée :

« Le gouvernement a le droit et le devoir d'empêcher des étrangers d'entrer dans notre pays et d'en expulser s'il le juge à propos. Évidemment, ce droit existe indépendamment de l'extradition. Si un étranger dont le dossier criminel grave est notoire tente d'entrer au Canada, on peut lui refuser l'entrée. De la même façon, il pourrait être déporté une fois entré au Canada. [...] S'il en était autrement, le Canada pourrait devenir un refuge pour les criminels et les autres personnes que, légitimement, nous ne voulons pas avoir parmi nous. Je sais que, pour des raisons humanitaires, des dispositions prévoient maintenant l'admission de réfugiés politiques mais, bien entendu, ce cas n'est pas pertinent en l'espèce. Il serait étrange que le Canada puisse expulser des auteurs de crimes moins graves mais soit obligé par la Charte d'accorder le droit d'asile à des personnes recherchées pour des crimes tellement graves qu'ils entraînent la peine de mort dans leur pays d'origine. » (*Kindler*, p. 834) [Nous soulignons.]

Le juge La Forest conclura que l'objectif de dissuader les criminels de rentrer au Canada en les extradant sans restriction sur la peine qui leur sera infligée est raisonnable et proportionnel en

¹¹⁶⁹ Sur une brève histoire de la naissance de la *Convention de 1951* voir en Introduction générale, la première sous-section 0.1.1.

regard de la société libre et démocratique dans laquelle nous vivons¹¹⁷⁰. En effet, selon le juge La Forest, si le Canada recherchait des garanties que la peine de mort ne soit pas infligée, nous inviterions les criminels à trouver refuge au Canada. Cette conclusion semble ignorer le fait que les fugitifs ne choisissent pas nécessairement un pays dans le but de voir leur peine de mort remplacée par un emprisonnement à vie, ils recherchent tout simplement l'impunité. Les motifs des juges divergent et la cour est partagée, mais la majorité a tranché¹¹⁷¹ : la peine de mort malgré son abolition au Canada en 1976, ne choque pas la conscience des Canadiens alors que la torture est une situation inacceptable¹¹⁷². Le pouvoir discrétionnaire dans les relations étrangères et la gestion de la gouvernance canadienne en matière de sécurité provient clairement de la prérogative de l'Exécutif (*Kindler*, p. 837).

Heureusement en 2001, dans une décision unanime, la Cour suprême a exigé des assurances dans les cas d'extradition pour que la peine de mort ne soit pas infligée aux fugitifs se trouvant au Canada¹¹⁷³. En effet, dans *Burns & Rafay*, la Cour soupèse quatre facteurs dissuasifs pour l'extradition sans assurance contre cinq facteurs militant en faveur des assurances¹¹⁷⁴. Dans la pondération des intérêts, la Cour affirme que les principes de justice naturelle sont préservés seulement s'il existe des assurances, sans quoi l'extradition ne peut être justifiée dans le cadre d'une société démocratique¹¹⁷⁵.

Enfin, la notion du « refuge sûr », c'est-à-dire que le Canada constitue une terre d'impunité pour les criminels, ne dépend que de la mise en œuvre « vigoureuse » de la loi¹¹⁷⁶. De même que la présence de fugitifs au Canada ayant commis un crime aux États-Unis s'explique par la proximité

¹¹⁷⁰ *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 837.

¹¹⁷¹ Des dossiers impliquant des étrangers criminels ayant fui au Canada ont été soumis à l'examen de la Cour suprême, qui a réitéré sa position en 2001 dans *Suresh*, a cité et suivi *Kindler* entre autres dans les affaires suivantes : *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991], 2 R.C.S. 858; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2008] 1 R.C.S. 761 (dans *Lake*, c'est surtout l'affaire *Schmidt* en matière de réserve judiciaire qui confirme ce principe).

¹¹⁷² La peine de mort fut officiellement abolie au Canada en 1976, sauf pour les crimes commis par le corps armé (1998), bien que dans les faits la dernière condamnation à mort fut exécutée en 1962. Le juge Cory dresse d'ailleurs l'histoire de la peine de mort et souligne la réticence des jurés à imposer la peine de mort à un criminel, quel que soit le crime commis. *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, pp. 793 et ss (C.F. la dissidence du juge Cory). Le quatrième chapitre, en particulier la dernière sous-section 4.2.2, détaillera cette idée et contestera ses fondements.

¹¹⁷³ *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283.

¹¹⁷⁴ *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, au point 8 de la décision, par.72 à 74 (sans les assurances) et au point 9 de la décision, par. 75 et ss (avec assurances).

¹¹⁷⁵ *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, au point 12 de la décision, par. 124 à 132 (violation *prima facie*) et au point 13 de la décision, par. 133 et ss. (aucune restriction possible sous l'article premier).

¹¹⁷⁶ *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 142.

des deux pays¹¹⁷⁷. L'arrêt *Kindler* fut donc réinterprété au sujet de la peine de mort, bien que suite aux événements du 11 septembre, les préoccupations soulevées par le juge La Forest aient fait écho à celles des juges dans *Suresh*. La pondération des intérêts qui s'en est suivie a fait « pencher la balance » en faveur d'une violation du droit à la vie et à la sécurité des criminels étrangers soupçonnés de terrorisme¹¹⁷⁸.

En effet, l'affaire *Kindler* pose également des principes d'interprétation de l'article 12 sur la portée des peines cruelles et inusitées dans l'esprit des valeurs canadiennes. Le test déjà élaboré dans *Canada c. Schmidt* concerne le choc des consciences des Canadiens devant l'atteinte d'un droit fondamental (articles 7 et 12 *Charte*)¹¹⁷⁹. La Cour suprême reprend cette analyse dans *Suresh*. La deuxième partie de ce chapitre se penchera sur l'analyse du juge La Forest, de la dissidence dans *Kindler* et du contexte historique rencontré dans *Suresh*¹¹⁸⁰. L'année suivante, en 1992, la Cour précisait l'inégalité des droits entre citoyens et résidents permanents dans l'affaire *Chiarelli* :

« Le principe le plus fondamental du droit de l'immigration veut que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer. La common law ne reconnaît aucun droit de ce genre et la distinction entre citoyens et non-citoyens est reconnue dans la Charte. Bien que le par. 6(2) accorde aux résidents permanents le droit de se déplacer dans tout le pays, d'établir leur résidence et de gagner leur vie dans toute province, seuls les citoyens ont le droit « de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir », que garantit le par. 6(1). **Le Parlement a donc le droit d'adopter une politique en matière d'immigration et de légiférer en prescrivant les conditions à remplir par les non-citoyens pour qu'il leur soit permis d'entrer au Canada et d'y demeurer.** C'est ce qu'il a fait dans la *Loi sur l'immigration.* »¹¹⁸¹[Nous soulignons.]

Il découle de ce principe, une panoplie de mesures restrictives et répressives à l'égard des étrangers : l'imposition de visas, la déportation, la reddition, les certificats de sécurité, la détention préventive sans charge, les procédures à huis clos, l'augmentation des peines et des sanctions, l'ajout de nouvelles infractions, l'élargissement du critère de « danger », le profilage racial, l'usage de la biométrie et des cartes d'identité (pour les résidents permanents seulement), l'inspection à la

¹¹⁷⁷ *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 141.

¹¹⁷⁸ Le quatrième chapitre analyse en détail les motivations de la Cour dans *Suresh* favorisant la sécurité et justifiant la constitutionnalité du renvoi vers la torture dans des cas très exceptionnels.

¹¹⁷⁹ *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500.

¹¹⁸⁰ Le quatrième chapitre, en particulier dans sa dernière sous-section 4.2.2, proposera une analyse comparative entre *Suresh* et *Kindler* sur l'usage du terme « circonstances exceptionnelles » et la similitude des débats. Nous retiendrons particulièrement la réflexion de la dissidence dans *Kindler* pour jeter les bases d'une argumentation plus solide et logique.

¹¹⁸¹ Il s'agit de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52.

frontière, les fouilles physiques, les nouvelles technologies de dépistage biométrique (clairement invasives), les mesures d'urgence, l'accès à l'information entre les États et l'érosion de l'expectative d'invasion à la vie privée de moins en moins¹¹⁸². Des mesures parfois exceptionnelles comme les certificats de sécurité sont admises en droit bien que leurs procédures ne soient pas toujours conformes aux principes de justice naturelle¹¹⁸³.

Cette analyse nous rappelle une autre affaire qui a conclu à la possibilité de renvoyer de graves criminels à la torture ; raisonnement similaire à *Suresh* et fortement teinté d'une vision répressive. Avant de décrire l'exercice ministériel de la pondération des risques, explicité dans la deuxième section de ce chapitre, le prochain point reconstituera le portrait législatif des règles de détermination du statut du réfugié et le processus d'exclusion des criminels étrangers jugés menaçant pour la société canadienne. Ce survol mettra en évidence la prolifération des mesures juridiques mises en place pour répondre, à la fois, aux considérations de la *Charte*, mais surtout aux stratégies élaborées au sein de la fonction publique pour faciliter le renvoi et accélérer les déterminations des statuts criminels et humanitaires des individus se réclamant la protection du Canada.

ii) Le renforcement progressif des mesures de sécurité vers la moitié des années 90 : de la détermination administrative dans les années 70 à la création d'un organe d'appel (RAD) en 2012 (judiciarisation)

La Commission de l'immigration et du statut pour le réfugié (ci-après la CISR) a été créée grâce au projet de loi C-55 qui modifia la *Loi sur l'immigration de 1976*. Sa mise en place le 1^{er} janvier 1989 abrogeait la Commission d'appel et comprenait deux sections soient la Section d'appel de l'immigration et la Section du statut de réfugié. La structure de la CISR changera avec l'ajout de deux sections. La première section fut établie en 1993, soit la Section d'arbitrage pour la tenue des enquêtes et l'examen des motifs de détention des étrangers¹¹⁸⁴. Plus récemment, la

¹¹⁸² François CRÉPEAU, « Migration et sécurité frontalière », dans Christian LEUPRECHT, Todd HATALEY et Kim RICHARD NOSSAL (dirs), *Evolution des menaces transnationales et sécurité frontalière : un nouveau programme de recherche*, Martello Paper Series, 2012, pp. 64-65.

¹¹⁸³ *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.S 350.

¹¹⁸⁴ Le projet de loi C-86 transférait la direction générale d'arbitrage du nouveau ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration à la CISR.

section d'appel à la section du statut de la protection des réfugiés, prévue à l'article 171 de la *LIPR*, a été mise sur pied en 2013¹¹⁸⁵.

Lors de la création de la CISR, le gouvernement devait également répondre à un arrêlage élevé, plus de 85,000 demandes en attente en 1988¹¹⁸⁶. Le programme spécial d'élimination de l'arriéré du ministère de l'Emploi et de l'Immigration, en 1989, visait à accélérer le traitement de plus de 115,000 demandes d'asile qui n'avaient pas pu être décidées au moment de la mise en place de la CISR¹¹⁸⁷. Ce défi d'équilibrer les finances publiques et de répondre aux critères d'équité est récurrent. Bien que le Rapport Plaut insiste sur le fait que les ressources financières ne peuvent pas être un facteur jouant contre la protection des réfugiés et la création d'un organisme administratif indépendant¹¹⁸⁸, il faut toutefois reconnaître que les coûts constituent un obstacle pour les gouvernements qui préféreraient investir dans la sécurité et la protection des frontières¹¹⁸⁹.

En 1993, les directives du président de la CISR reconnaissent la vulnérabilité des femmes et des enfants en adoptant les directives sur les *Revendicatrices craignant d'être persécutées en raison de leur sexe* et les directives sur *Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié*¹¹⁹⁰. Ces deux initiatives seront les premières directives, fortement encouragées par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. Dans la même année, le concept vague de « groupe social »

¹¹⁸⁵ Voir l'adoption du projet de loi C-31 modifiant la *LIPR* : *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada* (projet de loi C-31) a reçu la sanction royale le 28 juin 2012 et est entrée en vigueur, en deux temps, en décembre 2012 et en mars 2013.

¹¹⁸⁶ En 1998, il y avait plus de 85,000 demandes en attente selon le Rapport du vérificateur général du Canada, Chapitre 25 – Citoyenneté et Immigration Canada et la Commission de l'immigration et du statut de réfugié – Le traitement des revendications du statut de réfugié, Serge Gaudet et Richard Flageole, Ottawa, décembre 1997, par. 25.23.

¹¹⁸⁷ Voir les remarques répétées dans les rapports du vérificateur général lors de l'évaluation des objectifs et de l'efficacité de la CISR, depuis sa création en 1989. Les rapports de 1990, 1992, 1997, 2001 et 2003 sont accessibles à partir du site du Bureau du vérificateur général à l'adresse URL suivante : <http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl/> sous la rubrique des rapports au parlement par organisation fédérale voir la Commission de l'Immigration et du Statut pour le réfugié (dernière consultation, le 4 avril 2013).

¹¹⁸⁸ Gunther W. PLAUT, *Refugee determination in Canada : a report to the Honourable Flora MacDonald, minister of Employment and Immigration*, Ottawa, LAC Catalogue, 1985, pp. 144 et 148.

¹¹⁸⁹ Entre autres pour répondre aux pressions du gouvernement américain, lui-même soumis au lobby militaire. Voir les accords de principe conclus par les deux pays au lendemain du 11 septembre 2001. Voir les ententes suivantes *Vision de la frontière*, *l'Accord sur la frontière commune*, la *Déclaration conjointe de coopération sur la sécurité des frontières et le contrôle de la migration régionale* et la *Déclaration sur la frontière intelligente*.

¹¹⁹⁰ Il s'agit des Directives numéros 3 et 4, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Directive sur les enfants qui revendiquent le statut de réfugié* et la *Directive sur les revendicatrices craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*, Directives données par la présidente en application de l'alinéa 65(3) de la *Loi sur l'immigration*, Ottawa, 30 septembre 1996 et 13 novembre 1996.

dans la définition du réfugié obtient du plus haut tribunal canadien une interprétation humaniste qui répond aux développements des droits de la personne sur la scène internationale¹¹⁹¹.

Après plusieurs inquiétudes émises par le bureau du vérificateur général dans le début des années 90 au sujet de la CISR, la vérificatrice générale s'intéresse particulièrement au traitement des revendications du statut de réfugié et critique ouvertement en 1997 la CISR qui met trop de temps à émettre sa décision sur le statut de réfugié d'un demandeur¹¹⁹². La longueur de la procédure ne « permet pas de protéger rapidement ceux qui devraient l'être et ne dissuade par ceux qui n'ont pas besoin ou ne méritent pas la protection »¹¹⁹³. L'année suivante, le groupe consultatif pour la révision de la législation sur l'immigration (GCRLI) recommande au gouvernement la création d'une Agence de protection abolissant la CISR¹¹⁹⁴. Des consultations pancanadiennes furent tenues en 1998 et la réponse fut clairement retranscrite dans le rapport gouvernemental *De solides assises pour le 21^e siècle*, la CISR ne serait pas remplacée, malgré des problèmes d'efficacité accentués par le manque de ressources humaines¹¹⁹⁵.

La réelle réforme législative eut lieu dans le début des années 2000. Alors que le projet de loi C-31 propose des mesures administratives pour accélérer le processus de détermination, C-31 meurt au feuilleton avec le déclenchement des élections, en octobre 2000. Les libéraux majoritairement réélus remettent le projet de loi sur l'immigration et la protection des réfugiés à l'examen parlementaire. La *LIPR* entrera définitivement en vigueur le 28 juin 2002. La nouveauté principale concernant la CISR est la présence d'un seul Commissaire à l'étude de la revendication, au lieu de trois, compensée par la création de la Section d'appel des réfugiés (SAR). Il faudra toutefois attendre le 1 mars 2013 pour que la SAR soit établie, alors que la

¹¹⁹¹ *Canada (Procureur Général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689.

¹¹⁹² VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU CANADA, « Chapitre 25 – Citoyenneté et Immigration Canada et la Commission de l'immigration et du statut de réfugié – Le traitement des revendications du statut de réfugié », Serge Gaudet et Richard Flageole, Ottawa, décembre 1997 (Rapport du vérificateur général, 1997).

¹¹⁹³ VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU CANADA, « Chapitre 25 – Citoyenneté et Immigration Canada et la Commission de l'immigration et du statut de réfugié – Le traitement des revendications du statut de réfugié », Serge Gaudet et Richard Flageole, Ottawa, décembre 1997.

¹¹⁹⁴ CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *De solides assises pour le 21^e siècle, Nouvelles orientations pour la politique et la législation relatives aux immigrants et aux réfugiés*, Ottawa, 1998.

¹¹⁹⁵ « Les politiques du Canada à l'égard des réfugiés doivent s'articuler autour de deux grands principes : l'équité et l'efficacité. La Commission de l'immigration et statut de réfugié fait partie d'un système de protection qui a valu au Canada le respect de bien des pays du monde; le gouvernement propose donc de la conserver. » Voir CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *De solides assises pour le 21^e siècle, Nouvelles orientations pour la politique et la législation relatives aux immigrants et aux réfugiés*, Ottawa, 1998, p. 41.

Section de la protection des réfugiés opère déjà avec un seul décideur au lieu de trois commissaires, depuis 2002 et encore bien avant l'entrée en vigueur de la *LIPR* en 2002.

Dans la *LIPR*, le Parlement décide également d'introduire la révision des risques de retour juste avant le renvoi de l'étranger. « L'examen des risques avant renvoi » a été proposé par le gouvernement probablement en réponse au commentaire de la majorité de la Cour suprême dans *Pushpanathan* :

« Dans le cadre du présent pourvoi, il n'est ni nécessaire ni souhaitable d'examiner en détail les recours que peut actuellement exercer la personne susceptible d'être expulsée ni de suggérer quelle forme devrait prendre un tel recours. Cependant, **il serait impensable qu'une audience équitable n'ait pas lieu devant un arbitre impartial pour déterminer s'il y a des « motifs sérieux de croire » que la personne visée par la mesure d'expulsion risque la torture, l'exécution arbitraire, la disparition ou une autre violation des droits de l'homme. Vu la gravité des conséquences de l'expulsion dans un tel cas, l'intéressé doit avoir l'occasion d'être entendu avant son expulsion, et l'audience doit être tenue conformément aux principes de la justice naturelle.** De même, l'intéressé a droit au contrôle judiciaire de la décision rendue pour s'assurer qu'elle est bien conforme à ces principes. Ces garanties devraient s'appliquer que l'intéressé soit exclu du statut de réfugié ou non, afin d'éviter que l'exclusion n'ait des conséquences sévères inadmissibles. »¹¹⁹⁶ [Nous soulignons.]

Cet *obiter* de la Cour se voulait indicatif pour le gouvernement qui a, par la suite, conceptualisé l'examen des risques avant renvoi afin de répondre aux exigences d'équité et de protection des droits de la personne, en ajoutant une étape à la fin du processus d'immigration. L'examen et les critères d'éligibilité sont prévus aux articles 112 à 114 de la *LIPR*, alors que la procédure est explicitée dans le *Règlement* aux articles 160 à 174. L'agent ERAR est un fonctionnaire de grade supérieur chargé d'étudier le dossier et de tenir une entrevue auprès du demandeur. L'intéressé doit se trouver au Canada et doit en faire la demande (par. 112(1) *LIPR*). Des exceptions en cas d'extradition ou le renvoi dans un pays sûr (par. 112(2) *LIPR*) sont prévues par la loi.

À l'issue de l'examen, « la décision accordant la demande de protection a pour effet de conférer l'asile au demandeur », sauf dans les cas de criminalité prévus aux restrictions du paragraphe 112(3) de la *LIPR*¹¹⁹⁷. L'agent ERAR est aussi responsable d'étudier le risque probable de persécution ou de torture d'un réfugié en vertu du principe de non-refoulement

¹¹⁹⁶ *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 157.

¹¹⁹⁷ Les effets de la décision sont décrits au par. 114(1) *LIPR*.

inscrit à l'article 115 *LIPR*. Le renvoi d'un réfugié à la persécution ou à la torture est possible si celui-ci représente un danger pour la sécurité nationale ou internationale (par. 115(2) *LIPR*)¹¹⁹⁸. L'examen se veut efficace et rapide et est conjointement coordonné avec le renvoi. L'ERAR répond donc à la préoccupation soulevée par la Cour en 1998 et sa fonction administrative ajoute à la protection des réfugiés, même si son taux d'acceptation très faible, moins de 1%¹¹⁹⁹, jette des doutes sur sa validité¹²⁰⁰.

En 2005, toujours par souci d'efficacité et de restrictions budgétaires, la *Politique de la voie rapide* (« fast track ») permettra une gestion prioritaire des demandes d'asile peu complexes, dont l'issue positive est prévisible¹²⁰¹. En 2006, devant la complexité des procédures, les *Directives sur les procédures concernant les personnes vulnérables qui comparaissent devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada* émises par le président visent à aider les demandeurs les plus vulnérables à présenter leur demande et à faciliter le travail des commissaires¹²⁰².

Parmi ces mesures, on peut s'étonner de retrouver une directive (Directive 7) qui impose aux commissaires l'interrogatoire du demandeur en début d'audience, plutôt que de laisser au réfugié la possibilité de présenter librement son histoire et de répondre ensuite aux interrogations du commissaire sur les possibles manques ou incohérences chronologiques et non pas le contraire¹²⁰³. À notre avis, une telle directive serait légitime dans les cas d'acceptation où il suffit

¹¹⁹⁸ La procédure de la pondération des risques prévue au paragraphe 115(2) de la *LIPR* sera détaillée dans la prochaine sous-section 3.2.1 au point ii).

¹¹⁹⁹ Consulter le rapport ministériel CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *ERAR. Taux d'acceptation*, Ottawa, DATE. Disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/evaluation/pera/section4.asp> (dernière consultation, le 10 décembre 2012).

¹²⁰⁰ Il est noté que l'ERAR a fait l'objet de changements dans la foulée des modifications législatives du projet de loi C-31 de 2012. Voir, également, le fascicule de la COMMUNITY LEGAL EDUCATION OF ONTARIO, *Pre-removal risk assessment (PRRA), CLEO immigration and refugee fact sheet*, Toronto, CLEO, 2005.

¹²⁰¹ Voir la *Politique de la voie rapide : processus d'audience*, le 14 mars 2005; la *Politique de la voie rapide : processus accéléré*, le 4 mars 2005; la *Politique sur le prononcé de vive voix des décisions et des motifs*, le 10 septembre 2003; *Directive no 5 : la transmission du FRP et le désistement pour défaut de transmission du FRP à la Section de la protection des réfugiés*, le 30 octobre 2003. Ces politiques furent toutefois révoquées le 15 décembre 2012 avec l'introduction de nouvelles dispositions sur la réforme du système de protection des réfugiés prévues par la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada (LVPSIC)* et la *Loi sur des mesures de réformes équitables concernant les réfugiés (LMRER)*, adoptées la même année.

¹²⁰² *Directive no 8. COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, Directives sur les procédures concernant les personnes vulnérables qui comparissent devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada*, Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, Ottawa, 15 décembre 2006 et modifiée le 15 décembre 2012 suite aux modifications à la *LIPR*.

¹²⁰³ Il s'agit de la *Directive no 7. COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la section de la protection des réfugiés*, Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, Ottawa, 1 décembre 2003.

pour le décideur d'éclairer quelques points nébuleux de l'histoire ou de la preuve du demandeur d'asile et ainsi expédier la procédure.

Bien que la directive présidentielle constitue un incitatif et ne force pas l'application, dans les faits les commissaires se conduisent à la lumière de ce qui leur est dicté. En effet, si l'on se fie au paragraphe 23 de la section 3.2 sur les interrogatoires (directive 7), le Président précise que le « commissaire peut changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles. » Au-delà du discours d'efficacité de la Directive 7, cette dernière reflète une mise au rôle clairement offensive et contradictoire, puisqu'elle accuse les lacunes et les failles de la demande d'entrée de jeu, sans avoir donné la possibilité au réfugié d'exposer son histoire, parfois mieux articulée au moment de l'audience qu'au moment où il a présenté sa demande par écrit ou dans le formulaire initial¹²⁰⁴.

L'approche progressivement plus contradictoire, forçant le demandeur d'asile à subir un contre interrogatoire sur les lacunes de son histoire, est clairement inscrite dans ce que les Conservateurs nommeront la réforme du système de l'immigration et du droit des réfugiés, engagée en 2010 et mise en œuvre entre 2012 et 2013 (point iii).

iii) La réforme présidentielle du droit des réfugiés de 2010 à 2013 – la pénalisation des réfugiés en termes législatifs

En 2010, la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés* voulait modifier la *LIPR* et habiliter un fonctionnaire au sein de la Commission pour prendre les renseignements et fixer la date de l'audition. La tenue de cette entrevue peut être retenue contre le demandeur en cas de contradiction devant le commissaire. En effet, les paragraphes 100(4) et 100(4.1) prévoient la tenue d'une entrevue devant le fonctionnaire qui « fixe, conformément aux règlements et à toutes directives du président de la Commission, la date de l'audition du cas du demandeur ». On peut s'interroger sur l'ordre des priorités effectuées par l'opinion que se fera le fonctionnaire du bien-fondé de la demande. Cette loi qui devait entrer en vigueur en juin 2012 et qui fit l'objet de longues discussions et de compromis entre les Conservateurs et l'opposition fut

¹²⁰⁴ Voir sur une critique détaillée et constructive, l'étude des professeurs François CRÉPEAU et Delphine NAKACHE, "Critical spaces in the Canadian refugee determination system : 1989–2002", (2008) 20 *IJRL* 50-122.

remplacée, en février 2012, par le projet de loi C-31 : *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada* sans qu'il ne fasse l'objet de consultation¹²⁰⁵.

En vertu des modifications de 2012, la Section d'appel des réfugiés devra finalement être mise sur pied dans une période ne devant pas dépasser deux ans, mais l'admissibilité des demandes se verra restreinte dans une loi successive. En effet en 2012, le gouvernement conservateur, après deux mandats minoritaires, gagne la majorité des sièges et adopte le projet de loi C-31. La *Loi sur la Réforme équilibrée pour les réfugiés* avait été initiée en 2011 et avait subi certains tempéraments devant l'opposition mécontente et majoritaire. Le gouvernement conservateur, fort de sa majorité, a repris le projet de loi dans sa version initiale pour donner, entre autres, le pouvoir au ministre de désigner des pays jugés sécuritaires pour les réfugiés, sans consultation auprès d'un comité d'experts en droits de la personne¹²⁰⁶. On peut contester la désignation des pays dits sécuritaires inscrite en dans la loi et permettant le renvoi des réfugiés vers des pays qui ne comportent pas de risque de persécution selon les autorités canadiennes. Toutefois inscrire un pouvoir discrétionnaire ministériel en droit, tout en abolissant le comité consultatif, donne la force aux choix politiques et arbitraires en fonction du contexte sécuritaire plus ou moins présent selon les époques. Cette situation empêche l'intervention du contrôle judiciaire et apparaît anti-démocratique¹²⁰⁷.

Des changements dans le paysage administratif de l'immigration, entrés en vigueur en décembre 2012, comme l'accélération des délais d'examen des demandes, le traitement différencié des ressortissants de pays désignés et aussi des personnes qui sont venues au Canada en groupe de deux et plus avec l'aide d'un passeur participent au phénomène de pénalisation du droit des réfugiés, décrit plus haut.

¹²⁰⁵ Ces changements sont entrés en vigueur avec l'adoption le 15 décembre 2012 du projet de loi C- 43 *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et le statut de réfugié* (loi accélérant le renvoi des criminels étrangers). Voir également Marie VASTEL, « Résident permanent : un statut menacé? », *Le Devoir*, 27 février 2012. Sur les principaux points litigieux de la part des groupes communautaires et des experts voir la déclaration conjointe proposée par le Conseil Canadien pour les Réfugiés. Document disponible à l'adresse URL suivante : <http://ccrweb.ca/fr/protoger-refugies-contre-c31-declaration> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹²⁰⁶ Voir le projet de loi C-43 *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et le statut de réfugié* (loi accélérant le renvoi des criminels étrangers), adopté le 15 décembre 2012. Récemment, le Mexique a été ajouté sur la liste des pays sécuritaires, alors que jusqu'en 2012, des réfugiés continuent de fuir le Mexique pour demander l'asile.

¹²⁰⁷ Voir entre autres l'intervention très juste de David Matas, président du Bar Association of Canada devant le COMITÉ PERMANENT DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION, *Témoignages*, Chambre des Communes, nu 57, 1^{er} session, 41^e législature, 5 novembre 2012, pp. 3-4. Les témoignages des experts en droit de l'immigration sont disponibles à l'adresse URL suivante : http://publications.gc.ca/collections/collection_2012/parl/XC64-1-2-411-57-fra.pdf (dernière consultation le 16 septembre 2013).

On peut également se questionner sur l'objectif réel des modifications procédurales mises en vigueur auprès de la CIRS dans la foulée de l'adoption de *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada* et la *Loi sur des mesures de réformes équitables concernant les réfugiés*. En effet, les instruments de politique répondant aux nouvelles exigences législatives portent, entre autres, sur l'ajout de nouveaux agents sur la préparation et la tenue des audiences, sur la cueillette et la communication des renseignements, sur la gestion des demandes en attente d'un contrôle de sécurité, sur la mise au rôle et la conduite des commissaires¹²⁰⁸.

Le ministre responsable de l'immigration, Jason Kenney, prétend « protéger l'intégrité du système » avec de telles mesures afin donner la priorité aux « vrais » réfugiés. Au moment du dépôt du projet de loi, en février 2012, il porta le blâme du ralentissement des procédures devant la Commission et du manque d'efficacité aux « faux » réfugiés provenant de pays démocratiques, comme si les politiques et pratiques discriminatoires et racistes de certaines autorités européennes

¹²⁰⁸ Il s'agit des modifications suivantes reprises à partir du site de la CIRS et disponibles à l'adresse URL suivante : <http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/media/newsnouv/2012/Pages/PolRev1212.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

1. *Directives n° 6 : Mise au rôle et changement de la date ou de l'heure d'une procédure*. Les Directives n° 6 ont été mises à jour afin de prendre en compte les modifications législatives et réglementaires, ainsi que les nouvelles *Règles de la Section de la protection des réfugiés* (Règles de la SPR) au regard de la mise au rôle et du changement de la date et de l'heure d'une procédure. Elles ont aussi été modifiées de façon à faire référence à la Section d'appel des réfugiés (SAR).
2. *Directives n° 7 : La préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés*. Les Directives n° 7 ont été mises à jour pour tenir compte des nouvelles Règles de la SPR et clarifier les pratiques liées à la préparation des audiences et aux processus à la nouvelle SPR.
3. *Directives n° 8 : Les procédures concernant les personnes vulnérables qui comparissent devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada*. Les Directives n° 8 ont été mises à jour pour faire référence à la SAR et y inclure une section sur les lesbiennes, les gais, les bisexuels, les transgenres et les intersexués (LGBTI).
4. *Instructions pour recueillir et communiquer des renseignements pour les procédures de la Section de la protection des réfugiés*. Ces instructions ont été mises à jour afin de clarifier les processus liés à la cueillette et à la communication des renseignements pour les audiences de la SPR.
5. *Instructions régissant la gestion des demandes d'asile en attente du contrôle de sécurité préliminaire*. Ces instructions ont été mises à jour afin de prendre en compte les nouveaux délais liés au contrôle de sécurité au début du processus.
6. *Constitution de tribunaux de trois commissaires : approche de la Section de la protection des réfugiés*. Cette politique a été mise à jour afin de préciser qu'un tribunal de trois commissaires à la nouvelle SPR sera constitué uniquement aux fins de formation.
7. *Code de déontologie des commissaires de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada*. Le code a été mis à jour afin de prendre en compte les modifications législatives. Il ne s'agit pas de modifications de fond.
8. *Protocole relatif aux questions concernant la conduite des commissaires*. Le protocole a été mis à jour afin de prendre en compte les modifications législatives et de clarifier certaines dispositions. Il ne s'agit pas de modifications de fond.

étaient une fiction¹²⁰⁹. Selon le ministre « [n]ous dépensons du temps précieux et l'argent des contribuables depuis beaucoup trop longtemps pour des gens qui n'ont pas besoin de notre protection, et ce, aux dépens des demandeurs d'asile légitimes qui n'ont d'autres choix que d'attendre leur tour dans une trop longue file d'attente »¹²¹⁰. Pour reprendre les propos du député néo-démocrate Sadia Groguhé, la loi ne concerne pas les bonnes catégories de personnes, en fait « ce projet de loi ne vise pas les criminels, mais criminalise les réfugiés »¹²¹¹.

Le projet de loi C-31, maintenant en vigueur, prétend accélérer le traitement des demandes d'asile en retournant sur le modèle pré-*Singh*, lorsqu'il s'agit de faire une entrevue préliminaire auprès d'un fonctionnaire¹²¹². C-31 octroie des pouvoirs plus grands au ministre pour désigner l'irrégularité de l'arrivée de groupes de personnes au Canada et imposer sur ces groupes des conditions de nature carcérale. En effet, la loi permet au ministre d'imposer la détention, les conditions de mise en liberté de ces individus (par. 55(3.1) *LIPR*)¹²¹³, de même que les restrictions à l'octroi du statut de résident permanent (art. 13.2 *LIPR*)¹²¹⁴. L'élargissement de la portée de certaines dispositions concernant l'exécution de la loi y est prévu. Les modifications

¹²⁰⁹ On pourrait penser aux femmes européennes qui épousent des musulmans traditionalistes qui menaceraient ces femmes de ne plus revoir leurs enfants. Les tribunaux nationaux, en Europe, ne sont pas tous dépourvus de préjugé. Les juges pourraient donner des fins de non recevoir à la garde et ne laisser aucun choix pour ses mères de trouver une protection ailleurs. Ceci étant dit, ces cas sont très rares, de même qu'on ne peut blâmer le ralentissement des procédures à cause des ressortissants des pays occidentaux. Les dossiers doivent être étudiés cas par cas.

¹²¹⁰ Propos de Jason Kenney, ministre de l'Immigration du Canada, repris par Radio-Canada et disponible à l'adresse URL suivante : www.radio-canada.ca/nouvelles/Politique/2012/02/16/002-reforme-immigration-kenney.shtml (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹²¹¹ Voir le site de Radio-Canada et le point de presse de l'opposition diffusé le 16 février 2012 à 18h15. Il s'agit ici du phénomène d'incrimination des réfugiés, c'est-à-dire lorsqu'un individu ou un groupe d'individus est perçu comme une menace ou représente un danger pour la société, avec ou sans fondement.

¹²¹² Voir en annexe, le tableau schématique des nouvelles procédures de traitements des demandes d'asile (Annexe F).

¹²¹³ Voir également les modifications apportées aux articles 56 et ss de la *LIPR* sur la détention d'un étranger désigné.

¹²¹⁴ Une étude l'Université McGill et du CSSS de la Montagne démontre que l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) emprisonne de plus en plus de personnes en situation irrégulière ou les demandeurs d'asile : 7553 en détention en 2004-2005, 9929 en 2011-2012. S'il faut en croire les nouvelles mesures législatives, ces chiffres augmenteront. La durée moyenne des détention est de 28 jours, tant que les autorités n'ont pas terminé les vérifications d'admissibilité. Toutefois ce délai est variable et peut prendre plusieurs mois. Le journal *le Devoir* rapportait que le 11 août 2013 une soixantaine de personnes avaient manifesté devant le Centre de détention de l'ASFC pour dénoncer le recours trop fréquent à l'incarcération pour les personnes en situation irrégulière et les demandeurs d'asile. Voir Bahador ZABIHIYAN, « Manifestation contre l'incarcération des étrangers en situation irrégulière à Laval », *LeDevoir*, 12 août 2013. L'étude mentionnée par le journal porte sur le mémoire à être soumis à la Commission parlementaire sur le projet de loi C-4, Loi visant à empêcher les passeurs d'utiliser abusivement le système d'immigration canadien préparé par Janet Cleveland, Cécile Rousseau et Rachel Kronick et intitulé *L'impact du projet de loi C-4 sur la santé mentale des demandeurs d'asile*. Le mémoire en question, rédigé en janvier 2012, est disponible à l'adresse URL suivante : http://www.csssdelamontagne.qc.ca/fileadmin/csss_dlm/Publications/Publications_CRF/Impact_du_projet_de_loi_C-4_sur_la_sante_mentale_des_demandeurs_d_asile_integral.pdf (dernière consultation, le 16 septembre 2013)

les plus notoires sont la portée de l'infraction d'organisation d'entrée « illégale » au Canada et l'imposition de peines minimales rattachée à cette infraction (art. 20.1 et 117 *LIPR*).

Une série de recours suite au rejet d'une demande sont également retirés au réfugié qui parviendrait au Canada avec l'aide de passeurs. Le droit d'appel est ainsi interdit aux réfugiés arrivant avec l'aide de passeurs, par le truchement du vocable d'« étranger désigné » (par. 110(1.1) *LIPR*). Ces réfugiés ne peuvent également obtenir la citoyenneté canadienne avant un délai de cinq années et ne peuvent parrainer les membres de leur famille pendant la même période (art. 20.2, 31.1 et par. 11(1.1), 13(1) *LIPR*). Un dernier retranchement, qui n'affecte pas seulement les réfugiés, est le refus pour le réfugié débouté de faire une demande pour considérations humanitaire. Tous les étrangers désignés, c'est-à-dire les migrants qui sont venus à l'aide de passeurs, ne pourront faire une demande humanitaire qu'après cinq ans du refus de leur demande ou du jour où ils sont devenus étrangers désignés (art. 25(1.01) *LIPR*). Alors qu'aucune autre forme d'assistance humanitaire, en dehors des motifs de persécution de la *Convention relative au statut des réfugiés*, n'est disponible, le gouvernement canadien a interdit l'unique recours pouvant pallier cette lacune, perçue plutôt comme un problème par les autorités. L'unique recours ultime qui semble avoir été préservé, probablement parce que suggéré par la Cour suprême dans *Pushpanathan*, est l'examen des risques avant renvoi. L'étranger désigné, qui vise particulièrement les réfugiés, est le reflet de la pensée du réfugié propre versus le réfugié qui n'a pas droit à la protection internationale parce qu'il a « flirté » avec la criminalité. Cette exclusion fort malheureuse est pourtant le résultat de la mise en œuvre initiale de la *Convention* et des États qui ont rejeté le droit d'asile axiologique, permettant la libre circulation des réfugiés¹²¹⁵.

De plus, pour une application plus rigoureuse de la loi, le projet de loi C-31 augmente les peines infligées aux personnes qui omettent de fournir les renseignements qui sont exigés avant l'entrée d'un bâtiment dans les eaux canadiennes. Le projet de loi modifie la *Loi sur la sûreté du transport maritime*¹²¹⁶. De même, les peines sont majorées contre les individus et les bâtiments¹²¹⁷ qui ne se conforment pas aux injonctions ministérielles concernant les transporteurs

¹²¹⁵ Sur le droit d'asile dérogatoire et le droit d'asile axiologique voir l'Introduction générale, en particulier à la sous-section 0.1.1.

¹²¹⁶ *Loi sur la sûreté du transport maritime*, L.C.1994, ch. 40.

¹²¹⁷ Par bâtiment, il faut entendre « Tout type de navire ou d'embarcation pouvant servir à la navigation maritime, ainsi que tout élévateur flottant, hydravion, radeau, aéroglisseur, drague, habitation flottante, plate-forme de forage pétrolier ou digue de billes ou de bois, indépendamment de leur mode de propulsion. » (art. 2). Dans le cas des bâtiments, il s'agit d'une nouvelle infraction (art. 20 et 25).

ou encore aux individus qui fournissent de faux renseignements (art. 5.1 de la loi maritime). La *Loi sur la sûreté du transport maritime* est également modifiée afin d'autoriser la réglementation régissant la communication de certains renseignements dans le but d'assurer à la sûreté et à la sécurité nationale (art. 25 de la loi maritime). Enfin, pour dissuader les demandeurs d'asile, le gouvernement a imposé des limitations à l'accès aux soins de santé¹²¹⁸.

Désormais les demandes de visa de résident temporaire ou les permis d'étude devront être accompagnées des renseignements biométriques (art. 11.1 *LIPR*), c'est-à-dire le recours à la digitalisation des marqueurs d'identité d'une personne qui sont ensuite transmis dans une banque de données accessibles à d'autres États (art. 14 *LIPR*)¹²¹⁹. Dans le même esprit, les pouvoirs du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration sont augmentés afin de lui permettre de conclure des accords et des ententes avec des gouvernements étrangers (al. 150.1(1)b) *LIPR*). Ces pouvoirs comprennent la possibilité pour le ministre de fournir des services à l'Agence des services frontaliers (par. 150.1(1) *LIPR*). Il a été relevé, précédemment, les risques qu'une telle proximité peut comporter¹²²⁰. Il est évident que la tendance conservatrice ne fera qu'augmenter le renforcement des règles d'exécution de la loi et le refoulement indirecte de ceux et celles qui ont le droit de se prévaloir de la protection du Canada.

Dans la prochaine sous-section, l'analyse des critères juridiques applicables portera sur les mécanismes juridiques prévus depuis 2001, afin de mesurer le danger que pose un étranger contre la population canadienne et menant à son expulsion du pays. L'accent sera mis surtout sur le processus de pondération des risques. En effet, ce « *balancing* » est au cœur du débat judiciaire dans l'affaire *Suresh*. La Cour devait déterminer dans quelle mesure le renvoi vers la torture est-il constitutionnellement valide. Cette approche, que le quatrième chapitre critiquera, suppose l'exercice de pondération prévu à l'article 7 de la *Charte*.

Sous-section 3.2.2 La validité de la pondération (le *balancing*) des risques de torture et du danger pour la population dans un traitement administratif largement

¹²¹⁸ Voir le *Décret modifiant le Décret concernant le Programme fédéral de santé intérimaire (2012)*, C.P. 2012-945, TR/2012-49, art. 10.

¹²¹⁹ Voir article 14 de la *LIPR* sur la définition des informations biométriques et l'article 5.1 de la *Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'immigration*, L.C. 1994, ch. 31.

¹²²⁰ Voir également, nos préoccupations soulevées en 2004 au moment de la création de l'Agence des services frontaliers en décembre 2003 dans Kinga JANIK, « L'étrange étranger : l'avenir incertain de l'immigration canadienne », (2004) 22(1) *Refuge* 71-82.

discrétionnaire : des garanties procédurales à deux vitesses entre le réfugié et le criminel canadien

Dans l'affaire *Suresh*, la Cour suprême devait décider de la validité de l'expulsion de M. Suresh au Sri Lanka, entérinée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. La *LIPR* confère au ministre et à ses délégués le pouvoir d'expulser un réfugié vers la torture (voire la mort dans le cas d'une peine de mort) ou de le renvoyer vers la persécution (article 115 *LIPR*). Cette expulsion intervient à la suite de la pondération entre le danger que représente l'individu pour la sécurité du Canada et les risques de torture que ce dernier encourt en cas de retour dans son pays d'origine. L'affaire *Dadar* constitue le seul cas de renvoi d'un réfugié vers son pays d'origine, alors qu'il existait des risques de torture¹²²¹. D'autres individus ont également été renvoyés dans leur pays en dépit des risques de torture identifiés, mais ceux-ci n'étaient pas des réfugiés¹²²².

Dans l'affaire *Suresh*, la Cour suprême, pour la première fois, devait examiner le processus de *balancing* prévu à l'époque des événements à l'article 53 de la *Loi sur l'immigration de 1985* et repris dans la *LIPR* à l'article 115. Ce mécanisme de renvoi d'un réfugié a toujours été prévu dans la loi sur l'immigration depuis sa première mise en œuvre en 1976. Toutefois, elle n'a jamais été utilisée alors qu'il existait des risques de torture. Ce nouvel usage rend l'examen judiciaire du processus législatif très pertinent puisqu'il jette un regard sur la façon dont le gouvernement gère les questions de sécurité. Cette réalité répond à l'épineuse problématique de l'articulation du droit administratif autour des enjeux de sécurité nationale.

La théorie du fondement légitime présente deux types de justifications dans la prise d'une décision en conformité avec la *Charte*. Les *raisons valables* et la *bonne raison* correspondent à la troisième et à la quatrième dimension de la validité constitutionnelle d'une norme de droit

¹²²¹ Le seul cas rapporté d'un renvoi de réfugiés vers un pays où il existait des risques de torture est le cas de M. Dadar présumé criminel. Voir *Dadar c. Canada*, Communication No. 258/2004 : Canada. 05/12/2005, CAT/C/35/D/258/2004.

¹²²² Dans l'affaire *Khan c. Canada*, Communication No. 15/1994 : Canada. 18/11/94, CAT/C/13/D/15/1994, le Comité contre la Torture a reconnu le risque probant de torture si M. Khan était renvoyé par le Canada au Pakistan, dû à ses activités politiques. M. Khan était un réfugié débouté par la CISR, alors que la preuve semblait indiquée la nécessité de lui accorder l'asile. Notons que les renvois vers certains pays européens peuvent aussi être problématiques, lorsqu'il existe des méthodes douteuses de cueillette d'information par la police par des présumés criminels, voir les membres de groupes séparatistes extrémistes comme l'IRA (Irlande) ou de l'ETA (Basques) et les rapports d'Amnistie Internationale ou autres ONG s'inquiétant du traitement et de la détention prolongée d'individus soupçonnés de terrorisme.

contestée¹²²³. Le professeur Tremblay reconnaît que les raisons valables représentent les « conditions minimales de la bonne raison »¹²²⁴. Ce sont généralement les motifs invoqués au soutien de la théorie du fondement rationnel, c'est-à-dire les critères formels de justification en droit constitutionnel¹²²⁵. L'analyse de la procédure de l'article 115 de la *LIPR* à travers les critères de la raison valable, ne permet pas de justifier le manque d'opportunité pour la personne concernée de répondre des « accusations » portées contre elle. C'est précisément l'absence d'une procédure équitable qui justifie l'ordonnance de la Cour d'une nouvelle pondération de la part du ministre. Cet examen doit prévoir la communication des raisons, des preuves et des motivations retenues contre M. Suresh. La restriction minimale qu'imposent les critères rationnels de la raison valable a d'emblée invalidé la conduite du ministre, sans toutefois vicier le régime législatif.

La *raison valable* comporte cinq critères qui furent énumérés dans le premier chapitre¹²²⁶. Essentiellement, ces critères visent à tester la solidité des considérations et des propositions qui soutiennent la mesure adoptée. Elles doivent former un tissu suffisamment logique pour que les jugements de fait et de valeur qui en découlent soient probables pour ainsi démontrer que le résultat final (la mesure) est souhaitable. Le manque de garanties procédurales relevé par la Cour dans *Suresh* se rattache au deuxième critère de la raison valable, soit la nécessité d'élaborer un raisonnement valide. La *bonne raison* appartient, quant à elle, à la théorie du fondement légitime et fait l'objet d'une analyse détaillée au quatrième chapitre. Pourtant, même au stade de la raison valable, il est difficile de conclure, comme le fait la Cour, que les limitations prévues par les principes de justice naturelle, et justifiant le recours à la torture dans des circonstances exceptionnelles, résistent à l'examen de considérations objectives et rationnelles¹²²⁷. Cette sous-

¹²²³ Voir au premier chapitre, en particulier la sous-section 1.1.3 au point iii).

¹²²⁴ Luc B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement légitime » (2002) 47 *R.D. McGill* 271-343, p. 282.

¹²²⁵ Le Pr. Tremblay explique longuement la théorie du fondement rationnel dans son article Luc B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel » (1999) 44 *R.D. McGill* 39-110. Sur le plan théorique, le professeur Tremblay ne cherche pas à réconcilier les théories rationnelle et légitime, « cela signifie simplement que les critères de la théorie du fondement rationnel, qui permettent de distinguer les raisons valables de celles qui ne le sont pas, constituent les critères minimaux nécessaires que doivent rencontrer les « bonnes raisons » au fins de la théorie du fondement légitime. » (Luc B. TREMBLAY (2002), p. 285). Voir également au quatrième chapitre, la sous-section 4.2.2 sur le critère de la « bonne raison ».

¹²²⁶ Voir au premier chapitre, la sous-section 1.1.3 au point ii).

¹²²⁷ La vision du juge La Forest et d'autres juges récents pose l'interprétation de la *Charte* en fonction du « caractère pratique que revêt la tâche de gouverner ». Luc B. TREMBLAY (2002), p. 303. Nous adhérons à la thèse constitutionnelle du Pr. Tremblay qui conçoit les droits fondamentaux comme des contraintes latérales à l'exercice de gouvernance et non pas comme des « restrictions en termes conséquentialistes », c'est-à-dire selon le domaine à légiférer et les objectifs poursuivis, voir l'élaboration de la pensée du Pr. Tremblay au premier chapitre, à la sous-section 1.2.1. Le quatrième

section interroge la validité rationnelle des prémisses du gouvernement et explore les raisons qui provoquent la distorsion objective dans l'interprétation des droits fondamentaux.

Le droit des réfugiés, tel qu'il a été souligné précédemment, reconnaît la nécessité d'exclure les criminels graves de la protection internationale. La sécurité nationale existe comme dérogation aux droits fondamentaux, tel que le prévoit l'exclusion de l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* de 1951. Dans la loi canadienne sur l'immigration, le modèle de *balancing* ou de pondération des risques est unique dans le cas du renvoi d'un réfugié dans son pays où il existe une probabilité de menace à sa vie et sa sécurité¹²²⁸. L'article 115 de la *LIPR* autorise le ministre de la Citoyenneté et Immigration à contrebalancer le risque encouru par un étranger s'il est retourné dans son pays avec le risque de danger qu'il représente pour la société canadienne¹²²⁹.

L'article 115 confirme le principe de non-refoulement des réfugiés tout en prévoyant des exceptions. En vertu du paragraphe 115(2), le renvoi dans un pays où une personne protégée (un réfugié ou une personne craignant les mauvais traitements) peut avoir lieu si elle est interdite de territoire et si l'atteinte des droits humains ou internationaux et la nature et la gravité de ses actes passés justifient, selon le ministre, qu'elle ne demeure pas au Canada. Ce paragraphe constitue l'interprétation canadienne de l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés*. Alors que le prochain chapitre analysera l'article 33 de la *Convention* et l'article 3 de la *Convention contre la torture*, les pages suivantes détailleront la procédure de la prépondérance des risques au regard des conclusions de la Cour suprême dans *Suresh* sur l'iniquité des procédures mises en place en 1985.

En effet, la procédure administrative et ministérielle de l'article 53 de la loi sur l'immigration de 1989, aujourd'hui l'article 115 de la *LIPR*, a été analysée dans *Suresh*. Les

chapitre est entièrement consacré à l'analyse constitutionnelle à travers la grille théorique du Pr. Tremblay. Plus spécifiquement la position du juge La Forest est étudiée au quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.2. au point i).

¹²²⁸ Dans le cas du certificat de sécurité, le résident permanent ou l'étranger peut demander l'examen des risques de renvoi, prévu à l'article 112 de la *LIPR*, et le juge doit suspendre les procédures judiciaires concernant l'attestation du certificat devant la cour fédérale (par. 79(1)). La décision de l'agent ERAR est communiquée par voie ministérielle au demandeur et à la Cour. Le juge saisi du certificat de sécurité contrôle la légalité de la décision ERAR et reprend les procédures de l'examen du certificat (par. 79(2)).

¹²²⁹ La division du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration suite à la création du ministère de la Sécurité publique a créé, en matière d'immigration, une sorte d'aigle bicéphale, où deux directions s'opposent dans un même corps. En effet, le ministère de la Sécurité publique s'est approprié des pouvoirs régissant l'expulsion et les interdictions de territoire. Tout ce qui concerne la sécurité du Canada et le dossier criminel des étrangers fut dévolu à la gestion de l'Agence des services frontaliers et au ministre de la Sécurité publique. Voir notre article dans Kinga JANIK, « L'étrange étranger : l'avenir incertain de l'immigration canadienne », (2004) 22(1) *Refuge* 71-82.

prochaines pages décriront sommairement le processus législatif en le comparant à celui de la CISR lorsqu'elle détermine l'application de 1F sur les exclusions prévues par la *Convention relative au statut des réfugiés*. Essentiellement, il s'agit des crimes portant atteinte à la sécurité du Canada (art. 34) et aux droits humains ou internationaux (art. 35), des crimes de grande criminalité (art. 36) et des activités du crime organisé (art. 37).

Cette description des processus et des procédures applicables met en lumière des garanties procédurales plus solides offertes aux demandeurs d'asile, alors que pour les réfugiés soupçonnés de grande criminalité, tel que des actes de terrorisme comme dans le cas de M. Suresh, le traitement ministériel présente une protection procédurale moins grande (point i). Une des failles principale de la procédure menant à l'expulsion d'un réfugié là où sa vie et sa sécurité sont en danger est l'absence de communication des renseignements protégés. Toutefois, le processus se complexifie et on assiste à un jeu de chat et de souris entre les tribunaux qui imposent des exigences procédurales plus équitables et le gouvernement qui tente de diminuer les ressources en court-circuitant les étapes d'examen des dossiers (point ii). Dans un tel contexte, les garanties procédurales sont inadéquates, puisque des renseignements protégés ne font l'objet d'aucun examen externe, alors que la détermination, elle, est de nature pénale (point iii).

i) L'invalidité d'une procédure inéquitable pour le renvoi d'un réfugié vers un risque probant de torture : des conditions minimales du droit à la défense de la personne concernée par la mesure de renvoi (raisons valables)

La sous-section précédente a souligné la linéarité historique des exclusions des étrangers au Canada depuis 1976. La *LIPR* n'a pas beaucoup changé le paysage des interdictions de territoire au Canada, sinon qu'elle a simplifié et ordonné plus schématiquement les faits emportant l'exclusion d'un étranger contre qui des motifs raisonnables existent¹²³⁰. La nouveauté de la *LIPR* se trouve dans l'ajout explicite du terrorisme comme interdiction de territoire à l'alinéa 34(1)c) de la *LIPR* et l'appartenance à une organisation se livrant à des actes terroristes (al. 34(1)f)). De façon plus notoire l'article 36 sur la grande criminalité dont les critères plus sévères se répercutent sur le retrait du statut d'un résident permanent n'existe pas auparavant. De plus, l'alinéa 37(1)b) sur les activités

¹²³⁰ Il est à noter que le fardeau de preuve est le même depuis 1976, soit l'existence de « motifs raisonnables de croire ». La seule exception se trouve à l'alinéa 36(3)d) qui énonce une appréciation de la preuve fondée sur la prépondérance des probabilités; un test plus exigeant dans le cas d'un résident permanent qui commettrait une infraction punissable d'un emprisonnement maximal de 10 ans ou plus.

de criminalité organisée incorpore de nouvelles exclusions telles que des activités de criminalité transnationale du passage des clandestins, trafic de personnes et le recyclage des produits de la criminalité, comme les armes et la drogue¹²³¹. Toutefois, l'ancienne loi, dans sa rédaction de l'article 19 portant sur les interdictions, prévoyait déjà ce genre de crimes et d'activités, par exemple à l'alinéa 19(1)g :

« 19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible ... (g) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, **qu'elles commettront des actes de violence de nature à porter atteinte à la vie ou à la sécurité humaines** au Canada, ou qu'elles appartiennent à une organisation susceptible de commettre de tels actes ou qu'elles sont susceptibles de prendre part aux activités illégales d'une telle organisation ; ». [Nous soulignons.]

Le deuxième paragraphe de l'article 115 de la *LIPR* se rapporte directement au renvoi de réfugié dans les cas de grande criminalité ou crime organisé. Afin de bien saisir le passage entre l'ancienne loi qui fit l'objet de contestation devant la Cour dans *Suresh*, le tableau suivant reproduit côte à côte les deux textes législatifs, soit l'article 115 de la *LIPR* et le paragraphe 53(1) de la loi de 1989 :

Figure 8: Articles 115 *LIPR* et 53(1) loi de 1989

<p>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.</p>	<p>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 définitivement reconnu aux termes de la présente loi [...], 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 :</p>
<p>115(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire : a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada ; 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.</p>	<p>a) le ministre est d'avis qu'elle constitue un danger pour la sécurité du Canada, outre le fait qu'elle : (i) soit appartient à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)e), f) ou g), (ii) soit est visée par les alinéas 27(1)c) ou (2)c) ;</p> <p>b) le ministre est d'avis qu'elle constitue un danger pour le public au Canada, outre le fait qu'elle : (i) soit appartient à la catégorie non admissible visée à l'alinéa 19(1)c), (ii) soit a été déclarée coupable au Canada d'une infraction prévue par une loi fédérale et passible d'une peine d'au moins dix ans d'emprisonnement.</p>

¹²³¹ Ces exclusions sont une conséquence directe des engagements internationaux pris par le Canada contre la criminalité transnationale organisée et les protocoles s'y rapportant.

Les anciens alinéas des articles 19 et 27 visés par l'article 53 de la *Loi sur l'immigration de 1989* renvoient aux exclusions suivantes : 1. actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques (al. 19(1)e)); 2. participation au renversement par la force d'un gouvernement (al. 19(1)f), 27(1)c) et (2)c)); 3. actes de violence de nature à porter atteinte à la vie ou à la sécurité humaine au Canada ou appartenance à une organisation susceptible de commettre de tels actes (al. 19(1)g)). Quant à l'alinéa 53(1)b), il constitue un ajout de 1989 visant à limiter la portée discrétionnaire du ministre qui doit se prononcer sur la nature dangereuse de l'individu concerné dans les cas de criminalité emportant un emprisonnement de 10 ans et plus.

Les libellés des articles 115 de la *LIPR* et 53 de l'ancienne loi sont très similaires. En effet, la *LIPR* avait déjà été écrite et entérinée par le Parlement au moment de la publication du jugement dans *Suresh*¹²³². Il est donc difficile à la lecture de l'article 115 de comprendre de quelle façon l'exercice ministériel de la pondération des risques de retour pour le réfugié et le danger qu'il constitue pour le Canada est faite. Les détails concernant la procédure sont décrits dans les instructions ministérielles en matière de délégations de ses pouvoirs, tant pour le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration que le ministre responsable de la Sécurité publique. En effet l'examen des risques avant renvoi est du ressort du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, alors que la détermination du danger pour la sécurité du Canada est effectuée par l'Agence canadienne des services frontaliers qui se rapporte au ministre de la Sécurité publique. L'architecture de la procédure de la *LIPR* fut développée conformément aux conclusions de la Cour suprême dans *Suresh* et des conditions minimales imposées par les juges dans cette affaire.

En effet, comme il a déjà été mentionné, la Cour suprême a accueilli le pourvoi en faveur de l'appelant, M. Suresh, parce que le processus décisionnel était entaché de plusieurs vices de procédure. En d'autres mots, la Cour a conclu en l'absence de garanties minimales procédurales exigées par le risque d'être torturé en cas d'expulsion d'un réfugié dans son pays d'origine. Les conditions minimales de procédure sous l'article 115 ont été évaluées en fonction de l'obligation d'équité étudiée par la Cour suprême en 1999 dans l'affaire *Baker*¹²³³. Même si les juges dans *Suresh* hésitent sur la transposition de la conception de l'équité procédurale en *common law* sur les

¹²³² La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* L.C. 2001, ch. 27 fut sanctionnée le 1^{er} novembre 2001 et mise en œuvre en partie le 18 décembre 2001 et le 28 juin 2002. Le jugement de *Suresh* fut publié en janvier 2002. Depuis 2003, la *LIPR* a fait l'objet de 17 modifications, jusqu'au 1 mars 2013 (dernière version en vigueur) qui rend, entre autres, effectif l'appel devant la CISR d'une décision de la Section de la protection des réfugiés.

¹²³³ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

obligations exigées par les principes fondamentaux de justice, les valeurs et les objectifs qui appuient les deux régimes sont identiques (*Suresh*, par. 113)¹²³⁴. Une de ses valeurs primordiales protégée en matière d'interdiction de mauvais traitements ou de torture vise directement la dignité de la personne dans son intégrité physique et psychologique¹²³⁵.

La Cour dans *Suresh* est surprise de constater une procédure qui n'offre aucune possibilité pour le réfugié concerné de présenter une preuve le disculpant ou indiquant des risques « où sa vie et sa liberté seraient menacées » (par. 53(1) loi sur l'immigration de 1989). Les juges font ressortir les critères suivants afin de dicter les conditions minimales dans l'exercice ministériel de la pondération des risques contre la torture et le danger pour la sécurité du Canada : 1. motifs écrits de la décision du ministre, 2. exposé clair et rationnel de la conclusion sur l'inexistence de motifs sérieux de torture ou d'autres traitements cruels et inusités, 3. exposé des raisons à l'appui de la dangerosité pour la sécurité du Canada du réfugié, 4. les avis sur le risque de torture et de danger doivent constituer des notes au ministre qui prend seul la décision, sans égard aux recommandations ou aux opinions émises par les agents d'immigration, 5. le fardeau de preuve du réfugié dans le cas d'un risque à sa vie et sa sécurité est l'établissement *prima facie* d'un tel risque, 6. communication de tous les renseignements et opinions au soutien de la décision ministérielle, 7. opportunité pour le réfugié de répondre par écrit aux avis ministériels, et 8. réponse motivée dans la décision ministérielle sur les arguments du réfugié.

Les critères présentés par la Cour reposent sur 5 facteurs élaborés dans l'affaire *Baker* : « Plus précisément, pour décider des garanties procédurales qui doivent être accordées, nous devons tenir compte, entre autres facteurs, (1) de la nature de la décision recherchée et du

¹²³⁴ Les paragraphes 114 et 115 émettent des réserves sur le poids des règles de *common law* sur le droit constitutionnel : « nous tenons à souligner que nous examinons les facteurs reconnus en *common law* non pas comme une fin en soi, mais pour nous guider dans notre analyse de la procédure au regard de l'art. 7, tout comme nous l'avons fait dans le cas des aspects substantiels de l'art. 7 par rapport à l'expulsion impliquant un risque de torture. En bout de ligne, les règles de *common law* n'acquièrent pas le statut de règles constitutionnelles qui s'appliquent en l'espèce. [...] Cette liste de facteurs n'est pas exhaustive même pour circonscrire l'obligation d'équité en *common law* ... Elle ne l'est donc forcément pas pour décider de la procédure dictée par les principes de justice fondamentale. » En vertu de l'arrêt *Baker*, on pouvait croire que les principes de justice fondamentale prévus à l'article 7 de la *Charte* englobent les obligations d'équité procédurale dictées par la *common law*. Voir entre autres la discussion de la juge L'Heureux-Dubé sur la notion de droit commun et son impact sur l'article 7 Voir *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, en particulier les par. 18 et ss. Voir également la réflexion du Pr. France Houle sur la mise en œuvre du droit international dans le droit administratif dans France HOULE, « L'arrêt Baker : le rôle des règles administratives dans la réception du droit international des droits de la personne en droit interne », (2002) 27 *Queens L.J.* 511-576.

¹²³⁵ Voir *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S 779, p. 837.

processus suivi pour y parvenir, savoir « la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire », (2) du rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, (3) de l'importance de la décision pour la personne visée, (4) des attentes légitimes de la personne qui conteste la décision lorsque des engagements ont été pris concernant la procédure à suivre et (5) des choix de procédure que l'organisme fait lui-même »¹²³⁶.

Dans le cas de M. Suresh, il s'agit d'un examen factuel, puisqu'il a admis participer aux activités de financement du LTTE. Le pouvoir discrétionnaire de la ministre de déterminer si l'individu représente un danger pour le Canada n'a pas été limité par la Cour. La véracité des faits est un facteur très peu étudié par la Cour qui laisse l'expertise bureaucratique se charger d'établir la probabilité de torture et les motifs de dangerosité du réfugié visé à l'article 115 de la *LIPR*. Seule l'opportunité de répondre des faits retenus contre le réfugié jugé dangereux a fait pencher la Cour en faveur de l'appelant. On peut penser que le résultat de la mesure de renvoi de M. Suresh au Sri Lanka et la présence d'allégations vérifiées et vérifiables de torture contre M. Suresh ont poussé la Cour à renvoyer le dossier devant la ministre. Cette conclusion se rattache, à notre avis, au deuxième critère de la raison valable :

« Deuxièmement, un motif valable doit fournir les prémisses d'un raisonnement pratique valide. Il doit exprimer des propositions qui, reliées les unes aux autres, permettent d'aboutir rationnellement au jugement pratique qu'elles sont censées soutenir conformément à certaines règles d'inférence. »¹²³⁷

En effet, l'exclusion de M. Suresh des faits l'incriminant, la présence de risque menaçant sa vie et sa sécurité, l'absence de toute réfutation de la participation de M. Suresh au financement d'une organisation terroriste et le rapport de l'agent d'immigration ressemblent « davantage à un mémoire de la poursuite qu'à un exposé des motifs »¹²³⁸. Ces constatations ont participé à la conclusion négative de la Cour contre la décision ministérielle de renvoyer M. Suresh au Sri Lanka. La Cour a conclu à l'absence de lien causal entre l'objectif poursuivi par 115, qui est la sécurité du Canada, et le renvoi de M. Suresh à la torture (*Suresh*, par. 128). Elle a jugé que « le fait de priver certains réfugiés du bénéfice de la protection contre l'expulsion prévue par le par. 53(1) de la Loi

¹²³⁶ *Suresh*, par. 115. Ces critères généraux ont fait l'objet d'une analyse au regard de la théorie du fondement légitime au premier chapitre, à la sous-section 1.1.3.

¹²³⁷ Luc B. TREMBLAY (2002), p. 282.

¹²³⁸ *Suresh*, par. 126.

visé un objectif valable, [toutefois] cet objectif ne justifie pas l'omission de la ministre de veiller à ce que la procédure suivie soit équitable »¹²³⁹.

Le processus maintenant admis sous l'article 115 de la *LIPR* résulte des mesures procédurales minimales décrites par la Cour dans *Suresh*. Le législateur y a aussi intégré des conditions concernant la protection de certains documents privilégiés à travers un processus judiciaire de contrôle de la nécessité de protéger certaines informations et certaines sources. Brièvement, deux fonctionnaires sont chargés de la rédaction des opinions qui sont remises au réfugié visé par une mesure d'expulsion et au délégué du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Ces opinions concernent le danger que représente aujourd'hui et dans le futur le réfugié contre la sécurité du Canada et le risque de torture ou autre traitement cruel et inusité. L'avis de danger est rédigé par un fonctionnaire de l'Agence des services frontaliers, alors que l'agent ERAR est responsable d'évaluer les risques pour la vie et la sécurité du réfugié s'il était renvoyé dans son pays d'origine¹²⁴⁰.

Les avis et l'argumentaire du réfugié sont ensuite transmis au délégué ministériel de haut rang qui prend la décision finale en considérant les informations concernant le passé criminel ou les activités criminelles du réfugié et le risque réel de torture ou de mauvais traitement. Pour décider si le paragraphe 115(2) s'applique au réfugié visé par la mesure de renvoi, le délégué doit tenir compte de trois éléments importants : 1. la nature et la gravité des actes commis, 2. la menace à sa vie et le risque de traitements ou peines cruels ou inusités auxquels le réfugié serait exposé s'il est renvoyé dans son pays et enfin 3. s'il existe des raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour justifier la prise d'une mesure spéciale¹²⁴¹.

Comme l'a souligné la Cour d'appel dans *Ragupathy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, le réfugié doit nécessairement constituer un danger pour la sécurité du Canada, en vertu d'informations provenant des services correctionnels ou des services

¹²³⁹ *Suresh*, par. 128. Dans un même souffle, la Cour trouve aussi disproportionnée la décision de renvoyer à la torture un individu qui a participé financièrement aux activités d'un groupe terroriste, sans pour autant menacer la sécurité des Canadiens, puisque la collaboration de M. Suresh en était une non-violente.

¹²⁴⁰ Voir le guide ministériel, disponible sur le site officiel du ministère de la Citoyenneté et Immigration, à l'adresse URL suivante : <http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/enf28-fra.pdf> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹²⁴¹ Voir le dossier éclairant de *Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et Immigration)*, [2009] 2 R.C.F 52 qui devant la Cour fédérale a fait l'objet d'une étude approfondie sur les étapes à suivre et la nécessité d'un ordre procédural, lorsqu'un réfugié est visé par l'article 115 de la *LIPR*.

de renseignement, pour que soit valide le renvoi du réfugié¹²⁴². Toutefois, la possibilité pour le ministre de ne pas divulguer des renseignements protégés peut entacher l'opportunité réelle pour le réfugié de répondre des allégations retenues contre lui. Les articles 86 et 87 régissent l'interdiction de divulgation de renseignements protégés dans le but de ne pas exposer une source, un agent des renseignements ou encore pour la nature sensible portant sur la sécurité nationale et des dispositifs de sécurité (point ii).

Le paragraphe 87(1) de la *LIPR* prévoit toutefois un examen judiciaire de l'interdiction de divulgation. La prolifération des règles administratives et judiciaires en immigration semble modifier peu à peu le droit de l'immigration vers un droit de plus en plus judiciairisé. Ce qui est inquiétant c'est la mise en œuvre de mesures pénales à l'égard des étrangers qui résident au Canada et qui est permise dans le cadre du régime législatif. Toutefois, comme le droit de l'immigration relève du droit administratif, un certain laxisme de la part des tribunaux est autorisé. Ce que les juges cherchent à protéger comme une prérogative appartenant à l'exécutif dans le contrôle de la sécurité et des frontières se fait toutefois au détriment de la protection des droits fondamentaux et surtout de la garantie des procédures équitables.

ii) La qualification du processus décisionnel à travers un droit administratif qui se judiciarise dans une optique de droit pénal des étrangers

La Cour qualifie la nature de la décision de renvoyer un réfugié en ces termes : « [l]a décision d'expulser une personne s'apparente, par sa nature, à une procédure judiciaire » (*Suresh*, par. 116). Cette désignation vise le premier facteur élaboré dans *Baker* et repris au paragraphe 115 de la Cour dans *Suresh* : « la nature de la décision recherchée et du processus suivi pour y parvenir, [à] savoir « la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire ». Les juges omettent toutefois la qualification pénale de la nature des activités du réfugié devant être prise en compte. Selon nous, cette caractérisation est cruciale dans la compréhension des enjeux en cause et des garanties qui doivent être offertes, surtout lorsque le pouvoir décisionnel du ministre est rattaché à l'octroi d'une large discrétion et que la « décision grave » de renvoyer un

¹²⁴² Dans *Ragupathy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 490, la Cour d'appel devait déterminer si l'avis du fonctionnaire, chargé d'étudier le danger présent ou prospectif de M. Ragupathy, jeune contrevenant, pour la sécurité du Canada, comportait des motifs suffisamment « clairs et distincts ». Cette conclusion a été également entérinée par la Cour fédérale d'Appel dans une affaire impliquant un Sri Lankais d'origine tamoule impliqué dans un groupe terroriste A.K. Kanna, voir *Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et Immigration)*, [2009] 2 R.C.F. 52.

réfugié à la torture, « doit conserver un caractère discrétionnaire »¹²⁴³. La discrétion des tribunaux sur une telle qualification s'explique sûrement par le fait de ne pas vouloir caractériser juridiquement certaines dispositions du droit de l'immigration de droit pénal, afin d'éviter une transposition des garanties offertes dans le cadre d'un procès pénal. Force est de constater, toutefois, que la métamorphose s'opère et que les tribunaux devront tôt ou tard trancher et imposer clairement des paramètres qui répondent aux exigences de l'article 7 de la *Charte*.

Sans faire un procès pénal des antécédents de la personne visée par un renvoi sous 115 (et pour toutes les interdictions des articles 34 à 37), il nous semble que les garanties doivent être rehaussées à la manière des procédures de la Commission ou de l'examen judiciaire dans les certificats de sécurité, par exemple. Ce type de procédures répond non seulement au corpus des garanties prévues par la *common law*, mais plus encore il permet de préserver les droits fondamentaux visés par l'article 7 de la *Charte*¹²⁴⁴. En effet, les droits substantifs ne peuvent exister sans un fondement procédural et substantiel adéquat dans le but de protéger les droits qui sont en jeu dont les conséquences peuvent être irréremédiables¹²⁴⁵.

La Cour n'est toutefois pas insensible aux droits fondamentaux de M. Suresh qui entrent en jeu par la mesure de renvoi émise en vertu de l'article 53 :

« Le troisième facteur [élaboré dans *Baker*] exige que nous nous penchions sur l'importance du droit visé. Comme nous l'avons indiqué précédemment, l'intérêt qu'a l'appelant à demeurer au Canada est très important, non seulement parce qu'il a obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention, mais également parce que, en qualité de membre des LTTE, il risque la torture s'il retourne au Sri Lanka. **Plus l'incidence de la décision sur la vie de l'intéressé est grande, plus les garanties procédurales doivent être importantes afin que soient respectées l'obligation d'équité en common law et les exigences de la justice fondamentale consacrées par l'art. 7 de la Charte.** » (Suresh, par. 118)

¹²⁴³ *Suresh*, par. 116.

¹²⁴⁴ L'arrêt *Nicholson* prévoyait une distinction non pas sur le plan administratif, judiciaire ou quasi-judiciaire, mais bien sur les droits fondamentaux qui sont affectés par une décision ou mesure gouvernementale. Voir pour une brève discussion de cette problématique au quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.2.

¹²⁴⁵ *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Les droits procéduraux sont intimement liés aux droits substantifs, le dernier ne peut exister sans le premier. L'existence de l'article 7 et des droits relatifs au procès pénal propres aux articles 8 à 11 illustrent bien la nécessité des droits procéduraux. L'affaire *Suresh* reprend très sommairement cette idée sans toutefois en exposer tous les détails. Voir aussi l'importance des tribunaux dans la sauvegarde et le maintien des droits prévus par la *Charte* au chapitre premier, à la sous-section 1.2.2.

Cette corrélation entre le droit affecté et le niveau de garanties procédurales à accorder rappelle les conclusions déjà pressenties par le juge en chef Laskin de la Cour suprême dans *Nicholson* en 1979¹²⁴⁶ :

« L'apparition de cette notion résulte de la constatation qu'il est souvent très difficile, sinon impossible, de répartir les fonctions créées par la loi dans les catégories judiciaire, quasi-judiciaire ou administrative ; **de plus il serait injuste de protéger certains au moyen de la procédure tout en la refusant complètement à d'autres lorsque l'application des décisions prises en vertu de la loi entraînent les mêmes conséquences graves pour les personnes visées**, quelle que soit la catégorie de la fonction en question. »¹²⁴⁷ [Nous soulignons.]

Dans le même courant d'idées, on ne saurait passer sous silence l'analyse très juste de la Cour suprême dans *Charkaoui* (2007)¹²⁴⁸ :

« Par ailleurs ce contexte [sécuritaire] risque d'avoir des conséquences importantes – en fait, terrifiantes – pour la personne détenue. L'importance des intérêts individuels en jeu fait partie de l'analyse contextuelle. Comme la Cour l'a affirmé dans *Suresh* : « Plus l'incidence de la décision sur la vie de l'intéressé est grande, plus les garanties procédurales doivent être importantes afin que soient respectées l'obligation d'équité en common law et les exigences de la justice fondamentale consacrées par l'art. 7 de la Charte » (par. 118). Ainsi, « **les tribunaux devront être plus vigilants en ce qui concerne les situations de fait qui se rapprochent davantage des procédures criminelles ou qui leur sont analogues** » : *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1077, le juge Iacobucci. » [Nous soulignons].

Une discrimination semble s'être définie à escient entre les « purs » étrangers, par exemple les touristes ou autres visiteurs de passage, les résidents permanents et les réfugiés. Ces distinctions ne sont pas contraires à la *Charte* en soi. Toutefois, chaque groupe porte son lot de criminels qui sont traités avec plus ou moins d'égard. À notre avis, le fossé s'est élargi avec les événements du 11 septembre et la discrimination accentuée au détriment des réfugiés. Le problème est d'autant

¹²⁴⁶ *Nicholson c. Haldiman-Norfolk Reg. Police Commrs.*, [1979] 1 R.C.S. 311.

¹²⁴⁷ *Nicholson c. Haldiman-Norfolk Reg. Police Commrs.*, [1979] 1 R.C.S. 311, p. 325. C'est d'ailleurs l'arrêt *Nicholson* qui est cité dans la considération des Commissaires de la CISR pour décider de l'équité des procédures à prendre, lorsque les directives sont muettes à ce sujet ou encore pour déterminer un huis-clos : <http://www.irb-cisr.gc.ca/fra/brdcom/references/legjur/Pages/IdSiGuide04.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹²⁴⁸ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 25.

plus complexe en matière d'activités terroristes, puisqu'elles procèdent d'une qualification politique, comme l'a démontré le deuxième chapitre¹²⁴⁹.

Enfin, comme le souligne la Cour, les critères plus élevés d'une procédure équitable portent sur les dossiers où il y a des risques de torture, (*Suresh*, par. 127). Toutefois, le paragraphe 115(1) de la *LIPR* ne se limite pas à la torture et comprend la persécution et « des traitements ou des peines cruels et inusités »¹²⁵⁰. Cette précision est importante, puisque cet ajout dans la loi de 2002 fait écho à l'article 12 de la *Charte*¹²⁵¹. La démonstration d'un risque de torture est très simple et le risque doit être présent à sa face même¹²⁵². Ce qui a permis à la Cour de conclure dans le cas de M. Suresh qu'il « a démontré *prima facie* qu'il pourrait être soumis à la torture à son retour au Sri Lanka si on l'expulsait vers ce pays »¹²⁵³. On peut être surpris des conclusions de la Cour d'appel sur l'absence d'un tel risque en dépit des conclusions de l'agent d'immigration qui exposait des motifs sérieux de risques de torture contre M. Suresh s'il était retourné au Sri Lanka¹²⁵⁴.

Il nous semble que ce test sera rencontré dans la plupart des dossiers impliquant des allégations d'activités terroristes dans des pays oppresseurs. Le cas éclatant du Sri Lanka n'est pas le seul, mais on peut également s'interroger sur d'autres nations qui utilisent la torture pour obtenir des renseignements sur les activités de l'organisation terroriste que le gouvernement tente de combattre. De plus, la brutalité policière n'est pas le simple fait des pays tiers-mondistes, mais existe également en Occident et, dans certains pays, s'apparente à des pratiques de torture condamnables qui ne rencontrent aucun contrôle ou sanction par certains gouvernements. Ce qui nous amène

¹²⁴⁹ Voir plus précisément, notre commentaire sur la difficulté de distinguer les différents groupes rebelles à l'intérieur d'une même organisation. La lutte au terrorisme fait ressortir des abus dans du côté des rebelles que des gouvernements en place, avec des méthodes d'action différentes. Voir l'introduction de la sous-section 2.2 sur les exactions des deux camps au Sri Lanka.

¹²⁵⁰ La loi précédente était écrite en terme plus générique et portait sur la protection de la vie et de la liberté de la personne. Dans une telle optique, on peut croire en effet que la loi visait également les traitements et peines cruels et inusités.

¹²⁵¹ Nous profiterons de la discussion sur la torture et des distinctions entre persécution, poursuite pénale, torture et mauvais traitement au prochain chapitre, à la sous-section 4.1.1 point ii).

¹²⁵² On imagine que le test *prima facie* s'applique aussi pour les cas de mauvais traitements et peines cruels et inusités, sous l'article 12 de la *Charte*.

¹²⁵³ *Suresh*, par. 130. La Cour effleure la possibilité d'autres traitements cruels et inusités, lorsqu'elle mentionne les conditions minimales des procédures de divulgation et de rédaction des motifs à suivre dans le cas d'un renvoi où il existe des risques de torture ou « quelque autre traitement cruel ou inusité » par. 126 et par. 127.

¹²⁵⁴ Pour une discussion plus élaborée sur les risques de torture au Sri Lanka et le manque de traitement des faits tant par la Cour d'appel que la Cour suprême, voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.1.1.

également à concorder avec la Cour au sujet de sa conclusion sur le manque de fiabilité des assurances données par un État qui viole les droits de la personne (*Suresh*, par. 124)¹²⁵⁵.

Les juges, dans *Suresh*, ont comparé le système des certificats de sécurité à celle du renvoi du réfugié pour souligner une « disparité troublante » entre les garanties offertes par le régime des certificats de sécurité et « l'absence de telles garanties » autrefois prévues à l'alinéa 53(1)b)¹²⁵⁶. Il existe un autre régime, beaucoup plus raffiné, qui traite des exclusions des réfugiés au moment de la demande d'asile¹²⁵⁷. En effet, un ressortissant étranger peut se qualifier de réfugié, mais ne recevoir aucune protection s'il est exclu de la *Convention relative au statut des réfugiés* en raison d'actes criminels de guerre ou allant contre les objectifs des Nations Unies ou encore s'il est un terroriste¹²⁵⁸. Ces exclusions, détaillées précédemment en 3.2.1, sont étudiées au moment de la demande et répondent aux procédures prévues par la Commission qui sont celles établies par l'affaire *Singh* et le rapport Plaut.

iii) Le droit de l'immigration pris au jeu du secrecy : quand les agents d'immigration deviennent des espions

La coexistence de plusieurs régimes législatifs force la réflexion sur les possibilités égales des demandeurs d'asile et des réfugiés à présenter adéquatement leur dossier dans les cas d'allégations de grande criminalité. La comparaison est d'autant plus frappante, de même que les disparités, entre le régime de la Commission en ce qui a trait aux exclusions et le processus exclusivement administratif du renvoi du réfugié dans les cas de criminalité. Le droit de

¹²⁵⁵ Les paragraphes 124 et 125 exposent certaines réserves sur des pays qui offrent des garanties dont la fiabilité des assurances dépendra des exactions commises par le gouvernement, son respect pour les droits de la personne en général et le contrôle effectif de ses forces de l'ordre. Une distinction est également apportée entre la condamnation légale de la peine de mort et l'usage illégale de la torture.

¹²⁵⁶ *Suresh*, par. 117.

¹²⁵⁷ Quelques distinctions entre l'examen des risques avant renvoi et la Commission nous éclairent sur les deux pôles d'examen de la protection de la demande de statut décidée par la CISR et l'éminence du renvoi de la personne (ERAR) : Le fonctionnaire de l'examen des risques avant renvoi (ERAR) est un délégué du Ministre agissant à certaines fins précises (articles 112 et ss). L'examen répond à un *obiter* de la Cour suprême en 1994 dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. Les distinctions entre l'examen administratif de dernier recours et les procédures quasi-judiciaires de la Commission (la SPR) sont relevées dans un comparatif bref, mais éclairant, afin d'opposer les deux processus. Par exemple, l'agent ERAR doit inviter le ministre à intervenir dans « l'affaire », contrairement à l'audience déjà prévue dans tous les dossiers de la SPR. Lorsque l'agent ERAR « obtient » (par opposition au terme « entend » dans les dossiers devant la SPR) une preuve susceptible de donner ouverture à l'application d'une clause d'exclusion. Ce ne serait pas l'un des cas couverts par la « tenue d'une audience » selon la *LIPR* (art. 113 b) et art. 167 *RIPR* 112(3) *LIPR* est visée par procédure prévue à 172 *RIPR* envoi de l'évaluation au demandeur pour qu'il y réponde.

¹²⁵⁸ Pour un détail sur les exclusions prévues par la *Convention relative au statut de réfugié* voir le prochain chapitre, à la sous-section 4.1.2.

l'immigration s'intéresse par force des choses au dossier criminel des étrangers. Ce faisant la gestion de l'immigration s'expose nécessairement à une mentalité pénaliste.

Toutefois, la prérogative du gouvernement en matière de sécurité nationale et l'octroi d'un large pouvoir discrétionnaire à l'égard des étrangers ont permis le développement de règles administratives et bureaucratiques de nature pénale sans obligation de garanties constitutionnelles¹²⁵⁹. En décrivant le processus de révision de détention des personnes visées par un certificat de sécurité, la cour fédérale ne trouvait aucune contrainte au *secrecy* dans le cadre de la lutte au terrorisme et le contexte plus général de la sécurité nationale. Le juge Simon Noël s'exprimait ainsi pour défendre le droit d'être entendue de la personne visée :

« la procédure établie par le législateur crée un équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de la personne concernée. Le législateur fait intervenir un membre du judiciaire, le juge désigné, pour assumer un rôle indépendant et objectif qui tient compte des intérêts opposés. Le législateur prévoit que le juge désigné est tenu de « garantir » la confidentialité des renseignements protégés pour des raisons de sécurité nationale (alinéa 78b) de la L.I.P.R.) tout en informant « suffisamment » le résident permanent des circonstances justifiant le certificat et la détention (alinéa 78h) de la L.I.P.R.), **ce qui constitue un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé avec doigté et finesse**. Le législateur reconnaît au résident permanent la possibilité d'être représenté et d'être entendu lors de l'examen du caractère raisonnable du certificat et du maintien de la détention, de témoigner et de faire des représentations. Le législateur a établi une procédure de révision périodique de la détention, procédure qui accorde à la personne concernée le droit d'être entendue. »¹²⁶⁰ [Nous soulignons.]

La difficulté de recueillir des preuves hors Canada qui doivent rencontrer les standards du droit pénal canadien et l'investissement économique sont deux obstacles concrets qui renvoient l'immigration à son caractère purement administratif. Ces obstacles ouvrent pourtant la porte grande à des abus et des inégalités de traitement à l'égard des réfugiés. Cette réalité est évidemment amplifiée dans un contexte sécuritaire. La différence de traitement en matière pénale entre les citoyens et les étrangers ou les réfugiés a toujours été confortée par les tribunaux. Par conséquent, le droit de l'immigration dans les cas limites d'actes criminels graves qui – de par sa nature

¹²⁵⁹ Voir Joao VELLOSO, « Au-delà de la criminalisation : l'immigration et les enjeux pour la criminologie », (2013) 46(1) *Criminologie* 55-82.

¹²⁶⁰ *Charkaoui c. Canada (M.C.I)*, 2003 C.F. 1419, par. 97. L'histoire judiciaire donnera tort à cette logique. En effet, 5 ans plus tard la Cour suprême déclarera inconstitutionnel les procédures de certification et de révision de détention des personnes visées par un certificat de sécurité. Voir *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350.

administrative¹²⁶¹ – est exempté d’offrir des garanties suffisantes à une défense éclairée, en dépit du fait que l’on reconnaisse l’application des articles 7 et 12 de la *Charte aux étrangers*¹²⁶². Il est encore plus préoccupant de savoir que les conséquences d’un renvoi sont parfois plus graves, menaçant la vie et la sécurité d’un réfugié sur la foi de présomptions, que celles qui découlent d’un procès criminel menant à la détention lors d’un verdict de culpabilité.

Un problème additionnel s’ajoute concernant la non-divulgence des documents à M. Suresh et au public. En effet, le gouvernement dans un souci de protéger ses sources et ses informateurs doit répondre au scepticisme de la société à l’égard des informations protégées. Ce *secrecy* joue contre le gouvernement qui possède des informations parfois inculpantes, qui donnent raison *prima facie* au renvoi ou à la détention d’un étranger dangereux. En d’autres termes, il est possible de croire que la plupart des individus affectés par les certificats de sécurité étaient bel et bien impliqués dans l’organisation d’un renversement d’un gouvernement étranger par l’usage de la force ou encore dans la participation à des activités terroristes, mais le contrôle des preuves ne rencontre pas toujours des normes ou des standards de preuve qui satisfassent les principes de justice fondamentale. L’interprétation de la preuve se fera presque automatiquement au détriment de la personne visée.

¹²⁶¹ L’immigration au Canada est un « privilège » et fut établi dans une décision du début des années 50. Ce privilège explique le caractère administratif et discrétionnaire du droit de l’immigration. Voir la thèse de Joao Velloso au sujet des possibilités qu’offre ce type de pouvoir dans l’administration des affaires d’immigration pour le gouvernement Joao VELLOSO, « Au-delà de la criminalisation : l’immigration et les enjeux pour la criminologie », (2013) 46(1) *Criminologie* 55-82. Dans l’affaire *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, les juges expriment leurs préoccupations au sujet de l’usage des garanties procédurales dans le domaine administratif. Dans cet arrêt, le juge en chef Laskin a expressément adopté, à la p. 324, ce que le juge Megarry a déclaré dans la décision *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373 (R.-U.), à la p. 1378: [TRADUCTION] « dans le domaine de ce qu’on appelle le quasi-judiciaire, on applique les règles de justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l’obligation générale d’agir équitablement ». En d’autres termes, le simple fait de considérer l’obligation du Ministre prévue à l’art. 45 comme étant de nature administrative n’exclut pas l’obligation d’agir équitablement énoncée dans l’arrêt *Nicholson* : voir *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 750 (le juge Estey); *Martineau c. Comité de discipline de l’Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, aux pp. 623 et 624, 628 à 631 (le juge Dickson, alors juge puîné). La Cour, dans *Singh*, reprend ce raisonnement et affirme que « le simple fait de considérer l’obligation du Ministre prévue à l’art. 45 comme étant de nature administrative n’exclut pas l’obligation d’agir équitablement énoncée dans l’arrêt *Nicholson* : voir *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, p. 750 (le juge Estey); *Martineau c. Comité de discipline de l’Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, pp. 623 et 624, 628 à 631 (le juge Dickson, alors juge puîné). » *Singh*, par. 23.

¹²⁶² L’application de l’article 7 de la *Charte* fut spécifiquement confirmée par la Cour dans l’affaire *Singh*. Sans toutefois reconnaître la violation de l’article 12 au cas de M. Chiarelli en cas de retour en Italie à cause de ses activités dans le crime organisé, la Cour a reconnu son application aux étrangers et aux résidents permanents, voir *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711. Voir également *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

Il est également vrai que l'obsession du *secrecy* conduit les autorités à des comportements, déjà, jugés inadmissibles par les tribunaux. Dans un tel contexte, il est difficile de voir dans les actions du gouvernement une recherche de justice. C'est plutôt la violence étatique, comme le décrivait Foucault, qui s'exprime et qui dépasse les limites imposées par le droit. Il revient donc aux tribunaux de s'imposer comme « gardiens de la Constitution »¹²⁶³. Par exemple, dans l'affaire du certificat de sécurité de M. Harkat, en 2009, le juge Noël a vertement réprimandé les autorités pour des comportements qu'il qualifia d'« inacceptables ». Tout d'abord le SCRS avait omis de mentionner qu'une source importante du dossier de sécurité retenue contre M. Harkat était peu fiable, alors qu'aucun contre-interrogatoire n'est possible¹²⁶⁴. Quelques semaines plus tard, une perquisition matinale effectuée au domicile de M. et Mme Harkat fut jugée abusivement intimidante par le juge responsable du dossier¹²⁶⁵.

Ce nouveau visage du droit administratif est dépeint dans la problématique des renseignements secrets et de la défense limitée d'un étranger. Dans le cas de M. Suresh, il apparaissait, lui aussi, comme un élément dangereux sous la désignation d'un certificat de sécurité¹²⁶⁶. M. Suresh fut d'abord arrêté en 1995 et détenu jusqu'en 1998. Son expulsion n'a pas eu lieu à cause du renvoi de l'examen de son dossier pour vice de forme par la Cour suprême en 2002. Le gouvernement a alors émis un certificat de sécurité contre M. Suresh qui fut annulé par les conclusions d'inconstitutionnalité de la Cour suprême en 2007¹²⁶⁷. Depuis, aucun autre certificat ne fut émis à l'égard de M. Suresh. Seul un autre sri lankais d'origine tamoule fut l'objet d'un certificat de sécurité, arrêté en 1995, Satkuneswaran Kandiah disparu avant l'audition de sa cause devant la Cour fédérale¹²⁶⁸. Il faut rappeler que l'émission des certificats de sécurité est une mesure extraordinaire peu utilisée par le gouvernement.

¹²⁶³ *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 30, 35 et 68.

¹²⁶⁴ *Harkat (Re)*, 2009 C.F. 553 (28 mai 2009) et voir la décision postérieure qui examine la première décision du juge Noël, par le même juge dans *Harkat (Re)*, 2009 C.F. 1050 (15 octobre 2009).

¹²⁶⁵ *Harkat (Re)*, 2009 C.F. 659 (23 juin 2009). Au paragraphe 65, le juge Noël résume la situation : « Bien que ces mesures aient pu être prises de bonne foi par l'ASF, le fragile équilibre entre le préjudice causé par l'exercice d'un pouvoir envahissant de l'État et l'objectif valable et raisonnable de l'intrusion a été brisé. L'ASF.C. n'a nullement tenu compte des conséquences que pourraient subir les Harkat en raison de la présence d'une telle armada d'agents de la paix devant leur domicile pendant presque six heures. »

¹²⁶⁶ Sur les détails des procédures et de l'émission du certificat de sécurité de M. Suresh, voir *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 4 F.C. 206 (C.A.).

¹²⁶⁷ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1R.C.S. 350.

¹²⁶⁸ Barbara BORST, « Canada-Immigration : Tamil in Canada fight 'terrorist' label, *Inter Press Service*, Toronto, December 12, 1996.

L'introduction du projet de Loi C-3 à l'automne 2006 introduisant des règles de procédures confortant le *secrecy* en faveur du gouvernement, information limitée aux avocats spéciaux et les juges de la cour fédérale révisant les motifs de détention. En 2007, l'examen de ces procédures n'a toutefois pas rencontré les exigences de l'audition équitable, selon la Cour suprême dans *Charkaoui*¹²⁶⁹. On pressent presque un certain détachement des événements du 11 septembre de 2001 à la lecture du commentaire très juste des juges :

« Ainsi, bien que l'analyse visant à déterminer si une procédure est fondamentalement inéquitable puisse tenir compte de contraintes administratives particulières liées au contexte de sécurité nationale, **les questions de sécurité ne peuvent servir à légitimer, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, une procédure non conforme à la justice fondamentale.** »¹²⁷⁰ [Nous soulignons.]

Le sursis d'une année accordé par la Cour a fait poindre de nouvelles procédures depuis 2008. Le 22 octobre 2007, le gouvernement du Canada a présenté à la Chambre des communes le projet de loi C-3 intitulé la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial)*. Le projet de loi a reçu la sanction royale le 13 février 2008. Les nouvelles dispositions assurent la présence d'un avocat spécial, dont le rôle consiste à protéger les intérêts de la personne visée par le certificat de sécurité durant les audiences à huis clos¹²⁷¹. Les modifications apportées prévoient, entre autres, le droit d'interjeter appel des décisions judiciaires et la tenue périodique d'examens des conditions de mise en liberté et de contrôles de la détention dans le cas des ressortissants étrangers¹²⁷². Encore aujourd'hui fortement contestées, ces

¹²⁶⁹ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1R.C.S. 350.

¹²⁷⁰ Voir le commentaire très juste dans *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 23 : « Ainsi, bien que l'analyse visant à déterminer si une procédure est fondamentalement inéquitable puisse tenir compte de contraintes administratives particulières liées au contexte de sécurité nationale, les questions de sécurité ne peuvent servir à légitimer, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, une procédure non conforme à la justice fondamentale. »

¹²⁷¹ Voir les articles 76 et suivants de la *LIPR* : Un résumé non classifié du dossier est remis à la personne concernée, et à son avocat, pour les informer de la preuve présentée. La personne doit être raisonnablement informée des circonstances qui ont donné lieu au certificat, mais il ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon le juge, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Aussi le résumé doit-il comprendre suffisamment de renseignements. Dans le cadre de l'audience à huis clos, l'avocat spécial peut contester les prétentions du gouvernement du Canada qui veut interdire la divulgation des renseignements confidentiels parce qu'ils sont préjudiciables à la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui. L'avocat spécial est également autorisé à contre-interroger les témoins, à présenter des observations à la Cour et à communiquer librement avec la personne visée jusqu'à l'obtention des renseignements confidentiels sur lesquels se fonde le certificat. Le juge a autorité pour recevoir les preuves et entendre le témoignage de la personne faisant l'objet du certificat de sécurité avant de décider du bien-fondé ou non du certificat. La personne concernée peut aussi appeler des personnes à témoigner en sa faveur.

¹²⁷² En effet, la cour suprême dans *Charkaoui* a refusé de donner raison aux appelants sur la possible discrimination entre résident permanent et étranger. Loi impose un traitement différent entre ces deux catégories lorsqu'il est question

procédures devront faire l'objet d'un nouvel examen judiciaire pour voir si la Cour exigera ou non des balises plus strictes en matière de sécurité¹²⁷³.

Par exemple, en droit interne ou international pénal, il existe des garanties procédurales très importantes. Au Canada, le droit pénal a connu un véritable tournant sur la reconnaissance des garanties procédurales avec l'avènement de la *Charte* et des articles 7 à 11 qui confèrent aux accusés le respect des principes de justice naturelle dans la conduite des poursuites et des procès criminels. Toutefois, il semble qu'une fois dans l'arène de l'immigration, le pouvoir souverain d'inclure ou d'exclure l'étranger autorise le gouvernement un traitement nettement inégal. Sans édifier les procédures quasi-judiciaires en procès pénal, il semble que certaines garanties procédurales soient toutefois nécessaires afin de répondre à l'obligation d'agir équitablement. Ces garanties doivent par la force des choses inclure la divulgation la plus large possible de la preuve et une motivation détaillée des motifs de renvoi, afin de *convaincre* l'auditoire concerné¹²⁷⁴. Ce fardeau incombe au gouvernement.

Si le souci économique et le manque de ressources sont soulevés pour justifier une moins grande équité, il faut garder à l'esprit les propos de Gunther Plaut :

« It is proper to say that Canada, by adhering to the [Refugee] Convention and having made its principles part of Canadian law, has voluntarily limited its sovereignty in this one respect. Economic or other considerations of self-interest (except for national security and the like) do not come into play. »¹²⁷⁵

Un commentaire qui ne dit pas que nous devons tout oublier en matière pénale. Nous concordons, par conséquent, avec le courant jurisprudentiel qu'avait initié l'affaire *Nicholson* dans les années 70. La distinction entre administratif et judiciaire ne devrait pas avoir lieu lorsqu'il s'agit de protéger le contenu des droits de l'article 7 de la *Charte*. C'est en effet, le degré de l'atteinte aux droits en question qui devrait déterminer le niveau des garanties procédurales et non pas le statut de la personne dont les droits sont affectés. Cette abolition de la distinction n'a toutefois pas été

d'évaluer les motifs de détention. Voir *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1R.C.S. 350, par. 129-132.

¹²⁷³ Les trois certificats de sécurité restant laissent peut-être présager de nouvelles contestations, bien qu'il semble que dans ses dossiers des preuves accablantes indiquent des motifs raisonnables de croire que ces individus aient commis des actes terroristes. Voir le dernier recours en 2012 de M. Harkat devant les juges Blais, Létourneau et Layden-Stevenson de la Cour fédérale d'appel. Voir *Harkat (Re)*, [2012] 3 R.C.F. 635.

¹²⁷⁴ Sur la nécessité de convaincre l'auditoire, voir l'analyse constitutionnelle du renvoi vers la torture dans la deuxième partie du quatrième chapitre en 4.2.

¹²⁷⁵ Gunther W. PLAUT, *Refugee determination in Canada : a report to the Honourable Flora MacDonald, minister of Employment and Immigration*, Ottawa, LAC Catalogue, 1985, p. 16.

majoritairement suivie et lorsque les préoccupations de sécurité ont été soulevées, la nature administrative des procédures semble justifier la propension à une équité procédurale laxiste à l'égard des étrangers.

Enfin, la plupart des pays européens ont intégré dans leur droit pénal les infractions d'immigration, ce faisant offrant les garanties propres au droit pénal. La spécificité du droit canadien de l'immigration provoque sans doute un isolement et l'échafaudage d'un droit particulier. Toutefois, cette séparation, qui pour bien des égards comporte des éléments positifs d'une expertise poussée, semble affecter en diluant la nécessité d'une équité procédurale et des garanties suffisamment élevées lorsque le droit pénal et le droit des réfugiés se rencontrent.

Un des problèmes majeurs réside au niveau de la preuve recueillie par les renseignements secrets et la difficulté pour le présumé fautif de savoir contre quoi il doit se défendre. Par ailleurs, les renseignements de sécurité proviennent souvent des services secrets étrangers. Les États s'entendent pour communiquer des renseignements concernant un individu soupçonné d'activités criminelles. Toutefois, cette collaboration n'est possible que dans la mesure où l'information n'est en aucun cas divulguée. La qualité de ces renseignements est difficile à évaluer. En fait, ce sont des informations qui constituent rarement des éléments de preuve acceptables devant les tribunaux. Dans le cas d'un procès criminel canadien, il serait impossible de constituer un dossier de poursuite à partir de ces renseignements. En effet, il n'existe aucune certitude sur les sources, aucune possibilité d'interroger ou de contre-interroger les témoins et la fiabilité de la transmission entre gouvernements étrangers, parfois tiers, et l'interprétation biaisée des renseignements jettent un doute sur leur validité. La cueillette des informations et leur traitement par le corps policier et le procureur général répond à des standards qui ont évolué à coup de redressements jurisprudentiels. Il faut espérer que les tribunaux affirment une tendance favorable au maintien et au développement des droits fondamentaux auprès des étrangers, en général, et des réfugiés en particulier.

Ce qui trouble, c'est la facilité de renvoyer un étranger avec des preuves qui ne peuvent être contestées pleinement par ce dernier vers un pays qui expose sa sécurité et sa vie, comme pour le cas du Sri Lanka, par exemple¹²⁷⁶. La problématique de la lutte contre le terrorisme complexifie la mise en œuvre du droit de l'immigration et le maintien des droits fondamentaux. Le prochain chapitre propose un regard critique sur la nécessité de combattre le terrorisme dans le respect du

¹²⁷⁶ Voir au deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.2.

droit et de la démocratie qui ne peuvent admettre, en aucun cas, le renvoi vers la torture. Il insiste sur la présence de mécanismes juridiques présents dans le droit des réfugiés pour préserver la paix et la sécurité des nations. En effet, la *Convention relative au statut des réfugiés* prévoit la poursuite des criminels graves, tout en distinguant les crimes politiques, des crimes de droit commun. La lutte contre le terrorisme est également possible à travers l'application des définitions jurisprudentielles qui permet une meilleure compréhension de cet enjeu et phénomène plutôt récent en Occident¹²⁷⁷.

¹²⁷⁷ Voir la conclusion du premier chapitre.

CHAPITRE 4. UN DÉSORDRE RATIONNEL DICTÉ PAR LES IMPÉRATIFS SÉCURITAIRES – LES JUSTIFICATIONS CONSTITUTIONNELLES À L’APPUI DE CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES AU RENVOI VERS LA TORTURE : UN RAISONNEMENT MORALEMENT ET JURIDIQUEMENT ERRONÉ (CRITÈRE DE LÉGALITÉ)

« L’adoucissement de la pénalité est un grand et sérieux progrès. Le dix-huitième siècle, c’est là en partie sa gloire, a aboli la torture; le dix-neuvième siècle abolira la peine de mort. (...) Vous écrivez en tête du préambule de votre Constitution : « en présence de Dieu » et vous commencez à lui dérober, à ce Dieu, ce droit qui n’appartient qu’à lui, le droit de vie et de mort. (...) Messieurs, il y a trois choses qui sont à Dieu et qui n’appartiennent pas à l’homme : l’irrévocable, l’irréparable et l’indissoluble. Malheur à l’homme s’il les introduit dans ses lois!»
Victor Hugo¹²⁷⁸

Le quatrième chapitre profite de l’analyse de la Cour suprême du Canada dans *Suresh* sur la possibilité de renvoyer un réfugié, plus précisément, un étranger potentiellement criminel vers la torture. Cette brèche à la *Convention contre la torture* s’inscrit dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. En effet, l’affaire *Suresh* fut entendue avant le 11 septembre 2001 et la décision des juges rendue en janvier 2002¹²⁷⁹. L’objet de notre analyse se fonde sur la cohérence du raisonnement et l’unicité des arguments avancés en faveur du maintien de la mesure en vigueur au regard des troisième et quatrième dimensions de la théorie du fondement légitime. En d’autres termes, les raisons données par la Cour confirmant l’expulsion vers la torture, dans des cas très exceptionnels, sont-elles fondées sur les faits et la raison, et surtout sont-elles moralement justifiables ?

Le terrorisme interpelle le sentiment humain très légitime de la peur. Il y a une dimension émotionnelle dans le droit¹²⁸⁰. L’émotion dans le droit doit être une donnée acceptée par la

¹²⁷⁸ Discours de Victor Hugo prononcé le 15 septembre 1848 devant l’Assemblée française au sujet de l’article 5 du projet de la Constitution française. Cet amendement sera rejeté par 498 contre 216 voix. Citation tirée dans Victor Hugo, *Œuvres complètes de Victor Hugo. Actes et paroles I (1841-1951)*, monographies, Paris, Edition Ne Varietur, 1882, pp. 233 et 234. Nous avons consulté la version numérisée, disponible à l’adresse URL suivante : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k374560/f235.image> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹²⁷⁹ La référence exacte est *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3. Dans ce chapitre, ce dossier sera simplement désigné par *Singh* et *Suresh*.

¹²⁸⁰ L’imperméabilité du droit devant les émotions est un sujet qui a fait l’objet d’une littérature scientifique très étoffée. La plupart des auteurs du milieu juridique admettent la composante émotionnelle dans le droit. L’objectivité rationnelle si chère aux positivistes n’apparaît plus sous un jour glorieux et impénétrable depuis les « critical studies » (*Legal Crits*). Ce qui force le questionnement, dans cette époque troublée par la perturbation terroriste et la dérive sécuritaire, porte sur la rationalité des décisions politiques et l’examen judiciaire de l’exercice de la prérogative étatique du

communauté juridique et n'est pas un élément bon ou mauvais dans la mesure où elle accompagne, sans le guider, le jugement rationnel vers une justification construite sur la logique et la protection des droits fondamentaux¹²⁸¹. Il existe, par conséquent, une mince frontière entre la morale et l'éthique d'une part, et l'émotivité et le sensationnalisme d'autre part. Les dérapages sécuritaires au détriment des indicateurs réels de la menace ou des nécessités humanitaires ont fait l'objet de nombreuses critiques¹²⁸². Il s'ensuit que, plus le sentiment de peur est généralisé au sein de la population et à l'intérieur de nos institutions, plus la normativité semble mobile et malléable.

Par conséquent, il est primordial que le jugement de valeur émis par le parlement ou par les tribunaux s'appuie sur la morale et non sur l'émotion : *Law is reason free from emotion*, affirmait Aristote¹²⁸³. L'émotion ne doit pas brouiller le raisonnement juridique objectif qui puise dans l'éthique, c'est-à-dire une décision construite à partir d'une recherche la plus objective possible, s'élevant au-dessus de la partisanerie et de la partialité factuelle. Dans l'élaboration de son jugement, le décideur en matière de droit des réfugiés doit nécessairement considérer la vulnérabilité et les besoins humanitaires du demandeur, sans les annihiler par des circonspections sécuritaires. Le dossier judiciaire de *Suresh* regorge de contradictions et la Cour suprême, malgré son effort de retenue et le renvoi du dossier devant la ministre, n'échappe pas à certaines controverses, sur les plans tant factuel que juridique.

maintien de la sécurité. Sur le terrain positiviste et la réflexion du rôle incontestable des émotions dans la prise des décisions judiciaires voir Richard A. POSNER, *Frontiers of legal theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2001 en particulier la troisième partie *Psychology* et le septième chapitre *Emotion in law*, aux pp. 225-251. Consulter également le collectif touchant à tous les aspects émotionnels du droit et de la gestion justice, avec une contribution de Posner, dans Susan BANDES (eds), *The passion of law*, New York, New York University, 1999. Dans une perspective sociologique, voir la réflexion très pertinente du professeur français, et juriste de formation, Philippe Braud dans Philippe BRAUD, *Penser l'État*, Paris, Seuil, 2004 – sa pensée est entre autres détaillée et critiquée dans l'excellent ouvrage collectif de Isabelle SOMMIER et Xavier CRETTEZ (dirs), *Les dimensions émotionnelles du politique*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012.

¹²⁸¹ Concept moral élaboré par Rousseau dans son *Contrat social* et traduit dans le droit par John Rawls dans sa *Théorie de la justice* dans John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Belknap Press of Harvard University Press, 1971. Kant aussi participe à la rationalisation des décisions dans une vision puriste et difficilement atteignable. Ces courants de pensée sont les fondements des théories de droit constitutionnel qui inspirent le cadre théorique de notre analyse. Voir Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1986, Jürgen HABERMAS, Will KIMILCKA et Alain DUHAMEL, Daniel WEINSTOCK et Luc B. TREMBLAY (dirs), *La démocratie délibérative en philosophie et en droit. Enjeux et perspectives*, Montréal, Éditions Thémis, 2001.

¹²⁸² Voir l'Introduction générale et l'introduction du troisième chapitre.

¹²⁸³ Cette citation est la variante populaire de « *Law is reason unaffected by desire* », dans Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Book III, 1287, a 32.

La sécurité nationale s'assoit sur un principe clairement énoncé en matière d'immigration, celui de la distinction entre citoyen et étranger. Elle différencie par le fait même le recours au droit pénal pour les citoyens et l'usage du droit administratif pour les étrangers, sans toutefois justifier adéquatement cette distinction. Cette différenciation est préoccupante dans la mesure où le droit administratif prive les étrangers de garanties formelles et substantielles qui mettent, éventuellement, leur vie et leur sécurité en danger. En effet, comme il a été relevé au troisième chapitre, les garanties du droit pénal ont été progressivement élaborées dans le but de protéger les citoyens contre de fausses accusations, des preuves inadéquates et des procès bâclés¹²⁸⁴. La présomption d'innocence n'est pas un principe qui s'applique en droit de l'immigration. Les étrangers sont, par ailleurs, soumis à des soupçons et des préjugés parfois non fondés et qui participent à leur renvoi, sans égard, souvent, aux conséquences du retour dans leur pays d'origine. Aussi, contrairement à l'évolution du droit pénal, aujourd'hui c'est le droit administratif qui constitue un danger à l'égard des étrangers.

Les événements du 11 septembre ont exacerbé le fossé entre les deux régimes juridique en insinuant l'appartenance du danger à tous les peuples non occidentaux et dévoilant ainsi un visage nouveau du réfugié : un terroriste en fuite et à la recherche d'un refuge en toute impunité¹²⁸⁵. Aussi les gouvernements vont-ils mettre de l'avant leurs principales préoccupations sécuritaires sur le plan public et renforcer les mesures d'immigration contre les réfugiés, au moyen d'instruments juridiques déjà existants et en ajoutant d'autres restrictions législatives. Les nouvelles mesures adoptées en 2012, détaillées dans la première partie de ce chapitre, sont une continuation d'un renforcement des règles répressives dans le droit des réfugiés, conséquences de la pénalisation de l'immigration¹²⁸⁶. La sécurité est évidemment tournée vers la protection de ses citoyens. En matière d'immigration, le message communiqué est fort : le Canada n'est pas un refuge pour les personnes constituant une menace pour notre sécurité et celle de nos alliés (*Suresh*, par. 58)¹²⁸⁷.

¹²⁸⁴ Voir en particulier au troisième chapitre, la sous-section 3.2.2.

¹²⁸⁵ Sharryn J. AIKEN, « Manufacturing "Terrorists": Refugees, National Security and Canadian Law (Part 1) », (2001) 19(3) *Refuge* 54-73.

¹²⁸⁶ L'Introduction générale distingue les phénomènes de criminalisation et de pénalisation. Nous adoptons une posture conceptuelle qui se rapproche de la pénalisation, bien qu'il s'agisse surtout d'un usage excessif des corps étatiques du pouvoir discrétionnaire contre les réfugiés. Voir au troisième chapitre, les sous-sections 3.1.2 et 3.2.1.

¹²⁸⁷ Voir le discours prédominant du gouvernement repris dans LIBRARY OF PARLIAMENT, *Canada's immigration program*, Benjamin Dolin and Margaret Young, Parliamentary information and research service, Ottawa, BP-190-E, 2004, p. 16. Consulter également la contribution de Sophie Dorais dans Sophie DORAIS, « Les contrôles migratoires au Canada: le triomphe du discours sécuritaire et néolibéral », (2006) 3(1) *AmeriQuests* 1-23. Article disponible à

Au Canada, la juridiction fédérale a le contrôle sur l'accès et le séjour des résidents permanents et des étrangers, en général. La *LIPR* interdit l'accès au Canada à toute personne considérée dangereuse pour la sécurité, et l'ordre public, ou soupçonnés de terrorisme¹²⁸⁸. Tous les États se sont dotés de tels pouvoirs, qui s'inscrivent, par ailleurs, dans la souveraineté et l'identité territoriale d'un pays. Par ailleurs, la *Charte* canadienne entérine ce principe en garantissant seulement aux citoyens canadiens l'entrée sur le territoire, la résidence et la sortie (art. 6). Les résidents permanents se sont également vus reconnaître le droit d'entrée et de demeurer par le second paragraphe de l'article 6 de la *Charte*, sous réserve toutefois de certaines exceptions prévues dans la *LIPR* dans le cas de criminalité dite grande (passible d'au moins dix d'emprisonnement). La première sous-section a déjà traité de cette prérogative à travers les affaires *Kindler* et *Chiarelli*. Il s'agit à présent de déterminer les arguments qui ont poussé la Cour à accepter le renvoi vers la torture dans des circonstances exceptionnelles, alors que le droit international est formel sur l'interdiction absolue de l'usage de la torture.

Cet examen se fonde sur la quatrième dimension de la théorie du fondement légitime. Cette grille d'analyse propose une justification qui ne se limite pas au caractère formel de la mesure contestée en offrant un examen moral fondé sur la cohérence du système juridique¹²⁸⁹. Le critère de la *bonne raison* recoupe trois traits généraux qui permettent de convaincre rationnellement l'auditoire. Le professeur Tremblay, conscient du défi que constitue la conceptualisation de la *bonne raison*, précise à cet effet que « [c]ette dimension demeure la plus difficile conceptuellement, moralement la plus controversée et, en même temps, la plus importante du processus de contrôle judiciaire de la justification des restrictions aux droits constitutionnels fondés sur la théorie du fondement légitime. »¹²⁹⁰

l'adresse URL suivante: www.ejournals.library.vanderbilt.edu/ameriquests/viewissue.php?id=7 (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹²⁸⁸ Section 4 de la *LIPR* sur les interdictions de territoire aux articles 34 à 37, ce dernier article porte sur le terrorisme.

¹²⁸⁹ La dernière sous-section 4.2.2, de ce chapitre, s'intéresse particulièrement à cette idée de la construction d'un système juridique cohérent fondée sur des valeurs et des principes fondamentaux, eux-mêmes dictés par l'échafaudage normatif de la société libre et démocratique. Cette colonne vertébrale, à laquelle devront se rattacher les droits fondamentaux pour donner de la substance à ce corps, reçoit le même écho en droit international public dans la théorie d'un ordre normatif vertical développée par le Pr. Pierre-Marie Dupuy. Voir Luc B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement légitime » (2002) 47 *R.D. McGill* 271-343, p 341 [ci-après, Luc B. TREMBLAY (2002)] et Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », dans *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, Tome 297, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 2003.

¹²⁹⁰ Luc B. TREMBLAY (2002), p. 285.

Bien que la *bonne raison* soit directement reliée à l'examen de l'article premier de la *Charte*, soit une mesure qui s'inscrit dans les limites d'une « société libre et démocratique », il nous semble que les critères en jeu s'appliquent également pour comprendre l'ensemble des principes regroupés dans le corpus normatif de la justice fondamentale de l'article 7. En effet, la Cour dans *Suresh* embrasse d'emblée les deux limitations et ne pose aucune distinction entre l'article 7 et l'article premier de la *Charte*¹²⁹¹. Les justifications apportées valent donc autant pour les principes d'une société libre et démocratique que pour ceux de la justice fondamentale¹²⁹².

Dans l'affaire *Singh*, en 1985, la question en jeu portait sur l'évaluation de la crédibilité du témoignage d'une personne qui se raconte à un intermédiaire, témoignage dont une retranscription était remise à un représentant ministériel, le décideur ou, en appel, à une commission. En effet, dans *Singh*, une fois reconnue l'application de la *Charte* aux étrangers, il fallait déterminer si le droit d'être entendu, conformément au texte de la *Charte*, était respecté par le processus en place. Dans la deuxième affaire, en 2001, la Cour devait déterminer si le fait de soupeser deux enjeux divergents, soit le danger que représente un individu pour le Canada et le risque de torture qu'encourt cet individu s'il retourne dans son pays d'origine, n'entrave pas les principes de justice fondamentale prévus à l'article 7 de la *Charte* ou les limites imposées par l'article premier. Le maintien de la pondération des risques prévue à l'article 53 — aujourd'hui l'article 115 de la *LIPR* — a su résister aux conditions minimales de la *raison valable* abordées dans la section précédente, malgré les réserves précédemment relevées¹²⁹³. Le chapitre 2 a également fait ressortir de nombreuses contradictions factuelles et des lacunes historiques propres au dossier de M. Suresh¹²⁹⁴. Toutefois, l'absence d'un examen factuel, par la Cour, n'a pas eu d'incidence directe pour M. Suresh, puisque son dossier fut renvoyé pour un nouvel examen.

¹²⁹¹ Les paragraphes 44 et 78 proposent un examen unique et la Cour ne revient pas sur l'examen indépendant des restrictions de l'article premier de la *Charte*. C'est une tendance jurisprudentielle qui milite en faveur d'une plus grande rapidité analytique dans les décisions constitutionnelles.

¹²⁹² Voir également le commentaire du professeur Tremblay, qui abonde dans le même sens, dans la seconde partie du premier chapitre, repris dans son article (non publié) sur les principes constitutionnels non écrits dans Luc B. TREMBLAY, « Les principes constitutionnels non écrits : Fondement épistémologique et normatif », pré-publication, 2009. Disponible à l'adresse URL suivante : <http://hdl.handle.net/1866/3014> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹²⁹³ Voir les critiques soulevées au troisième chapitre, à la section 3.2 au sujet des prémisses initiales portant sur l'objectivité de la preuve en matière nationale. Cette préoccupation est centrale au deuxième point de la sous-section 3.2.1 ii). Il faut préciser que cet exercice doit s'effectuer pour un retour éventuel à la persécution, prévu par les articles 32 et 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* et non pas vers la torture.

¹²⁹⁴ Andréane JOANETTE-LAFLAMME, *La puissance des faits qui sont tus : la Cour suprême du Canada et l'expulsion vers la torture*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, août 2009.

Telle que développée au troisième chapitre, la décision du ministre d'expulser M. Suresh au Sri Lanka fut cassée par la Cour, au motif que la procédure administrative était inconstitutionnelle. En effet, M. Suresh devait avoir suffisamment d'information pour répondre à la ministre des allégations retenues contre lui. En accueillant le pourvoi en faveur de M. Suresh sur une question procédurale, la Cour a voulu ajouter des « observations » sur la constitutionnalité du régime de pondération et sur le renvoi vers la torture :

« Comme nous ordonnons la tenue d'une nouvelle audience pour des motifs d'ordre procédural, nous ne sommes pas tenus, dans le cadre du présent pourvoi, de contrôler les décisions de la ministre relativement à la question de savoir si la présence de M. Suresh constitue un danger pour la sécurité du Canada et s'il court un risque sérieux de torture en cas d'expulsion. **Nous formulons cependant les observations suivantes, afin d'aider les tribunaux qui seront appelés ultérieurement à contrôler une décision ministérielle.** » [*Suresh*, par. 27. Nous soulignons.]

Cette approche des juges est pour le moins surprenante et laisse planer un doute sur la force de son jugement quant à la lutte au terrorisme et le renvoi dans des cas très exceptionnels de grands criminels vers la torture. La Cour affirme expressément qu'elle n'était pas tenue de se prononcer. Toutefois, les juges ont clairement énoncé leur intention d'influencer les décisions ultérieures et de donner leur avis sur la validité de la pondération des risques et du renvoi vers la torture¹²⁹⁵. Cependant, les tribunaux sont appelés à trancher une décision sur les faits en l'espèce et ne doivent pas s'ingérer dans les affaires du Parlement, à moins d'une incompatibilité constitutionnelle¹²⁹⁶. Dans *Suresh*, la Cour a renvoyé devant la ministre le dossier de M. Suresh en se penchant toutefois de façon théorique sur des questions d'actualité. Bien que l'affaire *Suresh* soulevait des questions de retour vers la torture et de lutte contre le terrorisme affectant M. Suresh, la Cour pouvait s'en tenir simplement au non-respect des garanties procédurales par le gouvernement, au lieu de s'immiscer dans les questions hautement politiques, et surtout très méconnues, du phénomène du terrorisme en Amérique du Nord.

¹²⁹⁵ Ici l'usage du terme « observation pour guider » indique l'intention de la Cour (*Suresh*, par. 27). Il s'agit d'un *obiter dictum*. Cette remarque ou observation faite par les juges ne constituent pas en soi un élément justifiant le verdict rendu. En effet, le cas de M. Suresh fut réglé par l'intervention de la Cour au sujet des mauvaises notes de l'agent d'immigration et du rôle atténué du délégué ministériel dans la prise de décision. Le dossier fut donc renvoyé pour un nouvel examen.

¹²⁹⁶ La frontière entre le pouvoir judiciaire et l'exécutif de l'État a été illustrée au premier chapitre, à la sous-section 1.1.2. Nous pensons que la Cour devait intervenir pour interdire le renvoi vers la torture, comme le dicte les obligations internationales du Canada. Dans une telle éventualité, la Cour pouvait juger constitutionnel la pondération des risques dans la mesure où le retour du réfugié exclu le renvoi vers la torture, mais seulement dans les cas de persécution.

L'hypothèse la plus juste qui nous semble autoriser de telles « observations » est la proximité des événements du 11 septembre avec la rédaction de la décision. En effet, le jugement fut pris en délibéré par les juges au mois de mai 2001, après la tenue des audiences devant la Cour au printemps 2001, jusqu'à sa publication le 11 janvier 2002. On pourrait croire que la rédaction du jugement eut lieu juste au moment des événements du 11 septembre 2001 et que les actes terroristes ont pu influencer le cours de la rédaction de la décision. De plus, une nouvelle loi sur l'immigration avait été adoptée par le parlement en 2001 et entra en vigueur le 22 juin 2002. Dans un souci de retenue judiciaire, mais devant la prolifération des mesures législatives des parlements occidentaux, les juges auront-ils cru justifié de commenter par des observations la lutte contre le terrorisme et peut-être même de légitimer le renvoi vers la torture dans des cas exceptionnels alors que le droit international l'interdit expressément ?

À la lecture de la décision de *Suresh*, il ressort que les justifications constitutionnelles à l'appui d'une *bonne raison* sont regroupées par le truchement de trois arguments centraux, soit : l'expulsion vers la torture d'un réfugié soupçonné de terrorisme, la précision des termes « danger pour la sécurité du Canada » et « terrorisme », et enfin la possibilité de s'associer à une organisation terroriste. Aux fins de notre réflexion, la première sous-section se limite à l'étude de la nécessité de protéger la société canadienne contre le terrorisme : l'analyse s'effectuera à travers la définition des termes « danger pour la sécurité » et « menace à la sécurité » en 4.1.1. Dans la sous-section suivante, il sera question des mécanismes déjà existants en droit des réfugiés pour répondre à la préoccupation légitime sur le terrorisme (4.1.2). La deuxième partie de ce chapitre se concentre plutôt sur les prémisses retenues par la Cour pour justifier le renvoi vers la torture dans des cas exceptionnels. Ces prémisses seront d'abord confrontées au droit international (4.2.1) et ensuite au test constitutionnel canadien du « choc de la conscience » (4.2.2).

Ce chapitre ne propose pas de solution, mais bien l'examen de l'application des critères de la théorie du fondement légitime. Cet exercice permet de faire ressortir les motivations soutenant le jugement unanime de la Cour suprême rendu au lendemain des attaques du 11 septembre et de confirmer l'influence du contexte sociopolitique dans les décisions judiciaires¹²⁹⁷. Enfin, l'examen d'une possibilité de renvoyer un réfugié vers la torture, bien que

¹²⁹⁷ Sur les détails de notre hypothèse de départ, voir l'Introduction générale, à la sous-section 0.2.2, au point ii).

rare, met en évidence la validité des conclusions judiciaires en faisant ressortir leur poids et leur valeur. En effet, bien que le renvoi vers la torture ne vise que des cas exceptionnels, en l'absence d'une définition du terrorisme et de critères précis encadrant les cas extraordinaires du renvoi vers la torture, la levée de la prohibition de torture dans les cas de sécurité questionne la validité rationnelle des motifs ayant poussé la Cour à admettre une telle possibilité. En effet, au regard de la *Convention contre la torture*, dont certaines dispositions sont considérées comme ayant le statut de *jus cogens* (droit international impératif)¹²⁹⁸, la prohibition de l'interdiction de la torture ne souffre d'aucune exception. Elle est donc absolue. La démonstration se fera à partir du droit international et la question du renvoi vers la torture sera également étudiée sous l'angle strict du droit constitutionnel canadien. Dans les deux cas, la conclusion est la même, en dépit des raisonnements qui diffèrent.

Section 4.1 Conflits apparents dictés par les impératifs sécuritaires et la mise en œuvre du droit des réfugiés et des droits fondamentaux

Le caractère fortement politique des enjeux concernant le terrorisme ou, pour utiliser l'expression de la Cour, la *charge politique* du terrorisme oblige à une analyse géopolitique (*Suresh*, par. 95). En d'autres termes, les tribunaux doivent s'intéresser à la question politique, dans la mesure où les critères d'intervention judiciaire doivent s'appliquer à la fois à l'examen factuel que font les agents d'immigration¹²⁹⁹ et à la détermination par l'exécutif de l'identification des mouvements terroristes et leur regroupement¹³⁰⁰. Sans donner l'issue de la détermination politique des activités terroristes, ce qui constituerait une réelle ingérence des tribunaux vis-à-vis l'exécutif, les juges ont le pouvoir, en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, d'intervenir lorsque la détermination factuelle est manifestement déraisonnable¹³⁰¹. Rares seront les dossiers où la Cour conclura à l'erreur factuelle. Néanmoins, il incombe aux tribunaux d'exercer un contrôle

¹²⁹⁸ Le *jus cogens* n'est pas une source du droit international, mais bien un attribut de règles, par ailleurs déjà obligatoires, qui introduit une certaine « hiérarchie » au plan du contenu des règles internationales entre elles. Le *jus cogens* est donc une caractéristique avant tout de forme (formalisme) mais qui a un effet sur le contenu (la substance) et l'ordonnement du droit international. Voir Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », dans *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, Tome 297, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 2003.

¹²⁹⁹ En dépit de la qualification d'organisation terrorisme faite par l'exécutif, les agents d'immigration doivent faire une certaine analyse de la situation géopolitique,

¹³⁰⁰ Cet exercice de la Cour n'est pas de l'ingérence judiciaire vis-à-vis l'exécutif et entre dans le pouvoir établi des tribunaux dans la loi sur les Cours fédérales. Pour plus de détails, voir la discussion au chapitre 1 de la frontière entre le pouvoir judiciaire et l'exécutif, en matière d'immigration et de sécurité nationale.

¹³⁰¹ Voir le premier chapitre sur les critères d'intervention judiciaire, à la sous-section 1.2.2.

minimal en matière de sécurité nationale, surtout lorsque le droit à la vie et à l'intégrité physique d'une personne est en cause. La gravité des conséquences d'un retour vers la torture, par exemple, renforce la responsabilité de nos tribunaux envers les agissements gouvernementaux.

Il est probable que, sous le couvert d'observations, dans *Suresh*, la Cour ait voulu éviter de parler du Sri Lanka et du conflit interne, une expertise toutefois disponible par les nombreux intervenants, dont la Fédération canado-arabe et la *Federation of Associations of Canadian Tamils*. De ce fait, il semble que la cause de M. Suresh soit devenue un champ d'expérimentation théorique, une dissertation rhétorique sur la sécurité nationale, sans ancrage factuel ou historique. Cette désincarnation est malheureuse et conduit, à notre avis, à l'établissement de nouveaux critères d'interprétation des droits de la personne qui désavantagent les réfugiés et désengagent le gouvernement devant ses obligations internationales.

Il est malheureux de constater que, dans *Suresh*, la Cour suprême ait consacré seulement six paragraphes pour traiter du terrorisme. Un sujet aussi vaste requerrait, à notre avis, une attention particulière et un examen plus approfondi, étant donné les conséquences du 11 septembre et l'actualité brûlante au moment de la prise de décision. D'ailleurs, les juges sont hésitants et l'argumentation du jugement manque de linéarité et de cohérence. L'objet traité était hautement politique et délicat. La *LIPR* venait d'être sanctionnée, en partie, en décembre 2001, dans la foulée de plusieurs initiatives visant à combattre le terrorisme. La Cour s'est-elle sentie pressée par l'urgence du sujet? Quoi qu'il en soit, un peu de recul aurait permis une argumentation plus articulée et soignée de la part de l'instance judiciaire la plus élevée.

Le premier paragraphe, introduisant l'analyse de la Cour, est plutôt ambigu puisqu'il cherche à se soustraire de la nécessité d'une définition (*Suresh*, par. 93). En effet, la Cour pour traiter du terrorisme ne veut pas définir le terme, mais plutôt cherche à circonscrire sa portée. Sans définition préalable, il est toutefois difficile de délimiter une expression :

« Dans les présents motifs, **nous n'essaierons pas de définir le terrorisme de façon exhaustive, tâche notoirement difficile** ; nous nous contenterons plutôt de conclure que ce terme fournit un fondement suffisant pour qu'une décision soit rendue et qu'il n'est donc pas imprécis au point d'être inconstitutionnel. [...] La question à trancher en l'espèce consiste à déterminer si le terme utilisé dans la *Loi sur l'immigration* a un sens suffisamment certain pour être pratique, raisonnable et constitutionnel. » (*Suresh*, par. 93 et 98) [Nous soulignons.]

Pour contourner l'établissement d'une définition du terrorisme, la Cour s'appuie sur la confusion en droit international de cette expression (*Suresh*, par. 94). Pourtant, en conclusion, la Cour devra proposer une définition, sinon son argumentation sur les paramètres et la précision du terme est vaine et sans fondement (*Suresh*, par. 98). Les juges proposeront d'utiliser la définition du droit international inscrite dans la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* conclue à New York en décembre 1999, signée par le Canada le 10 février 2000¹³⁰². À l'avant-dernier paragraphe de sa conclusion sur la constitutionnalité des termes « danger pour la sécurité » et « terrorisme », le jugement reprend la définition de la *Convention*, à l'article premier :

« À notre avis, on peut **conclure sans risque d'erreur**, ..., que le terme « terrorisme » employé à l'art. 19 de la Loi [sur l'immigration] inclut tout « acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ». *Suresh*, par. 98. [Nous soulignons.]

La Cour affirme, pour appuyer son argumentation, l'impossibilité de trouver une définition légale : « [o]n cherchera en vain une définition du terme 'terrorisme' qui fasse autorité. La *Loi sur l'immigration* ne le définit pas. En outre, aucune définition précise n'est reconnue à l'échelle internationale » (*Suresh*, par. 94). Toutefois, la Cour omet la référence à la *Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies*, le 16 janvier 1997, (A/RES/51/210) sur les « mesures visant à éliminer le terrorisme international ». La résolution de 1997 sur le terrorisme traite spécifiquement au deuxième paragraphe de la section I des « actes criminels qui, à des fins politiques, sont conçus ou calculés pour provoquer la terreur dans la population, un groupe de personnes ou chez des individus ».

Pourtant, deux ans plus tôt, en 1999, la Cour suprême devait décider du renvoi de M. Pushpanathan, ancien membre de l'IRA accusé de trafic de drogue vers le Sri Lanka¹³⁰³. Veluppillai Pushpanathan est Sri Lankais et a demandé l'asile en 1985. Aucune décision ne fut rendue à l'époque, puisque Pushpanathan bénéficia de l'établissement au Canada par le biais d'un

¹³⁰² Le Canada fut parmi les premiers États à ratifier la Convention. Voir *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, G.A. Res. 109, U.N. GAOR, 54th Sess., Supp. No. 49, at 408, U.N. Doc. A/54/49 (Vol. I) (1999) [ci-après la *Convention sur le financement du terrorisme* de 1999].

¹³⁰³ *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, p. 1030.

programme administratif¹³⁰⁴. Dans cette affaire, les juges avaient repris la *Résolution de 1997* comme étant un exemple d'une déclaration explicite des Nations Unies, selon laquelle les actes terroristes sont visés par l'alinéa 1F(c) de la *Convention relative au statut des réfugiés*¹³⁰⁵. La Cour dans *Pushpanathan* a reconnu que la logique de la *Convention relative au statut des réfugiés* dicte l'interprétation et la portée des exclusions du statut de réfugié (*Pushpanathan*, par. 63)¹³⁰⁶. L'exclusion de la protection internationale concerne les criminels de guerre en situation de guerre ou de paix qui ne peuvent pas se soustraire à leur responsabilité pénale.

Reconnu coupable de complot de trafic de stupéfiants, M. Pushpanathan se réclama de la protection du statut de réfugié. La Cour suprême a dû interpréter la portée de l'exclusion 1F c) sur les crimes « contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ». Les résolutions internationales sont un bon indicateur des sujets qui sont contraires aux buts et aux principes internationaux. Le juge Bastarache cite comme exemple le terrorisme visé par la *Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international* (*Pushpanathan*, par. 66)¹³⁰⁷. Il faut par conséquent évaluer les limitations déjà offertes par l'interprétation qu'ont fait les tribunaux canadiens et étrangers de la *Convention relative au statut des réfugiés* et de ses exclusions (sous-section 4.1.2).

La Cour suprême, dans *Suresh*, affirme qu'on ne peut définir le terrorisme de façon exhaustive, « tâche notoirement difficile » (*Suresh*, par. 93). Cette difficulté est le défi des législateurs qui, en matière de sécurité, doivent fournir le plus d'encadrement possible afin de ne pas couvrir trop largement des activités qui, par exemple, procèdent de la simple liberté d'expression ou à l'auto-détermination d'un peuple¹³⁰⁸. D'ailleurs, l'incorporation en droit canadien du *Statut de Rome* sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité dans les conflits

¹³⁰⁴ L'établissement d'un programme administratif géré par le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration Canada peut prévoir la levée de certains critères d'admissibilité ou exiger seulement quelques-uns afin de faciliter et d'accélérer l'établissement. La mise en œuvre d'un programme administratif naît du pouvoir discrétionnaire du ministre. Voir dans le cas de M. Pushpanathan, *Pushpanathan c. Canada (M.C.I.)*, [1998] 1 R.C.S. 982, p. 995.

¹³⁰⁵ Voir la RÉSOLUTION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, AG 51/210, 16 janvier 1997.

¹³⁰⁶ Il s'agit de la première remarque du juge Bastarache aux paragraphes 60 à 64 dans *Pushpanathan c. Canada (M.C.I.)*, [1998] 1 R.C.S. 982, pp. 1026-1027.

¹³⁰⁷ Il s'agit de la *Résolution de 1997*, précité. Voir RÉSOLUTION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, AG 51/210, 16 janvier 1997, art. 2.

¹³⁰⁸ À ce sujet, Ali Khan affirme que le terrorisme naît des groupes qui sont lésés, Ali KHAN, « A legal theory of international terrorism », (1987) 19 *Connecticut Law Review* 945-980. Voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.1. au sujet de l'historique de la naissance des Tigres et de la lutte nationaliste contre le peuple tamoul. Lire également Sharryn J. AIKEN, « Manufacturing "Terrorists": Refugees, National Security and Canadian Law (Part 2) », (2001) 19(4) *Refugee* 116-133, aux pp. 122-123.

(internes ou internationaux) reflète les paramètres et caractéristiques juridiques établis suite à un exercice linguistique et politique soigné, entre compromis et expérience du passé¹³⁰⁹. Il existe donc déjà un répertoire juridique et politique dans lequel puiser afin de définir le terme ‘terrorisme’¹³¹⁰.

Alors que les déclarations de guerre sont portées sur la scène publique et ouvertement diffusées sur les réseaux internet, peu de groupes se réclament comme terroristes, ainsi que le souligne Marco Sassoli¹³¹¹, même si les actes qu’ils posent sont par eux revendiqués ou leur sont attribués¹³¹². On ne saurait évidemment donner une portée trop limitée en s’arrêtant aux moyens qu’utilisent les terroristes. Cependant, le but et les objectifs poursuivis, ainsi que la gravité des actes, le principe de proportionnalité et les victimes civiles constituent des repères valides et existants permettant de délimiter la portée du terrorisme et d’en définir les circonstances¹³¹³. Les fondements de la sécurité nationale sont eux aussi en cause dans la mise en œuvre du droit des réfugiés et l’association directe entre criminalité et immigration pose des problèmes d’objectivité politique et juridique qui seront soulevés dans la prochaine sous-section.

¹³⁰⁹ Voir la loi canadienne incorporant dans le droit interne le *Statut de Rome : Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000 ch. 34. Voir également la possibilité de poursuivre pour des crimes de terrorisme commis en temps de guerre, comme c’était le cas pour le Sri Lanka et les Tigres voir les articles 67 et 68 du *Statut de Rome sur la Cour pénale internationale*, A/Conf.183/9*, 1998 [ci-après le *Statut de Rome*]; Sur la possibilité pour la Cour pénale internationale de poursuivre *Final Act of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*, Rome, le 17 Juillet 1998 U.N. Doc. A/CONF.183/10*, Annex I) E, disponible à l’adresse URL suivante: <http://www.un.org/law/icc/statute/finalfra.htm> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Au sujet de la compétence de la CPI, consulter également Fiona MCKAY, « U.S Unilateralism and International Crimes : The International Criminal Court and Terrorism » (2003-2004) 36 *Cornell Int’l J.* 455-471, p. 457 et Helen DUFFY, « Responding to September 11 : The Framework of International Law. Part I-IV », Briefing Paper, INTERIGHTS, London, October 2001.

¹³¹⁰ Le lien entre droit international humanitaire et terrorisme fait l’objet d’un article très intéressant et pertinent sur la définition du terrorisme en droit international, voir Marco SASSÒLI, « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », (2007) Hors-série *Revue québécoise de droit internationale* 29-48. L’auteur propose un encadrement du terme terrorisme à l’aide de l’interprétation du droit international humanitaire et le rôle du DIH dans une possible proposition de définition, même pour des actes terroristes commis en temps de paix qui sont, par analogie, interdit par le droit des conflits armés.

¹³¹¹ Marco SASSÒLI, « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », dans *Revue québécoise de droit internationale (Hors-série)*, 2007, 29-48, p. 32.

¹³¹² Ce fut le cas pour les Tigres, voir le développement sur les attentats au Sri Lanka au deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.2.

¹³¹³ Marco SASSÒLI, « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », (2007) *Revue québécoise de droit internationale (Hors-série)* 29-48.

Sous-section 4.1.1 Les dérapages de la raison ou quand la légitimité flirte avec l'émotivité : une approche contextuelle brouillée par le choc provoqué par les événements du 11 septembre 2001

La prolifération de textes internationaux et nationaux fait ressortir la difficulté de définir le terrorisme¹³¹⁴. La définition du terrorisme constitue une des clés importantes dans la lutte menée contre les actes terroristes¹³¹⁵. On comprend l'ambivalence de la Cour en 2001 à tenter de saisir ce concept¹³¹⁶. Pourtant, l'absence d'une définition du terrorisme en droit interne et en droit international interpellent la portée trop large du terme en droit canadien et donc soulèvent des interrogations quant à sa validité¹³¹⁷. Pour reprendre l'idée de Louis Henkin, sommité de droit international, le terrorisme n'est malheureusement pas un concept utile sur le plan juridique, puisqu'il se rapporte à tout et à rien¹³¹⁸ ; c'est l'objectif de la terreur de la population civile qui le

¹³¹⁴ Il semble que les Nations Unies ne cherchent pas à offrir une définition du terrorisme devant la pluralité des visions étatiques sur le terrorisme, voir Fionnuala Ní AOLÁIN, « Balancing Human Rights : International legal responses to terrorism in the wake of September 11 » (2003) 33 *Israel Yearbook on Human Rights* 63 et Fionnuala Ní AOLÁIN, « The no-gaps approach to parallel application in the context of the War on Terror » (2007) 40(2) *Israel Law Review* 563-591. Plus récemment du même auteure voir Fionnuala Ní AOLÁIN, « Close Encounters of the Female Kind in the Land of Counter-Terrorism », dans Margaret L. SATTERTHWAITE and Jayne C. HUCKERBY (eds), *Gender, National Security, and Counter-Terrorism: Human Rights Perspectives*, London, Routledge, 2013, pp. 230-250. Voir toutefois les propos de Carlos Diaz-Paniagua, coordinateur des négociations de la Convention sur le terrorisme international à l'ONU, qui insistait sur une définition suffisamment précise et l'importance de condamner dans le droit criminel les actes terroristes, voir le rapport exhaustif sur l'expérience onusien dans la rédaction des instruments internationaux dans Carlos DIAZ-PANIAGUA, *Negotiating terrorisms : the negotiation dynamics of four UN counter-terrorism treaties, 1997-2005*, New York, New York University Press (2008), p. 41. Sur la problématique entourant la diversité des textes juridiques des juridictions internes voir Kevin E. DAVIS, « Legislating against the Financing of Terrorism : Pitfalls and prospects » (2003) 10(3) *Journal of Financial Crime* 269-274.

¹³¹⁵ Ben Saul, professeur australien de droit international et défenseur pour une définition du terrorisme, affirmait que : « A combination of pragmatic and principled arguments supports the case for defining terrorism in international law » dans Ben SAUL, « Defining 'Terrorism? To protect human rights », in *Sydney Law School Legal Studies Research Paper*, no. 08-125 (2008), p. 1. Voir également Marco SASSÒLI, « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », dans *Revue québécoise de droit internationale (Hors-série)*, 2007, 29-48 et Pierre-Olivier MARCOUX, « La lutte au terrorisme international par le Canada : Panopticon ou Banopticon? », (2006) 11(1) *Lex Electronica* 1-45, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.lex-electronica.org/articles/v11-1/marcoux.htm> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹³¹⁶ Voir sur la difficile tâche des juristes de cerner le concept, l'ouvrage collectif fort éclairant de Andrea BIANCHI (ed.), *Enforcing international law norms against terrorism*, Portland, Hart Publishing, 2004.

¹³¹⁷ Il est probable de penser que l'absence d'une définition en droit international permette une latitude plus grande pour les États de définir eux-mêmes en fonction de leur contact et de leur vision du terrorisme, lire à ce sujet Gilbert GUILLAUME, « Terrorism and International Law » (2004) 53 *I.C.L.Q.* 537. Voir le collectif très instructif sur les réponses juridiques au Canada au lendemain du 11 septembre 2001 dans Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH, *The security of freedom, Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, en particulier le dernier chapitre sur la validité constitutionnelle des normes adoptées et leur répercussion en droit administratif, pp. 367-434.

¹³¹⁸ Louis HENKIN, « General Course on Public International Law » dans *Recueil des cours*, Tome 216 vol. 4, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 1989, chap. 9, à la p. 159. Cette idée avait déjà été formulée par Richard Baxter qui affirmait que le terrorisme est un terme vague, imprécis, qui ne sert aucun objectif juridique dans Richard BAXTER, « A

caractérise et non pas les gestes qui le définissent. Le terrorisme est un de ces termes plus intéressant politiquement qu'il est moins défini juridiquement. Une contrainte juridique limiterait le discours politique en l'encadrant autour d'une définition. Ici, l'absence de définition laisse cours aux idées sensationnalistes des politiciens en quête d'un auditoire toujours plus large et non pas de vérité.

Les sources limitées utilisées par la Cour et l'absence d'un survol complet de la littérature juridique sur le terrorisme confirment l'hypothèse que la décision aurait été modifiée suite aux tragiques événements du 11 septembre. L'Assemblée générale des Nations Unies a mis sur pied, en décembre 1996, un comité spécial chargé de la rédaction d'une convention générale sur le terrorisme¹³¹⁹. Tous les membres des Nations Unies y sont représentés et, à l'époque, la préoccupation portait sur le terrorisme nucléaire. Ce n'est que le 14 septembre 2005 qu'un texte fut soumis à la signature des États. En 1999, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la *Convention sur le financement du terrorisme* qui sert de référence pour la Cour dans *Suresh*¹³²⁰. En 2013, on dispose désormais de 13 traités internationaux sur le terrorisme onusien¹³²¹. Depuis 1999, le Conseil de sécurité a adopté 8 résolutions sur le terrorisme¹³²².

L'excellente conclusion de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, dans son rapport sur les droits de la personne et le terrorisme, souligne les paramètres variables du terrorisme :

“the language of terrorism is used in a variety of contexts and with varying levels of formality to characterize:

skeptical look at the concept of terrorism », (1974) 7 *Akron Law Review* 380-401. Voir également, plus récemment, les réflexions de plusieurs auteurs sur la permutation du terme terrorisme et la difficulté d'un cadre juridique dans Geoff GILBERT, « The 'Law' and 'Transnational Terrorism' » (1995) 26 *Netherlands Yearbook of International Law* 3-25 et Zdzislaw GALICKI, « International Law and Terrorism » (2005) 48(6) *American Behavioral Scientist* 743-757, p. 747, ainsi que Ben GOLDER and Georges WILLIAMS, « What Is 'Terrorism'? Problems of Legal Definition » (2004) 27(2) *U.N.S.W.L.J.* 270-295, pp. 272 et ss.

¹³¹⁹ RÉSOLUTION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, AG 51/210, 16 janvier 1997.

¹³²⁰ *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, G.A. Res. 109, U.N. GAOR, 54th Sess., Supp. No. 49, at 408, U.N. Doc. A/54/49 (Vol. I) (1999).

¹³²¹ Voir, entre autres, la *Convention internationale pour la répression du terrorisme à l'explosif*, G.A. Res. 164, U.N. GAOR, 52nd Sess., Supp. No 49, at 389, U.N. Doc. A/52/49 (1998), entrée en vigueur le 23 mai 2001. Pour la liste des 13 instruments juridiques universels consulter l'adresse URL suivante : <http://www.un.org/french/terrorism/instruments.shtml> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹³²² Voir, entre autres, la Résolution 1373 sur la coopération des États adoptée le 21 septembre 2001 avec la création d'un comité composé de 15 membres, le Comité Antiterroriste (*Counter Terrorism Committee*) : Conseil de sécurité, UN SEC S/RES/1373 (2001), au par. 6. Pour plus de détails sur le Comité Antiterroriste, consulter l'article de Fionnuala Ní AOLÁIN, « Balancing Human Rights : International Legal Responses to Terrorism in the Wake of September 11 » (2003) 33 *Israel Yearbook on Human Rights* 63, aux pp. 66-70 (sur la possibilité d'une compétence universelle dans la lutte à l'impunité des acteurs terroristes).

- actions, including forms of violence such as high jacking or kidnapping
- actors, including persons or organizations
- causes or struggles, [...]
- situations, where terrorist violence is a particularly serious or widespread problem in a state or region.¹³²³

Si on regarde la littérature populaire, le Petit Larousse de 1998 définissait le terrorisme comme un « ensemble d'actes de violence (attentats, prises d'otages, etc.) commis par une organisation pour créer un climat d'insécurité, pour exercer un chantage sur un gouvernement, pour satisfaire une haine à l'égard d'une communauté, d'un pays, d'un système »¹³²⁴. On pourrait aussi retenir la vision critique de Jason Burke, journaliste-expert de l'activité islamique radicale:

« There are multiple ways of defining terrorism, and all are subjective. Most define terrorism as "the use or threat of serious violence" to advance some kind of "cause". Some state clearly the kinds of group ("sub-national", "non-state") or cause (political, ideological, religious) to which they refer. Others merely rely on the instinct of most people when confronted with innocent civilians being killed or maimed by men armed with explosives, firearms or other weapons. None is satisfactory, and grave problems with the use of the term persist. Terrorism is after all, a tactic. **The term "war on terrorism" is thus effectively nonsensical.** As there is no space here to explore this involved and difficult debate, **my preference is, on the whole, for the less loaded term "Militancy"**. This is not an attempt to condone such actions, merely to analyse them in a clearer way. »¹³²⁵ [Nous soulignons.]

Sur le plan juridique, et même si la transposition juridique du terrorisme semble une tâche impossible, la *Convention sur le financement du terrorisme* demeure le texte juridique le plus éclairant sur le sujet¹³²⁶. Elle représente, comme le souligne la Cour dans *Suresh*, un repère pertinent pour circonscrire la notion de terrorisme (*Suresh*, par. 97). En effet, cette convention

¹³²³ Voir la COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Report on Terrorism and Human Rights*, Doc. off. OEA/Ser. L/V/II.116 Doc. 5, rev. 1 corr. (22 octobre 2002) au par. 12, disponible à l'adresse URL suivante: <http://www.cidh.oas.org/Terrorism/Eng/toc.htm> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹³²⁴ *Petit Larousse*, Paris, Éditions Larousse, 1998.

¹³²⁵ Jason BURKE, *Al Qaeda. The true story of radical Islam*, London, Penguins Book, 2004, p.22. Les internationalistes et les diplomates suivants abondent dans le même sens, voir Ben SAUL, « Defining 'Terrorism'? To protect human rights », *Sydney Law School Legal Studies*, Research Paper no. 08-125 (2008); M. Cherif BASSIOUNI, "A policy-oriented inquiry of 'International Terrorism'", in M. Cherif BASSIOUNI (ed.), *Legal responses to international terrorism: U.S. Procedural aspects*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pp. xv-xvi; Sami ZEIDAN, "Desperately seeking definition: The International Community's quest for identifying the specter of terrorism", (2004) 36 *Cornell International Law Journal* 491-523, pp. 491-492; Alex P. SCHMID, *The definition of terrorism*, London, Routledge, 2011, p. 39-42.

¹³²⁶ Selon Tim Stephens, la *Convention sur le financement du terrorisme* de 1999 est l'avancée la plus importante concernant la description et les paramètres du terrorisme. Voir Tim STEPHENS, "International Criminal Law and the Response to International Terrorism" (2004) 27 (2) *New South Wales Law Journal* 454-481 à la p. 458.

servira de matrice à la création du Comité Antiterroriste¹³²⁷. Le paragraphe 2(1) définit le terrorisme en ces termes :

« toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement ou délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou en partie en vue de commettre : a) un acte qui constitue une infraction au regard et selon la définition de l'un des traités énumérés en annexe; b) tout autre acte destiné à blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, **cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte quelconque** » [Nous soulignons]

Cette définition se rattache, à la fois, à une vision *fonctionnelle* du terrorisme, par le renvoi aux traités internationaux, et à une posture *stipulative* des actes perpétrés qui doivent répondre à une double intentionnalité (*Suresh*, paras 96-97): les victimes sont civiles et la terreur est le filon exploité pour rejoindre les objectifs politiques recherchés contre l'autorité en place, qu'ils s'agissent d'un gouvernement légitime ou non¹³²⁸.

Au-delà du débat entourant la définition du terme terrorisme, qui selon nous doit être suffisamment encadrée et précise¹³²⁹, il existe une question fondamentale sur son objet, c'est-à-dire qui sont les terroristes ? Cette question est d'ailleurs effleurée par la Cour (*Suresh*, par. 95). Les actes de grave violence commis contre des civils ou une population dans un but politique ou religieux constituent indéniablement des agissements terroristes. Ces actes, qui seront précisés dans les prochaines pages, sont déjà condamnés par le droit international, et le droit des réfugiés offre des pistes de références pertinentes.

Si, sur la définition des gestes, il est possible de trouver un consensus, la qualification des acteurs terroristes est une tâche encore plus difficile et délicate puisqu'elle se rapporte à un

¹³²⁷ Fionnuala Ní Aoláin, « Balancing Human Rights : International Legal Responses to Terrorism in the Wake of September 11 » (2003) 33 *Israel Yearbook on Human Rights* 63, p. 64.

¹³²⁸ Tim STEPHENS, « International Criminal Law and the Response to International Terrorism » (2004) 27 (2) *New South Wales Law Journal* 454, pp. 458-460.

¹³²⁹ Voir entre autres le collectif sur le projet de loi C-36 sur l'antiterrorisme quant aux pistes de réflexion pour encadrer la définition et surtout les dangers que provoquent une définition trop large inscrite dans le *Code criminel*, Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH, *The security of freedom, Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, en particulier le troisième chapitre *Criminalizing terrorism* et les articles de Kent Roach. Voir également Marco Sassòli sur l'intervention du droit humanitaire pour la délimitation du concept terrorisme en droit international. Marco SASSÒLI, « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », (2007) *Revue québécoise de droit internationale* (Hors-série) 29-48.

caractère politique (*Suresh*, par. 95). Le chapitre 2 s'est consacré à en faire une démonstration, particulièrement concluante dans le cas du Sri Lanka¹³³⁰. Il est également intéressant, comme il a été fait dans le deuxième chapitre, de comparer l'évolution interprétative des groupes extrémistes Sikhs et Tamils et des rassemblements plus modérés qui furent considérés comme des agents terroristes dans la confusion des confrontations entre rebelles et militaires¹³³¹.

La Cour rapporte à juste titre les observations de Porras qui conclut que « tous veulent dire la même chose lorsqu'ils emploient ce terme [le terrorisme]. Ce n'est pas le sens du mot qui change, mais bien les groupes et les activités que chacun engloberait ou exclurait » (*Suresh*, par. 95)¹³³². En effet, le « même acte peut être considéré comme un acte de terrorisme par un État et comme un acte de résistance légitime par un autre » (*Suresh*, par. 95)¹³³³. Cette qualification est dangereuse puisqu'elle pourrait inclure tous les groupes de résistance armée comme terroriste, où le criminel est l'autre, l'étranger à une culture majoritaire ou l'activiste politique qui défend des droits non reconnus dans son propre pays. À ce sujet, la Cour rappelle justement l'apartheid et la qualification d'organisation terroriste du Congrès national africain de Nelson Mandela qui luttait

¹³³⁰ Voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.2.

¹³³¹ Voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.3.

¹³³² La Cour se réfère à l'article de revue de Ileana M. Porras, « On terrorism : Reflections on violence and the outlaw » (1994), *Utah L. Rev.* 119. Plus récemment sur ce sujet, les références aux auteurs représentent des éclairages pertinents sur une certaine forme de politisation du terrorisme. Voir le travail très étoffé de la thèse de doctorat de Julien FRAGON, *Le discours antiterroriste. La gestion politique du 11 septembre*, Lyon, Université Lumière Lyon 2, septembre 2009 et consulter Andreas VASILACHE, « Le terrorisme transnational et la politisation de la peur. Réflexions théoriques sur la stratégie terroriste et sur la politique anti-terroriste de l'Union Européenne, de la Russie et des États-Unis », dans K. WESTPHAL (ed.), *A Focus on EU-Russian Relations. Towards a close partnership on defined road maps?*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005, pp. 99–113.

¹³³³ Voir l'article de référence de Douglas KASH, "Abductions of terrorists in international airspace and on the high seas", (1993) 8 *Fla. Int'l L.* 65-95. Bien que nous ne traitons pas de cet aspect, puisqu'il s'agit d'un sujet complexe et qui sort du cadre de l'exercice critique de la décision *Suresh* à travers une analyse rigoureusement constitutionnelle, précisons au passage que les conventions internationales sur les aéronefs et sur les voies maritimes ont été les premières à prescrire l'application de la compétence universelle pour juger les terroristes, consulter *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, 860 U.N.T.S. 105, entrée en vigueur le 14 octobre 1971, art. 7; *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, 974 U.N.T.S. 177, (1971), art. 5(3) et le *Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale*, adoptée par l'OACI, 27 I.L.M. 627, 24 février 1988, art. 3; *Convention Internationale contre la prise d'otages*, G.A. Res. 146 (XXXIV), U.N. GAOR, 34th Sess., Supp. No. 46, at 245, U.N. Doc. A/34/46 (1979), entrée en vigueur le 3 juin 1983, art. 8(1); *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection diplomatique*, 1035 U.N.T.S. 167, 13 I.L.M. 41, entrée en vigueur le 20 février 1977, art. 7. Voir également les conventions étudiées par Douglas Kash : *Convention pour la répression d'actes d'illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental*, 27 I.L.M. 685, 10 mars 1988, art. 3-5; *Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*, 27 I.L.M. 668, 10 mars 1988, art. 7(4-5) et 10. L'usage de la compétence universelle dans la poursuite des terroristes est, entre autres, la solution défendue par Pierre-Olivier MARCOUX, « La lutte au terrorisme international par le Canada : Panopticon ou Banopticon? », (2006) 11(1) *Lex Electronica* 1-45, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.lex-electronica.org/articles/v11-1/marcoux.htm> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

pour la libération du peuple sud-africain contre l'esclavagisme et la corruption du système politique (*Suresh*, par. 95).

Cependant, la Cour a omis toute référence aux événements des années 80 sur l'oppression des Tamouls au Sri Lanka et le *Black July* qui a incité la prise d'armes des Tigres et initié leur lutte contre le gouvernement nationaliste, encore aujourd'hui en place¹³³⁴. Cette section explore les motifs qui ont encouragé un tel laxisme de la part de la Cour en trois développements. Le premier et le deuxième arguments portent sur le contexte méconnu du terrorisme qui a engendré une distorsion de la rationalité des prémisses retenues par les juges (point i et ii). Le troisième et dernier raisonnement est une conséquence d'un premier examen, soit l'admission en droit d'une preuve indirecte de la menace justifiant l'intervention étatique (point iii).

i) La protection de la population canadienne contre une « guerre » méconnue – le terrorisme, un concept politique trop englobant en l'absence d'une définition juridique

La nature politique d'un crime commis a une répercussion primordiale dans la détermination du statut de réfugié. Le terrorisme est — nous insistons — un acte condamnable au même titre que des exactions commises contre des populations civiles ou des collectivités minoritaires à cause de leurs différences raciales, culturelles ou religieuses. Le droit des réfugiés se trouve à l'intersection du droit international pénal et du droit humanitaire, puisqu'il tente de protéger les victimes de persécution politique, sociale, religieuse, raciale ou ethnique, tout en excluant les bourreaux et les responsables des exactions¹³³⁵. L'acte de terrorisme est généralement une forme radicale de contestation politique ou religieuse, en réponse souvent, mais pas toujours, à une autorité autoritaire et oppressante qui n'accepte pas l'existence d'un groupe minoritaire. C'est du moins le cas pour le Sri Lanka et les Tigres¹³³⁶. Il nous semble opportun de rappeler les propos

¹³³⁴ Voir, par exemple, la condamnation de Harper contre la destitution de la juge en chef de la cour suprême du Sri Lanka en janvier 2013, dans AGENCE FRANCE-PRESSE, « Sri Lanka : Ottawa critique la destitution de la juge en chef », *Radio-Canada*, 14 janvier 2013.

¹³³⁵ L'Introduction générale dresse l'historique de l'adoption de la *Convention relative au statut des réfugiés* et les circonstances dramatiques dans lesquelles s'est construit le droit des réfugiés. Son évolution et la nécessité de préserver ce droit encore aujourd'hui démontre que les choses ont peu changé depuis la deuxième guerre mondiale. Voir l'Introduction générale, à la sous-section 0.1.1.

¹³³⁶ Dans le cas du Sri Lanka, voir l'article très éclairant de Sharryn J. AIKEN, « Manufacturing "Terrorists": Refugees, National Security and Canadian Law (Part 2) », (2001) 19 (4) *Refugee* 116-133, aux pp. 122-123.

du Pr. Ben Saul sur la définition du terme terroriste et l'exigence de neutralité dans le choix des termes, sans toutefois tomber dans la généralité :

“If the law is to admit the term [terrorism], advance definition is essential on grounds of fairness, and it is not sufficient to leave definition to the unilateral interpretations of States. Legal definition could plausibly retrieve terrorism from the ideological quagmire, by severing an agreed legal meaning from the remainder of the elastic, political concept. **Ultimately it must do so without criminalizing legitimate violent resistance to oppressive regimes – and becoming complicit in that oppression.**”¹³³⁷ [Nous soulignons.]

La qualification d'un groupe terroriste, tel qu'étudié au deuxième chapitre, dépend de facteurs géopolitiques au cadre flou et appartient à une logique très aléatoire. Dans le cas du Sri Lanka et des LTTE, les activités de financement sont jugées criminelles puisqu'elles contribuent à « l'effort de guerre » du groupe des belligérants. En effet, sans soutien financier de la diaspora tamoule et d'autres contributions occidentales, les Tigres n'auraient jamais pu s'insurger aussi fortement et longuement qu'ils ont fait. Il faut toutefois être très prudent lorsqu'il s'agit de financement des Tigres qui, comme il a été relaté au deuxième chapitre, ont forcé beaucoup de Tamouls à verser des droits de passage ou à assurer la protection pour remplir les caisses rebelles. M. Suresh se positionne clairement dans la catégorie de participant actif, puisqu'il organisait des levées de fonds pour le compte du *World Tamil Organisation*, activités qu'il n'a pas contestées.

Son objectif, indique M. Suresh, était d'offrir un soutien contre l'oppression gouvernementale contre les Tamouls. Cet argument est repris dans le jugement de la Cour, lorsqu'il s'agit de déterminer le droit à la libre expression et association pour M. Suresh. À notre avis, cet argument porte le débat sur une mauvaise piste et devrait plutôt se concentrer sur la démystification de la politisation d'un conflit et sa polarisation entre les nations occidentales qui se sont rangées pour ou contre les États-Unis et les buts politiques poursuivis par les modérés d'une faction jugée dangereuse. La définition du terrorisme ne permet néanmoins pas cette réflexion. Pourtant la distinction des enjeux géopolitiques dans le contexte d'une demande de réfugié provenant d'un conflit armé est cruciale et détermine l'issue de la demande.

Dans *Suresh*, la Cour aborde le concept du terrorisme à travers les critères de l'imprécision inconstitutionnelle : « (1) [la loi imprécise] ne prévient pas raisonnablement les personnes

¹³³⁷ Ben SAUL, « Defining 'Terrorism? To protect human rights », in *Sydney Law School Legal Studies*, Research Paper no. 08-125, 2008, p. 11.

auxquelles elle pourrait s'appliquer des conséquences de leur conduite; (2) elle ne limite pas convenablement le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi »¹³³⁸ En d'autres termes, pour se conformer à la *Charte*, le concept de danger et de terrorisme doit prévenir « raisonnablement les personnes susceptibles d'être visées par la disposition des conséquences que pourrait avoir leur conduite, tout en limitant convenablement le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi. »¹³³⁹ Les juges de la plus haute instance concluent en faveur du gouvernement et entérinent ainsi la conclusion du juge Robertson sur la nature suffisamment précise des termes « danger pour la sécurité » et « terrorisme ». Toutefois, le raisonnement de la Cour se distingue de l'argumentation du ministère et des critères avancés par le juge de première instance¹³⁴⁰.

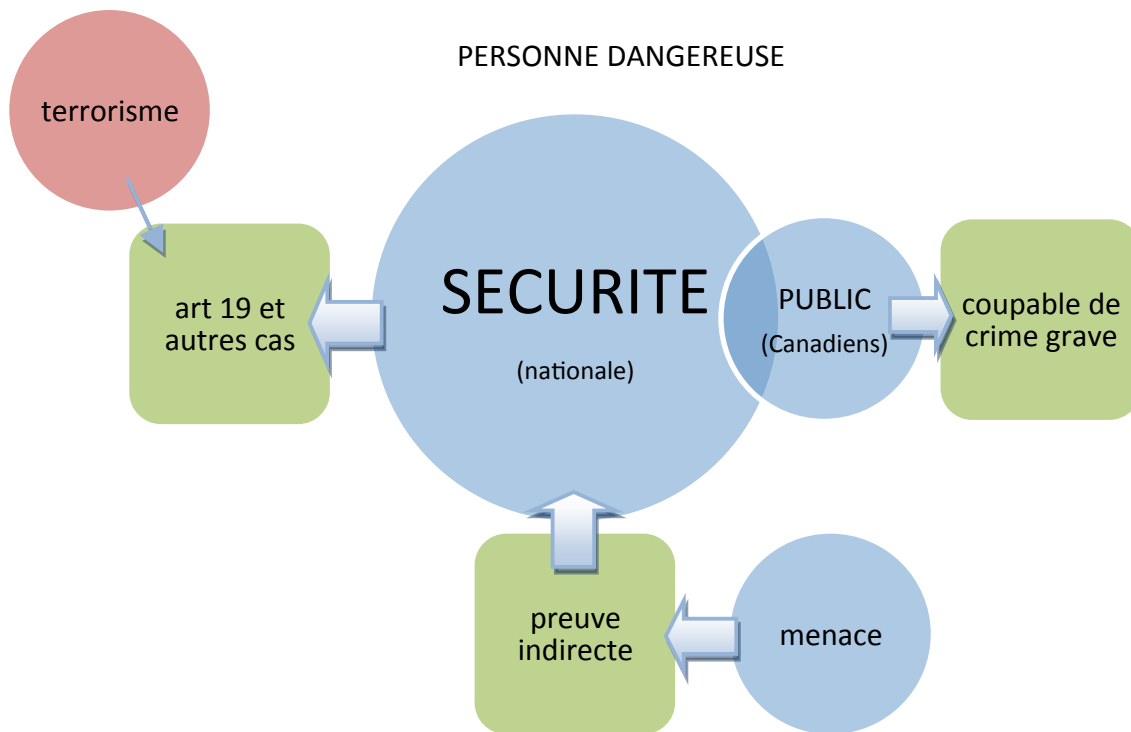
Le tableau suivant schématise les éléments constitutifs du danger tels qu'interprétés par la Cour :

¹³³⁸ *Suresh*, par. 81. C'est le jugement *R c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 qui définit les critères de l'imprécision d'une règle de droit au point d'être inconstitutionnelle.

¹³³⁹ *Suresh*, par. 92.

¹³⁴⁰ Le juge Robertson proposait de se pencher sur le « degré d'association ou de complicité » de l'individu auprès de l'organisation terroriste pour conclure sur le danger que représente cette personne. Dans une telle approche, il ne s'agit pas de savoir si le terme « danger pour la sécurité » est imprécis, mais de déterminer factuellement quelles sont les activités et des liens de l'étranger avec une organisation jugée par le Canada de terroriste. Voir les paragraphes 56 à 64 de la décision de première instance.

Figure 9: Distinction entre le danger pour la sécurité et le danger pour le public



Une personne est jugée dangereuse par le ministère de la Sécurité publique lorsqu'elle représente un danger pour la SECURITE du pays ou un danger pour le PUBLIC. La loi fait une distinction entre le Canada comme nation et les Canadiens comme personnes humaines à protéger. Ces notions renvoient aux fondations constitutives des États, c'est-à-dire au territoire et à la population. Comme détaillés précédemment, les articles 34 à 39 de la *LIPR* régissent les personnes dangereuses pour la sécurité et pour le public¹³⁴¹. La Cour souligne justement la difficulté de définir ces notions (*Suresh*, par. 85) et reconnaît le chevauchement entre la sécurité du Canada et la protection du public (*Suresh*, par. 84). Dans les deux cas, la personne doit constituer une MENACE.

La déclaration de culpabilité d'un crime grave prévu par le *code criminel* canadien limite la portée du danger pour le public. En effet, l'article 36 exige une condamnation définitive pour la commission d'un crime sérieux, sur le territoire canadien¹³⁴². Cette reconnaissance judiciaire de la culpabilité de l'étranger rejoint la nécessité d'une culpabilité du réfugié d'un délit particulièrement

¹³⁴¹ Au moment du jugement, il s'agissait des articles 19 et 53 de la *Loi sur l'immigration de 1985* qui définissaient le danger pour la sécurité et pour le public. Ces notions sont sensiblement les mêmes, voir au troisième chapitre, à la sous-section 3.2.2.

¹³⁴² A l'époque de l'affaire *Suresh*, il s'agissait de l'article 19 de la *Loi sur l'immigration de 1985*.

grave afin de le renvoyer. Cette obligation prévue au paragraphe 33(2) de la *Convention relative au statut des réfugiés* fait défaut dans les cas des dangers pour la sécurité qui ne prévoit aucun procès ou condamnation : « [l']interprétation de l'expression « danger pour la sécurité du Canada » préconisée par le gouvernement a pour effet de contourner l'exigence édictée par le par. 33(2) de la *Convention...* » (*Suresh*, par. 84)¹³⁴³.

ii) Des raisons fondées sur des logiques contraires à l'interprétation du droit pénal et des droits de la personne

Dans le contexte ci-dessus décrit, on peut s'interroger si la Cour favorise l'interprétation du gouvernement, puisque le jugement reste silencieux sur le respect de la *Convention relative au statut des réfugiés* pour les étrangers menaçant la sécurité du Canada. En effet, il semble que l'insistance des juges pour une « approche large et souple » dans la définition du danger pour la sécurité entérine la position gouvernementale. Il s'ensuit que la menace que constitue un individu pour la sécurité doit s'interpréter à la lumière de la réalité géopolitique et du droit international public en matière de terrorisme et plus largement de sécurité.

Ce laxisme vaut dans les cas de renvoi des étrangers, et dans le cas de l'article 115 de la *LIPR*, le retour des réfugiés vers la torture : « Ces réserves exprimées, nous convenons que, dans le contexte des dispositions régissant l'expulsion, il faut interpréter l'expression « danger pour la sécurité du Canada » d'une manière large et équitable, et en conformité avec les normes internationales. »¹³⁴⁴ Cette étonnante affirmation contrevient à toute philosophie interprétative du droit criminel et du droit des droits de l'homme. En effet, la restriction des droits d'une personne doit être justifiée. Le droit criminel exige une justification afin d'assurer une garantie efficace des droits de la défense. Le régime des droits de l'homme admet la limitation seulement si elle répond à un intérêt important et si les objectifs poursuivis sont proportionnels à l'atteinte minimale des droits

¹³⁴³ Cette lecture est en effet conforme avec l'intention des États au moment de la rédaction de la Convention, voir les commentaires rapportés par Grahl-Madsen sur la position de la Grande Bretagne, qui a soutenu le projet de l'article 32, dans UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Commentary on the Refugee Convention 1951, Articles 2-11, 13-37*, by Atle Grahl-Madsen, published by the Division of International Protection, 1997, pp. 100 et ss. Les commentaires sont disponibles à l'adresse URL suivante : <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4785ee9d2.pdf> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹³⁴⁴ *Suresh*, par. 85.

en question¹³⁴⁵. L'admission d'une interprétation large du concept de « danger pour la sécurité » contrevient précisément à cette logique exprimée dans les deux branches du droit en cause.

En citant les travaux préparatoires de la *Convention relative au statut des réfugiés*, les juges cherchent à comprendre l'intention des États au moment de sa rédaction. L'intersection entre la reconnaissance du statut de réfugié et la fuite de criminels de guerre sous couvert de demande d'asile a été soulignée précédemment, surtout dans le contexte de la Seconde Guerre Mondiale. En plus des criminels de guerre, il fallait également penser aux espions et à la Guerre froide. Les rédacteurs conscients de cette réalité écrivent qu'il « est inévitable que, parmi tous les réfugiés, certains soient tentés de se livrer à des activités pour le compte d'une puissance étrangère contre le pays qui leur accorde l'asile, et il serait déraisonnable de s'attendre à ce que le pays d'accueil ne prenne pas de mesures pour se prémunir contre une telle éventualité » (*Suresh*, par. 86).

Afin d'établir le lien entre le refoulement d'un réfugié dans son pays d'origine et le danger qu'il représente pour des motifs de sécurité nationale, la Cour cite A. Grahl-Madsen, commentateur des travaux et de la *Convention relative au statut des réfugiés*. Grahl-Madsen reprend la définition classique de la sécurité en les regroupant comme tous actes graves : « that threatens a country's sovereignty, independence, territorial integrity, constitution, government, external peace, war potential, armed forces or military installations may be construed as a threat to the national security »¹³⁴⁶ (*Suresh*, par. 86). Il est intéressant de souligner la nature variable du concept, comme le précisait déjà Grahl-Madsen, lorsqu'il citait Bourquin :

« In this connection it may be well to remember Bourquin's words "La distinction entre les intérêts essentiels (that is to say those implied in the concept of 'national security') et les autres est plus ou moins arbitraire et nécessairement mouvante. Elle varie suivant les époques et les milieux; elle dépend de la forme du gouvernement et des idées régnantes; elle peut se modifier selon les circonstances et prendre, par exemple en temps de guerre ou de crise aiguë, une consistance toute différente de celle qu'elle possède en temps de paix. **Mais, quelles que soient les fluctuations de**

¹³⁴⁵ Dans le cadre du droit constitutionnel canadien, l'affaire *Oakes* décrit le test de l'article premier de la *Charte* qui prévient la restriction des droits fondamentaux. Voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

¹³⁴⁶ Voir UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Commentary on the Refugee Convention 1951, Articles 2-11, 13-37*, by Atle Grahl-Madsen, published by the Division of International Protection, 1997, p. 104. Les commentaires sont disponibles à l'adresse URL suivante : <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4785ee9d2.pdf> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

son contenu, cette distinction est faite partout et repose d'ailleurs sur un fondement logique. » [Nous soulignons.]¹³⁴⁷

En effet, bien que la Cour ne trouve pas imprécise l'expression « danger pour la sécurité » au point d'être inconstitutionnelle, les juges s'accordent pour convenir de la difficulté de la définir, puisque la sécurité s'appuie essentiellement sur les faits et la politique « au sens large » (*Suresh*, par. 85). Selon la Cour, la difficulté de définir les paramètres factuels et géopolitiques et donc de définir le danger pour la sécurité nationale justifie une approche flexible et libérale et une retenue judiciaire plus grande (*Suresh*, par. 85). Cette conclusion conforte la position de la Cour, mais elle masque un malaise des juges dans l'établissement des faits. En effet, il est surprenant de constater l'absence d'analyse factuelle dans *Suresh*, alors que les faits sont cruciaux dans les enjeux sécuritaires liés au terrorisme¹³⁴⁸. Il est vrai que la Cour se fonde sur la conclusion de l'agent d'immigration sur la possibilité réelle de risque de torture de M. Suresh, néanmoins la décision se limite à des généralités lorsque les juges abordent la question de la sécurité nationale. *Ce fondement logique*, sur lequel insistent Bourquin et Grahl-Madsen, doit puiser dans la rationalité des prémisses et doit se méfier du miroitement des dangers potentiels qui ne sont que des baromètres servant quelque machination politique, souvent alimentée par le lobby militaire ou peut-être même pour protéger une économie en déclin.

En écartant l'analyse factuelle de *Suresh* et en ne mettant pas en pratique leurs observations sur la sécurité nationale au cas du Sri Lanka, les juges ont permis une latitude plus grande à l'exécutif canadien et aux ministères impliqués en immigration et en matière de renvoi. Nous sommes portés à croire qu'en dépit du lien direct, il doit exister un lien de pertinence entre les activités du présumé terroriste et la sécurité du Canada pour que la décision de renvoyer un réfugié soit raisonnable.

iii) Diminution de la protection offerte aux réfugiés par l'adoption du critère de preuve indirecte au lieu de la preuve directe exigée par le droit international – une confusion sémantique entre menace et sécurité

¹³⁴⁷ Voir UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Commentary on the Refugee Convention 1951, Articles 2-11, 13-37*, by Atle Grahl-Madsen, published by the Division of International Protection, 1997, p. 104. Les commentaires sont disponibles à l'adresse URL suivante : <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4785ee9d2.pdf> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹³⁴⁸ Voir le mémoire de maîtrise d'Andréane JOANETTE-LAFLAMME, *La puissance des faits qui sont tus : la Cour suprême du Canada et l'expulsion vers la torture*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, août 2009.

La Cour n'exige plus une preuve directe lorsqu'un étranger représente une menace à la sécurité. Ce changement doit être souligné puisqu'il participe à la diminution de la protection offerte aux réfugiés¹³⁴⁹. Le droit international reconnaît la nécessité d'une preuve qui soit directe quant au danger précis pour la sécurité du pays hôte. En effet, le droit impose toujours à l'État de « prouver l'existence d'un lien entre les activités terroristes et la sécurité du pays qui procède à l'expulsion » (*Suresh*, par. 86)¹³⁵⁰. Concrètement, la preuve ministérielle doit impliquer que les activités de financement de M. Suresh auprès des Tigres devaient mettre en danger la sécurité du Canada. Ce qui n'est pas le cas, puisque les rebelles Tamouls, jusqu'à leur extermination en 2009, n'avaient pas comme cible le Canada, mais bien le gouvernement sri lankais et la population majoritaire. Cependant, est-il possible de croire qu'une tragédie comme *Air India* pouvait se reproduire ? Les sources publiques à ce sujet semblent inexistantes et aucune attaque en territoire canadien ou sur des Canadiens n'était annoncée ou envisagée à partir du Sri Lanka.

Le droit international n'autorise pas le renvoi vers la torture, ni selon la *Convention contre la torture*, ni selon la *Convention relative au statut des réfugiés*. Il est vrai que le refoulement est permis au paragraphe 33(2) pour les réfugiés menaçant la sécurité, mais le respect de l'interdiction absolue du renvoi vers la torture prévu à la *Convention contre la torture* devrait prévaloir. L'État peut, selon le paragraphe 33(2) prendre des « mesures nécessaires pour se prémunir » d'un individu dangereux. Des alternatives au renvoi vers la torture existent : détention, renvoi dans un pays tiers. Nous sommes d'avis que le critère de la preuve directe devrait être maintenu surtout dans le contexte du terrorisme. Toutefois, la preuve et la menace doivent être distinguées et la preuve directe peut viser une menace indirecte, ce qui semble être souvent le cas dans les activités terroristes.

Il est incontestable que la sécurité nationale est du ressort de l'exécutif qui doit, pour pouvoir opérer, avoir une certaine latitude et pouvoir réagir sans contrainte en cas d'atteinte au territoire ou à sa population. Toutefois, on peut contester la qualification des événements du 11 septembre sur les plans politique et juridique. Parler d'une « guerre contre le terrorisme » (« war on terror ») lance un message diplomatique et médiatique très puissant. Il s'agissait certes d'un crime à

¹³⁴⁹ Voir également l'ouvrage intéressant d'Emilie GRENIER, *Le Canada face au terrorisme*, Paris, Harmattan, pp. 151 et ss.

¹³⁵⁰ Voir entre autres James Hathaway dans James HATHAWAY and Colin HARVEY, « Framing Refugee Protection in the New World Disorder », (2001) 34(2) *Cornell International Law Journal* 257, pp. 289-290. Voir également James HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

grande échelle, spectaculaire, mais d'aucune manière ces actes ne constituaient un crime de guerre. La comparaison devait être faite avec l'attentat contre le vol 182 d'*Air India* et non avec une activité militaire. Il ne s'agit ni de conflit armé, ni d'une troisième guerre mondiale : la sécurité nationale des États-Unis, mesurée à l'aune de sa suprématie militaire, n'a jamais été mise en cause par une vingtaine d'hommes armés de cutters. Les États-Unis ont certainement vécu un traumatisme politique important, mais l'aspect spectaculaire de l'attentat ne devrait pas faire perdre le sens des proportions : des génocides faisant infiniment plus de victimes et portant atteinte à la structure même de l'État n'ont pas eu le même impact géopolitique sur la scène internationale et sont restés une réalité lointaine.

La faculté de percevoir des impôts, le pouvoir militaire et la gestion de l'immigration sont les assises étatiques qui permettent la protection d'une nation. L'existence d'une menace et sa gravité n'autorise l'exécutif à imposer un état d'urgence que dans la mesure où le danger est réel et rapproché. Il est juste de dire que la menace peut être indirecte mais la preuve doit reposer sur des renseignements concrets, fiables et certains. En ce sens, dans tous les cas, la preuve doit être directe, même si la menace peut être indirecte, surtout lorsqu'interviennent des actes terroristes. Les services de renseignements n'ayant pas la faculté ou les ressources de couvrir le monde entier, la défense doit entretenir des liens étroits avec ses alliés. Si, pour des motivations politiques, un allié tente de diriger l'information en faveur de ses convictions politiques, il devient extrêmement difficile de discerner la véracité de la menace.

Cette déférence pour l'exécutif en matière de contrôle de la sécurité affecte nécessairement les critères de contrôle judiciaire d'une décision en immigration, laissant plus de latitude au ministère lorsqu'il s'agit de renvoyer un réfugié dans son pays d'origine. Tel que précisé lors de l'analyse de la discrétion ministérielle, la relecture des critères retenus dans l'arrêt *Baker* a pour effet de diminuer les exigences autrefois imposées par la Cour suprême en dotant le ministre et ses fonctionnaires d'une discrétion accrue. La corrélation entre une réinterprétation des textes internationaux sur la protection des droits de la personne en faveur de l'État et les événements du 11 septembre est explicitée par la Cour dans son jugement, au paragraphe 87 : « Il faut interpréter les conventions internationales en tenant compte de la situation actuelle. On a peut-être déjà pu

avancer, logiquement, que les actes de terrorisme dans un pays ne touchaient pas nécessairement les autres pays, mais pareille affirmation n'est plus possible depuis 2001. »¹³⁵¹

Dans les paragraphes qui suivent, on constate une confusion entre la menace et la preuve requise. L'interprétation large que fait la Cour des conventions internationales pour permettre la preuve indirecte, une preuve amoindrie, semble se confondre avec la possibilité d'une menace indirecte. La preuve en matière de sécurité nationale est généralement constituée de renseignements provenant des services secrets et de l'espionnage, en plus des communications interétatiques sur le plan de la défense entre alliés¹³⁵². La menace, quelle qu'elle soit, doit être imminente et réelle et, surtout, la menace doit s'appuyer d'une preuve concrète à partir de renseignements fiables et de sources crédibles¹³⁵³. À ce sujet, le Pr. Tremblay apporte des précisions éclairantes sur la rationalité des prémisses fondant les jugements factuels et juridiques en matière de sécurité :

Il existe des cas où la maxime *mieux vaut prévenir que guérir* trouve son application. Cependant, dans ce type de situation, la mesure gouvernementale doit être soutenue par un raisonnement distinct. Sa justification doit résider dans le fait que, dans tel cas précis, même si l'une des considérations pertinentes est douteuse, il est désirable d'agir. La force de cette justification dépend de considérations distinctes, évaluables dans le contexte, tel le mal dont pourrait souffrir la communauté en l'absence d'action préventive. Dans de telles circonstances, on pourrait croire que les tribunaux font preuve de déférence à l'égard du législateur au sens de la théorie du fondement rationnel. Ce serait une erreur. **En pratique, chaque prémisse de ce raisonnement distinct devrait aussi être acceptable.** Par conséquent, la prémisse évaluative énonçant que, « compte tenu de *telle* finalité urgente et réelle et compte tenu de *tel* jugement de fait douteux, il est désirable d'agir » **devrait être établie avec un degré suffisant de probabilité. Il devrait être démontré qu'il existe de bonnes raisons d'agir même si la situation est douteuse.** » [Nous soulignons.]¹³⁵⁴

La Cour parle de l'existence d'une « possibilité réelle et sérieuse d'un effet préjudiciable au Canada » (*Suresh*, par. 88). Encore faut-il établir la présence de ce préjudice et comprendre l'action

¹³⁵¹ *Suresh*, par. 87.

¹³⁵² Étant donnée la nature hautement secrète de la preuve et des renseignements entourant les questions de sécurité nationale, il est très difficile de trouver des exemples concrets, bien qu'il soit possible de déduire la source et le type de preuve qui soutiennent les dossiers de sécurité. Nous avons trouvé à la fois pertinent et éclairant l'ouvrage de Jonathan White sur l'examen des stratégies américaines au lendemain du 11 septembre et le déploiement des forces policières et militaires dans la poursuite des suspects terroristes. Lire Jonathan R. WHITE, *Terrorism and Homeland Security*, Belmont, Wadsworth Publishing Co, 2013.

¹³⁵³ Voir en particulier le rôle des médias dans la construction de la peur et des fausses conceptions sur les menaces ambiantes provoquées par les actions terroristes, Jonathan R. WHITE, *Terrorism and Homeland Security* (Eight ed.), Belmont, Wadsworth Publishing Co, 2013, chap. 4 « Terrorism and Media », pp. 86-108.

¹³⁵⁴ Luc B. TREMBLAY (2002), p. 290.

des groupes terroristes afin d'en évaluer la portée. Cette évaluation ressort sans aucun doute de l'expertise des fonctionnaires impliqués dans la défense du pays. Accorder l'exercice d'un champ trop large et sans balise risque de permettre l'inflation d'une surcriminalisation de toutes les activités jugées dangereuses pour le pays et dans d'autres pays¹³⁵⁵. La probabilité et la justification légitime de l'action de l'État doit être particulièrement appuyées, surtout en matière de sécurité nationale, afin de ne pas tomber dans un système dicté par la puissance sécuritaire ou obnubilé par l'obsession sécuritaire¹³⁵⁶.

Le seul critère relevé pertinent selon les juges porte sur la gravité de la menace (*Suresh*, par. 89). La Cour trouve raisonnable l'évaluation de la dangerosité d'un réfugié, lorsque la menace est *grave*, c'est-à-dire qu'elle repose « sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve, et en ce sens [...] le danger appréhendé doit être sérieux, et non pas négligeable. » (*Suresh*, par. 90). La Cour décrit le contexte mouvant et international du terrorisme. Fortement, imprégnée par l'actualité du 11 septembre, les juges se rapportent aux notions de sécurité telles qu'élaborées dans les années 90, alors que le terrorisme sévissait en Europe, particulièrement en Angleterre et au Pays Basque¹³⁵⁷.

La Cour reprend quatre critères qui, selon elle, autorisent une interprétation libérale des restrictions aux droits de la personne et qui justifieraient le renvoi vers la torture dans des cas extraordinaires (*Suresh*, par. 88). Ces critères sont fondés sur la nature même du phénomène du terrorisme : 1. la présence et la sophistication des réseaux mondiaux de collectes de fonds et des transports ; 2. la disparition des frontières et les cibles internationales ; 3. l'existence de menaces immédiates et futures ; 4. l'effort coalisé de la lutte contre le terrorisme. Ces préoccupations ne sont toutefois pas une nouveauté sur la scène internationale et dans le domaine de la sécurité¹³⁵⁸ : dans le

¹³⁵⁵ Voir la réflexion avancée dans la première partie de ce chapitre au sujet du phénomène de *overcriminalisation* du Pr. Stunz dans William J. STUNZ, "The Pathological Politics of Criminal Law", (2001) 100 *Mich. L. Rev.* 505-611, p. 507.

¹³⁵⁶ Le pr. Tremblay rappelle la période noire américaine du *Lochner era* et des mesures prises sous le vocable de *police power*, afin d'assurer la sécurité publique, voir Luc B. TREMBLAY (2002), p. 316.

¹³⁵⁷ Pour un rappel sur la notion de la sécurité prévalant dans les années 90, voir le premier chapitre, à la sous-section 1.2.3. Voir également l'étude exhaustive de Jonathan R. White sur les origines du terrorisme et son évolution, en particulier sur les Basques Jonathan R. WHITE, *Terrorism and Homeland Security*, Belmont, Wadsworth Publishing Co, 2013, pp. 146-150.

¹³⁵⁸ On n'a que regarder la prolifération des accords internationaux sur la prévention des conflits armés nationaux et internationaux, ainsi qu'en matière de défense. À ce sujet voir l'évolution du concept sécuritaire depuis les 50 dernières années dans l'Introduction générale, la sous-section 0.1.1.

contexte de mondialisation, phénomène déjà pressenti dans les années 80, notre sécurité dépend de celle des autres.

À ce sujet, l'étude de la Guerre Froide nous enseigne sur les coalitions et la polarisation du monde afin de préserver la sécurité en Occident¹³⁵⁹. La course à l'armement nucléaire interpelle également sur l'anéantissement des frontières et d'une protection nationale qui n'est plus confinée aux tracés frontaliers. Sans amoindrir la gravité des événements du 11 septembre, il faut les interpréter dans le contexte historique et ne pas se méprendre sur leur nouveauté la seule nouveauté fut qu'ils se sont produits aux États-Unis et ont donc fait naître un grand sentiment d'insécurité au sein de la population américaine. C'est la possibilité d'une violation du territoire américain qui a ébranlé toute l'Amérique du Nord. Le phénomène du terrorisme n'est cependant pas nouveau, même si l'atteinte de civils en plein cœur du capitalisme américain constitue tristement une nouveauté.

Le crime de terrorisme formulé en termes trop généraux viserait des activités politiques et ne ferait aucune distinction entre activistes et terroristes. Il semble en effet que la qualification de l'acte terroriste l'emporte sur toute protection, quelle que soit le contexte politique dans le pays d'origine. En d'autres termes, si un État condamne la partie belligérante au conflit et donne son soutien à un gouvernement en place, en dépit des exactions commises par ce dernier, la partie opposée et leurs combattants n'auront droit à aucune protection. Les cas de financements ou des appuis moraux ou encore des membres de factions n'utilisant pas la force constituent des cas limites, mais tous seront expulsés au même titre que les opposants radicaux. La position politique et internationale du Canada devient donc déterminante dans la qualification du caractère criminel d'un individu. La *nature non violente* des activités de M. Suresh semble avoir favorisé le réexamen de son dossier par le ministre et la levée de son renvoi¹³⁶⁰, c'est du moins le résultat recherché par les juges qui n'étaient pas disposés dans le cas de *Suresh* d'en faire un cas exceptionnel où le renvoi vers la torture serait justifié¹³⁶¹.

¹³⁵⁹ Consulter le premier chapitre pour une compréhension des enjeux géopolitique de l'époque de la Guerre Froide et son incidence sur la protection des réfugiés, à la sous-section 1.2.3.

¹³⁶⁰ Nous ne sommes pas en mesure de savoir si M. Suresh est toujours au Canada. Il semble qu'il n'ait fait l'objet d'aucune mesure d'expulsion encore aujourd'hui, probablement à cause des risques de torture qui subsistent au Sri Lanka contre les collaborateurs des Tigres. Pour plus de détails sur cette question, voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.1.

¹³⁶¹ La Cour reprend les observations de l'agent d'immigration qui affirme que les activités de M. Suresh « étaient de nature « non violente » », *Suresh*, par. 16.

Quoiqu'il en soit de la définition du terrorisme et de ses acteurs, le droit des réfugiés, et plus particulièrement l'interprétation jurisprudentielle de la *Convention relative au statut des réfugiés*, sert de référence sur l'interdiction des personnes se livrant au terrorisme. Cette jurisprudence fut développée avant les événements du 11 septembre 2001, en particulier dans les années '80 et '90. On peut se surprendre du silence complet de la Cour sur ces outils d'interprétation juridiques disponibles au moment de la décision. Il convient de s'attarder aux exclusions prévues par la *Convention relative au statut des réfugiés*, en particulier les actes contraires aux buts et aux principes des Nations Unies (article 1F(c)). Par ailleurs, la *Convention* est sensible aux enjeux politiques entourant certaines revendications qui ne doivent pas soustraire la protection offerte par la *Convention*, seulement dans la mesure où la personne menace la sécurité nationale.

Sous-section 4.1.2 Les exclusions prévues par la Convention relative au statut des réfugiés: repères jurisprudentiels et outils interprétatifs pour la définition de la criminalité dangereuse et prévention contre l'impunité des criminels transnationaux

Les événements terroristes du *World Trade Centre* sont venus renforcer l'orientation sécuritaire des politiques d'immigration. Pourtant, en 1985, la tragique explosion du vol *Air India*, comparable en nature aux actes posés du 11 septembre, n'eut pas la même incidence sur le Canada et sa population¹³⁶². En 2001, la cible de New York et de Washington a provoqué une réponse musclée et abusive du gouvernement américain contre l'Afghanistan¹³⁶³.

Certains discours politiques laissent entendre que les terroristes peuvent pénétrer le pays en se réclamant de la protection de la *Convention relative au statut des réfugiés*¹³⁶⁴. Les États-Unis ont

¹³⁶² Voir le deuxième chapitre sur les réactions du gouvernement indien et canadien, à la sous-section 2.2.3, au point i). Après un long procès, la preuve insuffisante de la couronne a fait conclure en un acquittement des terroristes sikhs. Le gouvernement libéral a mis sur pied une commission d'enquête pour comprendre les failles administratives du fonctionnement interne de la poursuite fédérale. Pour plus de détails voir également l'Introduction générale, au point ii).

¹³⁶³ Les États-Unis ont répondu à la tragédie du 11 septembre par une attaque en règle contre l'Afghanistan et les Talibans en faisant fi toutefois du droit international de la légitime défense et de l'autorité du Conseil de sécurité. Pour une brève analyse sur la notion d'agression et de légitime défense dans la réaction aux événements du 11 septembre, voir Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, tome 297, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 2003, pp. 344-349 [ci-après Pierre-Marie DUPUY (2003)].

¹³⁶⁴ Les conflits armés sont souvent la source de la fuite des réfugiés, des rebelles et des agents gouvernementaux responsables d'exactions.

également accusé le Canada devenir une passoire pour les criminels¹³⁶⁵. Le visage du réfugié, déjà terni par l'association du mensonge, porte maintenant l'étiquette du criminel, et pas n'importe quel criminel, pas le petit criminel de quatre sous, le crève-faim de Victor Hugo, mais bien le pire de tous dans l'image populaire : le terroriste fondamentaliste religieux, ennemi à combattre et à éliminer.

Tel que souligné précédemment, le terrorisme n'est pas un phénomène nouveau et soutient souvent une charge fortement politique. Il est évident que la *Convention relative au statut des réfugiés* fut habilement construite sur la prévention contre l'impunité de criminels, puisqu'elle est née des suites de la Deuxième Guerre Mondiale¹³⁶⁶. L'intention y est clairement affirmée : protéger ceux et celles qui sont persécutés, parce que ces personnes endossent des convictions politiques ou religieuses différentes de l'autorité en place¹³⁶⁷. L'interprétation de la *Convention* ne peut qu'adopter cette logique, mais elle doit également soupeser la gravité des actes commis et les conséquences du renvoi de la personne¹³⁶⁸. Pour reprendre les propos de Sir Gunther Plaut au moment de la mise en œuvre de la Commission sur l'immigration et le statut de réfugié, la loi sur l'immigration :

“ [...] should be made more flexible so that the seriousness of the offence may be compared with the seriousness of the persecution feared. If a refugee faces torture and death, presumably the crime committed would have to be very grave to exclude him/her from protection. Our law should state that some offences are political and do not exclude the refugee from the benefits of the Convention. International case law will assist the RB [Refugee Board] to determine when this applies. It is therefore recommended that the provisions relating to criminality and refugee protection under the Immigration Act be amended to provide for an exception for political crimes, and that Article 1Fb) be made an exclusion clause to be applied like the other exclusion clauses by the RB at a refugee hearing; and that the RB, when applying this exclusion, be given

¹³⁶⁵ Voir Sophie DORAIS, « Les contrôles migratoires au Canada: le triomphe du discours sécuritaire et néolibéral », (2006) 3(1) *AmeriQuests* 1-23. Article disponible à l'adresse URL suivante: www.ejournals.library.vanderbilt.edu/ameriquests/viewissue.php?id=7 (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹³⁶⁶ Voir Introduction générale sur la rédaction de la *Convention relative au statut des réfugiés* dans les années 50, à la sous-section 0.1.1 au point i).

¹³⁶⁷ UNITED NATIONS OF THE HIGH COMMISSION FOR REFUGEES, “Addressing Security Concerns Without Undermining Refugee Protection, UNHCR’s Perspective”, Position Paper, 29 November 2001, par. 3 et 12.

¹³⁶⁸ Les exclusions n'admettent pas de prépondérance des risques entre les actes commis et le risque de persécution. Toutefois, la mesure de renvoi qui découle de l'exclusion d'un demandeur d'asile débouté ne peut être exécutée s'il existe un risque de torture. Voir entre autres la procédure et les interprétations préconisées par le Haut-Commissariat aux réfugiés dans HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, « Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés », HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003.

discretionary power to determine whether the gravity of the offence is sufficiently serious to deny protection when balanced against the feared persecution”¹³⁶⁹

La perpétration des actes d’hostilité contre une population civile, au soutien d’une cause à l’origine légitime d’une collectivité en quête d’affranchissement ou de soulèvement contre la persécution qu’elle subit, s’apparente à la commission d’un crime de nature politique¹³⁷⁰. Les actes terroristes ont été clairement dénoncés tant au plan international que national (sous-section précédente). À notre avis, le financement des organisations dites terroristes, dont l’interdiction est discutable, se situe à la frontière de l’exclusion 1Fb) et 1Fc), c’est-à-dire le crime politique et les actes contraires aux buts poursuivis par les Nations Unies¹³⁷¹. Par conséquent, il faut évaluer la gravité des actes posés par l’organisation rebelle et le soutien effectif et réel à la commission de ces actes¹³⁷².

La solution réelle du problème ne se trouve pas tellement dans la mise en œuvre de la *Convention relative au statut des réfugiés*, comme par exemple dans le cas des Sikhs et des Tamouls. En effet, la vraie question est de savoir jusqu’à quel point les États demeureront silencieux devant la commission de crimes d’un gouvernement contre une minorité s’opposant à la dictature ou recherchant l’auto-détermination? Il ne faut pas croire que la réponse repose strictement sur des moyens militaires et que la diplomatie ne possède aucun caractère dissuasif. Les sanctions économiques sont celles qui ont souvent le plus d’écho, dans la mesure où elles sont mises en place suffisamment tôt et maintenues de façon constante. Toutefois, proposer des

¹³⁶⁹ Gunther W. PLAUT, *Refugee determination in Canada : a report to the Honourable Flora MacDonald, minister of Employment and Immigration*, Ottawa, LAC Catalogue, 1985, pp. 63-64.

¹³⁷⁰ L’Introduction générale traite des différentes notions de la sécurité et de la conscientisation durant la Guerre froide de la proximité du danger devant la menace de l’arme nucléaire qui peut frapper à tout moment et en tout lieu. Le terrorisme possède également cette caractéristique de l’anéantissement des frontières. Ce qui choque dans les événements du 11 septembre 2001, c’est la cible civile et les dommages indiscriminés de citoyens et hommes d’affaire dans l’effondrement des deux tours. Voir Introduction générale, à la sous-section 0.1.2.

¹³⁷¹ La difficulté du financement des groupes terroristes procède du caractère prospectif du risque que peut présenter une organisation qui n’est pas encore désignée terroriste. En droit canadien, les pouvoirs octroyés aux autorités mettant en application la Loi anti-terroriste sont très larges et importants. De l’autre côté, le recours aux tribunaux est fortement limité par la loi. Voir à ce sujet l’article de Kevin E. Davis relevant les failles des moyens mis en place pour combattre le financement du terrorisme dans Kevin E. DAVIS, « Cutting off the flow of funds to terrorists: Whose funds? Which funds? Who decides? », in Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH, *The security of freedom, Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, pp. 299-319. Voir également la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17 et la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.

¹³⁷² L’utilisation des exclusions de la *Convention* dans la gestion et le repérage des criminels est également une solution préconisée par James Hathaway et Colin Harvey, voir James HATHAWAY and Colin HARVEY, « Framing Refugee Protection in the New World Disorder », (2001) 34(2) *Cornell International Law Journal* 257-320.

solutions politiques, c'est s'exposer directement à la critique et à l'énumération de nombreuses tentatives infructueuses dans le passé. Hasardons-nous simplement à écrire que la concertation des puissances économiques vers le bien commun, à travers des moyens pacifiques, présentent une voie encore trop peu pratiquée et que le recours exclusif à l'usage de la force par le Conseil de Sécurité a fortement été remis en cause par la réponse militaire unilatérale des Américains en Afghanistan¹³⁷³.

Cette sous-section propose d'exposer les mécanismes déjà en place et proposés par le droit des réfugiés. L'interprétation des clauses d'exclusion 1Fb) et 1Fc) illustre les préoccupations des signataires au moment de l'adoption de la *Convention relative au statut des réfugiés* entre une demande d'asile fondée et la criminalité, qui exclut la possibilité d'une protection. Bien que les exclusions s'appliquent au moment de la demande d'asile, ce sont plutôt les articles 32 et 33 de la *Convention* qui régissent le renvoi, une fois le statut de réfugié octroyé. Toutefois, ces articles sont très vagues et ne présentent pas d'intérêt immédiat sur la portée du terrorisme, alors que développement jurisprudentiel des exclusions sous 1F est particulièrement éclairant sur la question du terrorisme et sa portée¹³⁷⁴. Dans le dossier *Suresh*, la participation financière au groupe rebelle, Tigres, de M. *Suresh* fut clairement identifiée et reconnue par celui-ci¹³⁷⁵. On pourrait penser qu'au moment de sa demande d'asile en 1991, M. *Suresh* aurait été exclu en vertu de l'article 1F(c) de la *Convention*. Bien que cette conclusion apparaisse valide à la lumière de la suite des événements et la fin du conflit en 1999, le mouvement indépendantiste et rebelle avaient encore la sympathie internationale, à la fin des années 80.

Quoi qu'il en soit de l'issue de M. *Suresh*, l'évolution de la jurisprudence des exclusions constitue, à notre avis, d'excellentes ressources juridiques pour délimiter la portée des actes de terrorismes dans le cadre de l'application du droit canadien en immigration. En effet, cette revue jurisprudentielle permet d'interpréter le contenu du danger que représente une personne : un cadre analytique à considérer dans la qualification de la criminalité dangereuse au sujet des

¹³⁷³ Voir L. CONDORELLI, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international? », (2001) 4 *RGDIP* 829-848.

¹³⁷⁴ Sur le recoupement des exclusions et du paragraphe 33(2) de la *Convention*, voir Goeff GILBERT, *7.1 Current issues in the application of the exclusion clauses*, Background Paper for the UNHCR expert roundtable discussion on exclusion organized as part of the Global Consultations on International Protection in the context of the 50th anniversary of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, January 2002, pp. 425-478. Ce chapitre est disponible à l'adresse URL suivante: <http://www.refworld.org/pdfid/470a33ba0.pdf> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹³⁷⁵ *Suresh*, par. 1.

interdictions prévues par la *LIPR*. Rappelons que la mesure de renvoi découlant de l'article 115 de la *LIPR* dépend de la nature dangereuse du réfugié au regard des interdictions des articles 34 et 35 la *LIPR*. La détermination de la criminalité d'un demandeur d'asile ou d'un réfugié a un impact important sur la vie et la sécurité de ces personnes en cas de renvoi dans leur pays d'origine, surtout si celles-ci participent à un mouvement d'indépendance et contestent l'autorité en place. Les deux prochains points abordent, respectivement, la distinction entre le crime politique, en considérant les crimes commis dans le cadre de l'autodétermination des peuples et les crimes de droit commun (point i), de même que l'exclusion 1F(c) et le concept de complicité lorsque le financement des activités terroristes est mis en cause (point ii).

i) Distinction entre crime politique, autodétermination des peuples et crimes de droit commun (paragraphe 1F(b))

Pour la définition du crime de droit commun, c'est l'affaire *Gil c. Canada* de 1995, qui fait autorité au Canada¹³⁷⁶. En étudiant la jurisprudence internationale, la Cour d'appel fédérale a fait une distinction entre le crime de droit commun prévu par l'exclusion et le crime politique qui peut conférer la protection si les autres critères d'inclusion sont respectés. Le résumé de l'arrêtiste reprend fidèlement les propos de la Cour en affirmant que:

« La jurisprudence concernant l'extradition [...] émanant du Royaume-Uni, des États-Unis et d'autres ressorts a élaboré le critère dit du « caractère accessoire » pour déterminer si l'infraction avait ou non un caractère politique. [...] **Le premier volet de ce critère exige que les crimes reprochés aient été commis dans le cours de troubles politiques violents, comme une guerre, une révolution ou une rébellion, ou qu'ils leur soient accessoires.** L'exception liée au « caractère politique » de l'infraction ne s'applique donc que lorsque la violence atteint un certain niveau et que ceux qui s'y livrent cherchent à atteindre un objectif précis comme réaliser un changement politique ou réprimer l'opposition politique violente [*Gil*, pp.524 et 533]. [...] **Le deuxième volet du critère est axé sur l'existence d'un lien entre le crime et l'objectif politique poursuivi.** Il faut examiner la nature et le but de l'infraction, et notamment vérifier si elle a été commise pour des motifs véritablement politiques ou pour des raisons personnelles ou des considérations de profit, si elle visait une modification de l'organisation politique ou de la structure même de l'État et s'il existe un lien de causalité direct et étroit entre le crime commis et le but et l'objectif politique invoqué. **L'élément politique doit en principe avoir prépondérance sur le caractère de droit commun de l'infraction, ce qui risque de ne pas être le cas lorsque les actes**

¹³⁷⁶ *Gil c. Canada*, [1995] 1 C.F. 508.

commis sont complètement disproportionnés par rapport à l'objectif visé, ou lorsqu'ils sont de nature atroce ou barbare [Gil, pp. 528 à 532] ». (Gil, p. 509) [Nous soulignons.]

L'analyse de *Gil*, effectué dans un contexte qui ne laissait pas présager les événements du 11 septembre, satisfait, à notre avis, l'esprit de la *Convention relative au statut des réfugiés* et le respect des droits de la personne. Les juges ont exclu du caractère politique les actes disproportionnés ou de nature « atroce ou barbare », ce qui est conforme au droit international. La jurisprudence américaine sur les crimes atroces, en 1999, va plus loin en précisant que les crimes atroces ne peuvent, en aucun cas, être qualifiés de politiques au sens de l'alinéa 1F(b) : « *Atrocious acts provide a clear indication that an alien's offense is a serious nonpolitical crime* »¹³⁷⁷. Cette position concorde avec une décision précédente, puisque en 1996, la majorité des juges américains, après avoir entériné les conclusions de la cour fédérale du Canada dans *Gil*, avait défini le crime de droit commun pour les fins de l'application de l'alinéa 1Fb) en ces termes:

“A crime is a political crime for the purposes of art 1F(b) of the 1951 Convention if, and only if ; (1) **it is committed for a political purpose**, that is to say, with the object of overthrowing or subverting or changing the government of a state or inducing it to change its policy; and (2) there is a sufficiently close and direct link between the crime and the alleged political purpose. In determining whether such a link exists, the court will bear in mind the means used to achieve the political end, and will have particular regard to whether the crime was aimed at a military or governmental target, on the one hand, or a civilian target on the other, and in either event **whether it was likely to involve the indiscriminate killing or injuring of members of the public.**”¹³⁷⁸ [Nous soulignons]

Successivement, dans une affaire d'extradition, le juge de première instance a repris les critères établis par la Cour d'appel dans *Gil*, ainsi que ceux du plus haut tribunal anglais, pour décider si une infraction a un caractère politique au sens de l'alinéa 1Fb)¹³⁷⁹. En 2002, la Haute Cour d'Australie appliquait ces arrêts dans le cas d'un Sikh impliqué dans le *Khalistan Liberation Front* dont la tâche était essentiellement le rôle d'information. Dans *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh*, M. Singh (membre actif du KLF) avait recherché des renseignements concernant les habitudes et la famille d'un policier hindou, ayant gravement

¹³⁷⁷ Voir *I.N.S. c. Aguirre-Aguirre*, 119 S.Ct. 1439 (1999), pp. 1447-1448, p. 1448.

¹³⁷⁸ L'affaire *T. v. Secretary of State for the Home Department*, [1996] 2 All ER 865, p. 899.

¹³⁷⁹ Par la Chambre des Lords en 1996 et par le Canada : *T v. Home Secretary*, [1996] UKHL 8; [1996] AC 742.

torturé un membre du KLF, et qui fut par la suite assassiné par des dirigeants du KLF¹³⁸⁰. La question qui se posait portait sur la nature politique du crime commis : s'agissait-il d'une pure revanche, d'un règlement de compte¹³⁸¹ ou d'un crime comportant un objectif politique, une raison dictée par une idéologie ou un but poursuivi par contestation publique ? L'assassinat d'un membre des forces armées ou des forces policières doit également être distingué de l'atteinte à la vie de civils, condamnée dans son expression la plus forte dans le crime contre l'humanité, lorsque commise de façon étendue et discriminatoire dans le cadre d'un conflit armé¹³⁸². La Cour suprême d'Australie a conclu que les responsables du meurtre du policier étaient la vengeance et non pas exécuté dans la poursuite d'un but politique, ce qui aurait été un crime politique¹³⁸³.

La décision australienne présente un intérêt majeur, puisque les juges ont pris le temps d'analyser les crimes de terrorisme et les crimes de nature politique. La décision s'intéresse directement à l'interprétation de l'article 1Fb)¹³⁸⁴. Le jugement fut publié le 7 mars 2002, deux mois après *Suresh*, et reprend les principes édictés dans *Gil* de la Cour d'appel du Canada de 1976. Le détachement géographique des événements du 11 septembre expliquerait-il une décision plus articulée et plus rationnelle, fondée sur les faits et la preuve recueillie lors de l'interrogatoire du demandeur ? Cela n'a pas empêché la Cour suprême australienne de trancher à l'encontre de M. Singh et d'ordonner son renvoi où il n'existait pas de risque, *prima facie*, de torture¹³⁸⁵.

Il faut conclure, comme le fait la Cour d'Australie, que les cibles civiles indiscriminées que prennent les terroristes et les dommages collatéraux causés par les attaques terroristes dépassent l'application de 1Fb) et que les auteurs ne peuvent en aucun cas recevoir la

¹³⁸⁰ Voir *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh*, [2002] H.C.A. 7. Sur le KLF voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.1.3.

¹³⁸¹ La Cour australienne cite le cas de *Hapugoda*, membre des Tigres qui avait tué six personnes lors d'une attaque armée dans un poste de police afin de venger un ami personnel.

¹³⁸² Pour les références complètes en droit international humanitaire, et plus particulièrement les clauses applicables au conflit opposant le Sri Lanka et les Tigres, voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.1.

¹³⁸³ *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh*, [2002] H.C.A. 7, par 54 et 55.

¹³⁸⁴ La Cour d'appel australienne a conclu en une erreur de droit dans l'interprétation de l'exclusion de 1Fb) en matière de terrorisme par le tribunal de première instance. Voir *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh*, [2002] H.C.A. 7, par. 1.

¹³⁸⁵ Le tribunal administratif australien avait conclu qu'il existait une possibilité pour M. Singh de faire face à une poursuite devant les tribunaux et non pas de subir la torture. En examinant la décision du tribunal administratif, la Cour suprême ne trouve pas d'erreur dans la décision de renvoyer M. Singh, voir *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh*, [2002] H.C.A. 7, par. 4 et 140.

protection¹³⁸⁶. La perpétration du crime pour des motifs politiques et son exécution arbitraire contre un gouvernement ou un population rappelle la définition du terrorisme.

Par changement politique, on entend aussi changement *de* politique. Dès 1892, l'Institut de droit international estimait que « les crimes les plus graves au point de vue de la morale et du droit commun, tels que l'assassinat, le meurtre, l'empoisonnement, les mutilations et les blessures graves volontaires et préméditées, les tentatives de crimes de ce genre et les attentats aux propriétés par incendie, explosion, inondations, ainsi que les vols graves, notamment ceux qui sont commis à main armée ou avec violence » ne doivent pas être considérés comme des infractions politiques mixtes ou complexes¹³⁸⁷.

Parallèlement, en droit canadien, on retrouve au paragraphe 46(2) de la *Loi sur l'extradition*, ainsi que dans le projet de convention approuvé en 1928 par l'*International Law Association*, l'extradition de personnes poursuivies ou condamnées pour un crime comportant la perte d'une vie humaine ou des infirmités corporelles graves¹³⁸⁸. La signification du « crime grave de droit commun » prévue à l'alinéa 1Fb) doit forcément coïncider avec le droit de l'extradition mis en place par un État sans quoi son interprétation devient incohérente avec la mise en œuvre du droit des réfugiés. Cette concordance est cruciale et répond aux préoccupations légitimes de la protection d'une population et sa sécurité. L'objectif est d'empêcher que des criminels de droit commun susceptibles d'extradition puissent revendiquer le statut de réfugié¹³⁸⁹. De plus, l'exclusion pour crime grave de droit commun ne se limite pas seulement aux individus sujet à extradition aux termes d'un traité avec le Canada¹³⁹⁰.

Enfin, le crime grave de droit commun doit avoir été perpétré à l'étranger. Le demandeur d'asile ne doit pas avoir purgé sa peine imposée suite à un procès pénal offrant des garanties fondamentales à une défense juste et entière. L'État ne peut pas en effet invoquer un motif

¹³⁸⁶ *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh*, [2002] H.C.A. 7, par. 174. On pourra également voir la référence de ce dossier dans les commentaires concernant les limites de la protection du statut de réfugié dans Mirko BAGARIC, Kim BOYD, Penny DIMOPOULOS, Sue TONGUE and John VRACHNAS, *Migration and refugee law in Australia : cases and commentary*, Melbourne, Cambridge University Press, 2007, en particulier aux pages 371 et ss.

¹³⁸⁷ Voir Georges LEVASSEUR, « Le problème de l'infraction politique dans le droit de l'extradition », (1990) 3 *Journal de droit international* 117-145, p. 137.

¹³⁸⁸ Voir Georges LEVASSEUR, « Le problème de l'infraction politique dans le droit de l'extradition », (1990) 3 *Journal de droit international* 117-145, pp. 137 et 144.

¹³⁸⁹ *Pushpanathan c. Canada (M.C.I.)*, [1998] 1 R.C.S. 982, pp. 1033-1034; *Chan c. Canada*, [2000] 4 C.F. 390 (C.A.), pp. 394-398.

¹³⁹⁰ *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 C.A.F. 178, par. 67 (j. Nadon) : la Cour suprême dans *Pushpanathan* n'a pas créé une telle limite.

criminel afin de persécuter l'individu concerné en vertu d'un des cinq motifs de la *Convention relative au statut des réfugiés*. La cour fédérale d'appel s'est déjà prononcée sur l'impossibilité d'exclure un demandeur d'asile lorsqu'il a déjà complété sa sentence¹³⁹¹. Cette clause est très importante puisqu'elle renforce l'idée que la fuite d'un criminel vers d'autres États ne doit pas constituer l'impunité des crimes commis. Depuis l'adoption de la *Résolution du Conseil de Sécurité 1373*, il est clair que les États doivent prendre les mesures appropriées "in conformity with the relevant provisions of national and international law, including international standards of human rights, before granting refugee status, for the purpose of ensuring that the asylum-seeker has not planned, facilitated or participated in the commission of terrorist acts;"¹³⁹² Tous les moyens ne sont pas non plus admis, en droit international, dans la défense de l'auto-détermination des peuples¹³⁹³.

Ainsi pour répondre au fait que le Canada ne doit pas constituer un refuge ni pour les criminels ni pour les terroristes, il est clair que le droit des réfugiés ne l'autorise pas. En droit international, c'est l'exclusion sous 1Fc) de la *Convention* qui recoupe le crime de terroriste avec la nécessité d'exclure de la protection du statut de réfugié les personnes qui se livrent à de tels

¹³⁹¹ *Chan v. Minister of Employment and Immigration*, (2000) 190 D.L.R. (4th) 128.

¹³⁹² UNSC 1373, 28 Sept. 2001, au par. 3(f) et (g). Voir aussi UNSC Res. 1368, 12 Sept. 2001, and UNGA Res.56/1,18Sept.2001.

¹³⁹³ En dépit de l'acception de l'usage de la force en vue de la reconnaissance à l'auto-détermination des peuples, il semble que la répression du terrorisme n'autorise pas ce moyen. Voir UNGA Res.3034(XXVII),1972: The General Assembly

1. Expresses deep concern over increasing acts of violence which endanger or take innocent human lives or jeopardize fundamental freedoms;
2. Urges States to devote their immediate attention to finding just and peaceful solutions to the underlying causes which give rise to such acts of violence;
3. Reaffirms the inalienable right of self-determination and independence of all peoples under colonial and racist regimes and other forms of alien domination and upholds the legitimacy of their struggle, in particular the struggle of national liberation movements, in accordance with the purposes and principles of the *Charter* and the relevant resolutions of the organs of the United Nations;
4. Condemns the continuation of repressive and terrorist acts by colonial, racist and alien regimes in denying peoples their legitimate right to self-determination and independence and other human rights and fundamental freedoms;
5. Invites States to become parties to the existing international conventions which relate to various aspects of the problem of international terrorism.

Voir aussi, UNGA Res. 31/102, 1976; UNGA Res. 32/147, 1977; UNGA Res. 34/145, 1979; UNGA Res. 36/109, 1981; UNGA Res. 38/130, 1983; UNGA Res. 61/40, 1985; UNGA Res. 44/29, 1989; UNGA Res. 46/51, 1991; C.F.. UNGA Res. 48/122, 1993. For a full review of the UN's response to terrorism in the period after 1972, see Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 'Review of Further Developments in Fields with which the Sub-Commission has been or may be Concerned: Review of Issues not Previously the Subject of Studies but which the Sub-Commission has Decided to Examine', Preliminary Report on Terrorism and Human Rights, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1999/27, fifty-first session, 7 June 1999, par.6-15.

actes. La difficulté se pose pour le financement des activités terroristes. En effet, il faut être prudent dans la qualification des actes reprochés au demandeur d'asile. Les exclusions de la *Convention* exigent seulement des « raisons sérieuses de penser » que ces actes ont été commis. Cette expression est également reprise au sujet des interdictions sur le crime de terrorisme et de criminalité transnationale prévues dans la *LIPR*, sous le vocable de « motifs raisonnables de croire ». Par conséquent, le seuil requis dans l'application des exclusions est réduit à sa plus simple expression, si on le compare, par exemple, au droit pénal. Cette différence s'explique par le refus de la protection d'asile, plutôt que d'une condamnation pénale. Toutefois, les conséquences sont similaires dans les deux cas. Aussi, la rigueur et la constance dans l'interprétation de l'exclusion sous 1Fc) est-elle de mise.

ii) Exclusion 1Fc) et le concept de complicité en droit international pénal : repères juridiques sur le financement des activités terroristes et le degré de participation

La promotion et le respect effectif des droits de la personne sans distinction figure au nombre des buts et principes des Nations Unies. Il est juste d'affirmer que les individus qui entendent priver ou incitent à priver d'autres personnes de ces droits sont visés par l'exclusion 1Fc). Les paramètres de l'exclusion 1Fc) sont encadrés dans le texte suivant : « F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser : c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies. »

Une condition essentielle ressortant de la définition veut que les droits violés doivent être fondamentaux et leur violation grave, soutenue ou systémique. L'exclusion du paragraphe (c) exige également que la persécution qui s'en suit doit obligatoirement s'inscrire en temps de paix, en d'autres termes dans un contexte qui n'est pas celui de la guerre, qu'elle soit nationale ou internationale. Les conflits internes ou internationaux sont généralement couverts par l'exclusion du paragraphe (a).

Dans le cas des Tigres, le Sri Lanka dans les années 70 n'était pas officiellement en guerre contre les rebelles, malgré les exactions commises contre la minorité tamoule et la formation du LTTE¹³⁹⁴. Le 23 juillet 1983 marque le début des hostilités en terme de guerre

¹³⁹⁴ Voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.1.

civile entre l'armée sri lankaise et les Tigres¹³⁹⁵. Quoi qu'il en soit, le droit international moderne admet la commission des crimes contre l'humanité en temps de paix ; la question demeure de savoir si le terrorisme peut être compris dans cette catégorie de crime¹³⁹⁶. Le cas de M. Suresh est moins évident, puisqu'il lui est reproché d'avoir financé les Tigres. Par conséquent, M. Suresh aurait lui aussi participé à la perpétration des crimes terroristes des rebelles. Il est important de noter qu'en 1995, il n'existait pas de convention internationale sur la répression du financement du terrorisme¹³⁹⁷. Selon nous, pour les fins d'exclusions ou d'interdiction de territoire, le financement à des groupes terroristes devrait être examiné en fonction des notions de complicité à des actes terroristes et non pas vu comme un crime en soi.

La promotion de violations graves, soutenues ou systémiques de droits fondamentaux de la personne, qui constituent une persécution en temps de paix, est un agissement contraire aux buts et principes des Nations Unies visé par l'alinéa 1Fc)¹³⁹⁸. Les persécuteurs ne sont donc pas protégés par la *Convention relative au statut des réfugiés*¹³⁹⁹. Bien souvent, ce sont les victimes des persécutions qui fuient et demandent la protection, mais il arrive que des agents étatiques veulent trouver refuge lorsque, par exemple, il y a un coup d'État. En matière de terrorisme, c'est souvent la radicalisation de groupuscules persécutés qui incitent la prise d'arme et l'usage de la terreur au sein de la population civile, afin de renverser le gouvernement ou de cesser la

¹³⁹⁵ L'assassinat du PM indien a eu lieu en 1991 et ne suffit pas pour la qualification d'un conflit international, étant donné la réponse du gouvernement indien de ne pas intervenir dans le conflit sri lankais. Le conflit interne est régi par le droit international humanitaire et son article comme 3. Voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.1.

¹³⁹⁶ Il semble reconnu que les crimes contre l'humanité peuvent être perpétrés en temps de paix. Voir Duko Tadic', Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction before the Appeals Chamber of ICTY, Case No. IT-94-1-AR72, 1995, par. 140–141. Voir aussi, M. Cherif BASSIOUNI, "Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention", (2010) 9(4) *Washington University Global Studies Law review* 575-593. Il est plus contesté l'incorporation du terrorisme dans le crime contre l'humanité. Dans un tel scénario, il est important que les éléments du crime constituant les crimes contre l'humanité soient présents, par exemple l'attaque généralisée et systématique contre une population civile.

¹³⁹⁷ Il existait la *Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international* dans ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international*, Rés. AG 51/210, 16 janvier 1997, annexe. La *Convention sur la répression du financement du terroriste* de 1999 fut signé par le Canada en février 2000.

¹³⁹⁸ Voir les quelques exemples jurisprudentiels classiques : *Mohammad v. Minister of Employment and Immigration*, (1995), 115 F.T.R. 161, 183-184; *Bazargan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1995) 117 F.T.R. 188, 193 (Tremblay-Lamer), Pour la décision subséquente, voir les motifs dans *Bazargan v. Minister of Employment and Immigration* (1996), 205 N.R. 232 (F.C.A.). Voir également les précisions dans *Pushpanathan c. Canada (M.C.I.)*, [1998] 1 R.C.S. 982, pp. 1028-1029.

¹³⁹⁹ *Pushpanathan c. Canada (M.C.I.)*, [1998] 1 R.C.S. 982, pp. 1028-1029 et *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 C.A.F. 178.

persécution subie¹⁴⁰⁰. Dans ces cas, il devient difficile de distinguer entre la population persécutée, et victime des confrontations armées, des auteurs des exactions, qu'ils proviennent de l'un ou l'autre du camp.

L'exclusion sous 1Fc) comprend les actes terroristes commis en temps de paix. Les agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies ont, entre autres, été définis dans *Pushpanathan* en 1998. La décision de *Pushpanathan* survient deux ans avant la décision *Suresh* et aurait pu donner lieu à des indications éclairantes sur la façon de combattre le terrorisme à l'intérieur du cadre législatif et jurisprudentiel du droit des réfugiés. Dans *Pushpanathan*, la Cour suprême, aux pages 1029 et suivantes, a répondu, ce qui suit, à propos des agissements « contraires aux buts et principes des Nations Unies »:

«(D)ivers types d'actes tombent clairement sous le coup de cette clause [1Fc) et tel que le terrorisme¹⁴⁰¹]. Le principe directeur est le suivant: s'il y a consensus en droit international sur des agissements particuliers qui sont tenus pour être des violations suffisamment graves et soutenues des droits fondamentaux de la personne pour constituer une persécution, ... la section Fc) de l'article premier est alors applicable.» (p. 1032) «La deuxième catégorie d'agissements visés par la section Fc) de l'article premier comprend ceux qu'un tribunal peut lui-même reconnaître comme des violations graves, soutenues et systémiques des droits fondamentaux de la personne constituant une persécution.» (p. 1033) «Une violation grave et soutenue des droits de la personne constituant une persécution peut se dégager en outre d'une situation de fait particulièrement flagrante ... »

Les divers degrés de participation trouvent écho dans les principes de *Gil* et aussi dans les remarques des juges australiens sur la difficulté de cerner le terrorisme soulignés au premier point. La jurisprudence canadienne, elle-même précédée par les développements jurisprudentiels du droit international pénal, exige que la participation soit personnelle et consciente dans la perpétration des actes répréhensibles. Ceci implique l'appartenance dans le groupe commentant les actes ou encore une participation en tant que tiers contribuant¹⁴⁰².

La notion de complicité comprend plusieurs degrés de participation. Selon la décision *Bazargan*, les règles d'interprétation concernant la complicité s'applique autant pour l'exclusion

¹⁴⁰⁰ Voir la deuxième partie du deuxième chapitre (2.2) sur l'historique des Tamouls et de leur persécution dans les années 80.

¹⁴⁰¹ La Cour suprême cite la déclaration de 1994 dans ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international*, Rés. AG 51/210, 16 janvier 1997, annexe, art. 2. Voir *Pushpanathan c. Canada (M.C.I.)*, [1998] 1 R.C.S. 982, p. 1030.

¹⁴⁰² *Bazargan v. Minister of Employment and Immigration* (1996), 205 N.R. 232 (F.C.A.).

1Fa) que celles comprises dans 1Fb) et c)¹⁴⁰³. Ainsi, les actes terroristes, qu'ils soient commis ou non en temps de conflit, reprennent les principes de complicité. Le contenu juridique de la complicité fut, entre autres, développé par les Tribunaux internationaux et le droit international pénal, en général.

En effet, on peut saluer la décision récente de la Cour suprême du Canada dans *Ezokola*¹⁴⁰⁴. La Cour suprême s'inspire du droit international pénal afin de mieux encadrer les notions de complicité et d'association. Dans cette affaire, un diplomate congolais, en poste à New York à titre de représentant de la République du Congo aux Nations Unies, demandait l'asile parce qu'il ne voulait pas retourner au Congo et qu'il trouvait le régime de Kabila inacceptable¹⁴⁰⁵. Les juges profitèrent de ce dossier pour commenter les décisions antérieures de la CISR qui tendent à favoriser l'exclusion par l'association passive du demandeur d'asile qui se trouvait dans un conflit. Bien que cette décision réfère à l'exclusion sous 1Fa), c'est-à-dire en cas de crimes contre l'humanité et crimes de guerre, la question soulevée par la décision s'intéresse au degré de connaissance des activités et nous semble applicable également pour les actes terroristes indirectement visées par l'exclusion 1Fc) :

« Le présent pourvoi porte sur la distinction entre l'association et la complicité. La question consiste à déterminer si un haut fonctionnaire peut se voir refuser le droit d'asile parce qu'il a exercé ses fonctions pour le compte d'un gouvernement qui s'est livré à des crimes internationaux. Notre Cour doit décider du degré de connaissance d'une activité criminelle et de participation à celle-ci qui justifie le refus à l'acteur secondaire de la protection accordée aux réfugiés. »¹⁴⁰⁶

Dans un contexte, se rapprochant de l'affaire *Suresh*, la Cour d'appel fédérale du Canada a dû décider, en 1993, de l'exclusion d'un Tamoul indirectement impliqué dans les activités terroristes meurtrières des Tigres dans la décision de *Sivakumar c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*¹⁴⁰⁷. Il est intéressant de constater les similitudes entre le cas de M. Suresh et le dossier de M. Sivakumar, Tamil activiste. Bien que la décision porte sur l'exclusion pour complicité de crime contre l'humanité (article 1F(a)), elle pose toutefois les bases du droit

¹⁴⁰³ *Bazargan v. Minister of Employment and Immigration* (1996), 205 N.R. 232 (F.C.A.), p. 288.

¹⁴⁰⁴ *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 C.S.C. 40.

¹⁴⁰⁵ *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 C.S.C. 40, par. 13 et 14.

¹⁴⁰⁶ *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 C.S.C. 40, par. 4.

¹⁴⁰⁷ *Sivakumar c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.).

international pénal dans un contexte national sur l'application de l'exclusion sous 1F¹⁴⁰⁸. La Cour fédérale d'appel s'intéresse également à la preuve factuelle et au degré d'association de M. Sivakumar, afin de déterminer sa participation aux exactions des rebelles dans les années 80¹⁴⁰⁹. Il est bon de rappeler qu'à l'époque de la décision canadienne, seule l'Inde avait banni les Tigres comme organisation terroriste. De plus, la décision de *Sivakumar* fut prise avant l'adoption des résolutions onusiennes sur le financement du terrorisme¹⁴¹⁰.

Quoi qu'il en soit l'affaire *Sivakumar* se penche sur la difficile question de la participation. En effet, jusqu'à quel point un membre est-il impliqué dans les exactions criminelles d'un groupe jugé terroriste ? Cette question est intimement liée à la participation d'une idéologie politique ou à la libération d'une minorité par voix d'appui financier. Sur le plan légal, et ce depuis 1999, c'est la *Convention sur la répression du financement du terrorisme* qui condamne la participation financière à un groupe banni pour activités terroristes¹⁴¹¹. Le caractère politique perd donc de son importance lorsqu'une condamnation par d'autres États est faite à l'égard d'un groupe belligérant qui réclame sa légitimité aux yeux d'un gouvernement oppresseur.

En règle générale, une personne peut être tenue responsable d'un crime sans l'avoir commis personnellement à titre de complice. Il est, par conséquent, possible d'appliquer la clause d'exclusion 1F à un demandeur d'asile, si ce dernier s'est rendu complice d'un crime¹⁴¹². L'élément essentiel pour qu'il y ait complicité est la « participation personnelle et consciente » du demandeur d'asile. Ce que le droit pénal appelle la *mens rea*, nécessaire à la complicité d'un acte répréhensible, fut confirmée dans les affaires *Ramirez* et *Sivakumar*¹⁴¹³.

¹⁴⁰⁸ D'autres dossiers judiciaires ont également confirmé l'interprétation canadienne des exclusions prévues par la Convention. La décision la plus notable est *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), qui se distingue toutefois de *Sivakumar c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.).

¹⁴⁰⁹ Voir les premiers paragraphes de la décision sous les faits, *Sivakumar c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.). Pour plus de précisions sur les événements des années 80 au Sri Lanka, voir le chapitre 2.2.1 au point ii).

¹⁴¹⁰ Les Indiens condamnèrent définitivement les Tigres après l'assassinat du premier ministre indien en 1992. Les Américains suivront le pas en 1997, grâce à l'intervention du feu ministre sri lankais des affaires étrangères Kadirgamar, voir le chapitre 2.2.2 au point i).

¹⁴¹¹ Voir dans ce chapitre, la sous-section précédente en 4.1.1.

¹⁴¹² *Sivakumar c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), p. 438.

¹⁴¹³ *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (F.C.A.), p. 315 et *Sivakumar c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), p. 438.

Dans *Ramirez*, la Cour d'appel fédérale a conclu que « la simple présence d'une personne sur les lieux d'une infraction ne permet pas d'établir sa participation personnelle et consciente », à moins qu'elle n'entretienne des rapports intrinsèques avec le groupe se livrant aux actes de persécution. Dans de tels cas : « la complicité dépend essentiellement de l'existence d'une intention commune et de la connaissance que toutes les parties en cause en ont ». Autrement dit, la complicité intervient lorsque la fin poursuivie est commune¹⁴¹⁴. La Cour suprême dans *Ezokola* précise que la notion de complicité :

« axée sur la contribution remplace le critère fondé sur la participation personnelle et consciente retenu par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306. Nous estimons que ce critère a parfois été indûment assoupli de manière à englober la complicité par association. Il est donc nécessaire de le modifier afin d'harmoniser le droit canadien avec le droit pénal international, les visées humanitaires de la *Convention relative aux réfugiés* et les principes fondamentaux du droit pénal. »¹⁴¹⁵

L'élément moral, c'est-à-dire celui de partager les buts du groupe, peut se déduire, dans certains cas, de la position qu'occupe l'adhérent en cause au sein de l'organisation. Devant la Cour d'appel, M. Sivakumar avait une position de responsabilité élevée et avait en plus aidé à mettre en œuvre la stratégie d'une organisation vouée à la guérilla¹⁴¹⁶. Au chapitre de l'intention commune, l'adhésion volontaire à l'organisation et le défaut de s'en dissocier malgré la commission de crimes par l'organisation peuvent démontrer une intention commune de la part de l'intéressé¹⁴¹⁷.

Bien sûr, l'association avec une organisation responsable de la perpétration de crimes contre l'humanité peut emporter complicité si l'intéressé a personnellement participé à ces crimes ou les a sciemment tolérés (alinéa 1F(a)). Finalement, tel qu'indiqué au début de ce point, les crimes commis doivent être plus que des incidents isolés ou sporadiques – on parle plutôt d'opération continue, régulière, de façon répétée¹⁴¹⁸.

¹⁴¹⁴ *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (F.C.A.), p. 318, cité avec approbation dans *Bazargan v. Minister of Employment and Immigration* (1996), 205 N.R. 232 (F.C.A.), p. 287.

¹⁴¹⁵ *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 C.S.C. 40, par. 9.

¹⁴¹⁶ *Sivakumar c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), p. 444 à 446.

¹⁴¹⁷ *Sivakumar c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), p. 440.

¹⁴¹⁸ *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (F.C.A.), p. 317, al. b-c, p. 327

La simple appartenance à un groupe responsable de crimes internationaux ne suffit pas non plus pour établir la complicité par association, à moins que cette organisation ne poursuive des « fins limitées et brutales »¹⁴¹⁹. La complicité par association est probablement la notion qui retient l'attention de ce segment, puisqu'elle se lie intimement avec la condamnation des activités de financement des groupes terroristes¹⁴²⁰. En effet, un individu qui tente de donner son support à l'étranger par la collecte de fonds ou simplement en incitant la participation des autres pourrait être complice par association. Le fardeau de preuve par association sera moins lourd pour le procureur dans les cas suivants : les escadrons de la mort au Guatemala, la police secrète iranienne, la Savak¹⁴²¹, le sentier lumineux au Pérou et tous les groupes terroristes bannis comme les Tigres et le KLF¹⁴²².

Selon la Cour d'appel fédérale dans *Zrig*, la complicité par association s'applique autant à 1Fa) que 1F b) et, donc, couvre toutes les possibilités d'action des terroristes¹⁴²³. La Cour a défini la complicité par association par le « fait qu'un individu peut être tenu responsable d'actes commis par d'autres et ce, en raison de son association étroite avec les auteurs principaux »¹⁴²⁴. Cette définition rappelle le cas de *Singh* en Australie, qui sans avoir commis l'assassinat du

¹⁴¹⁹ *Sivakumar c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), p. 442, al. c-e, *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (F.C.A.), p. 317. Voir également *Penate et al. c. Ministère de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 71 F.T.R. 171 (j. Reed)

¹⁴²⁰ Les exclusions de la *Convention relative au statut pour les réfugiés* ne sont pas directement liées par les critères d'application du droit criminel interne. Les exclusions sont encadrées par le droit international. Dans le cas de la notion de complicité ou des crimes mentionnés au paragraphe 1Fa), ce sont les règles du droit international pénal qui indiquent le plus justement les critères à rencontrer. Dans le cas de la criminalité transnationale, comme le terrorisme et le financement, les règles conventionnelles du droit international public constituent les sources d'interprétation. Ces règles réfèrent généralement au droit pénal interne. L'article 2 de la *Convention sur la répression du financement du terrorisme* fait du financement un crime, par ailleurs inscrit au Code criminel canadien (83.02 à 83.04). Dans le cadre de la mise en œuvre des exclusions, il nous semble plus indiqué de considérer le financement comme un acte de complicité aux actes terroristes, afin d'éviter des conclusions trop rapides. De cette façon, la portée et le contenu de l'apport financier apporté répondraient au principe de proportionnalité et nous semble plus juste et cohérent avec l'esprit du droit international. Les objectifs poursuivis visant la répression du financement seraient également respectés. Il faudra voir le développement jurisprudentiel sur cette question.

¹⁴²¹ *Seyed Hassan c. M.C.I.*, IMM-1371-97, 1er avril 1998 (j. Teitelbaum)

¹⁴²² La condamnation des groupes terroristes sur la liste des groupes et individus interdits n'est pas un critère pour la notion de complicité par association. La jurisprudence exige seulement une démonstration des fins « limitées et brutales ». Évidemment, la preuve est plus directe et simple à démontrer, lorsque les groupes apparaissent sur la liste des entités interdites.

¹⁴²³ *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 C.A.F. 178 (2 juges majoritaires), par. 54 ss.

¹⁴²⁴ *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (F.C.A.) et *Sivakumar c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), pp. 439-440.

policier hindou, entretenait des liens suffisamment étroits pour le rendre complice de l'homicide prémédité par ses supérieurs¹⁴²⁵.

Concrètement, les éléments de preuve reposent sur le témoignage de l'individu, comme dans *Singh* de la Cour australienne et sur la preuve documentaire objective (rapports des ONG et articles de journaux) soupesés par le tribunal¹⁴²⁶. Il est évident que plus le rôle occupé par l'individu au sein de l'organisation terroriste est significatif, plus sa participation devient probable et condamnable. De fait, l'occupation d'un rôle de dirigeant au sein de l'organisation commettant les actes représente un facteur déterminant dans la participation de ce dernier¹⁴²⁷. Dans *Sivakumar*, la Cour fédérale déduisait du témoignage de M. Sivakumar que celui-ci occupait des fonctions importantes au sein des LTTE, tel que le développement de la stratégie militaire et sa formation, la responsabilité d'une base militaire, de l'approvisionnement des armements et son implication auprès de la division des renseignements. M. Sivakumar était plus qu'un simple membre et prenait part aux activités des Tigres¹⁴²⁸. A la lumière des faits établis, la Cour d'appel s'exprime sur le degré de probabilité de participation aux actes terroristes d'un individu qui augmente avec les fonctions et les responsabilités confiées :

« ... la complicité d'un individu dans des crimes internationaux est d'autant plus probable qu'il occupe des fonctions importantes dans l'organisation qui les a commis. Chaque cas d'espèce doit être jugé à la lumière des faits en cause. **Mais on peut dire que plus l'intéressé se trouve aux échelons supérieurs de l'organisation, plus il est vraisemblable qu'il était au courant du crime commis et partageait le but poursuivi par l'organisation dans la perpétration de ce crime.** Donc peut être jugé complice celui qui demeure à un poste de direction de l'organisation tout en sachant que celle-ci a été responsable de crimes contre l'humanité. » (*Sivakumar*, p. 440, al. d) [Nous soulignons.]

Cette notion sur le degré de participation au regard du rôle ou des fonctions attribués au sein d'une organisation se retrouve à l'article 6 du *Statut du tribunal militaire international* de Nuremberg : « Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un

¹⁴²⁵ Voir précédemment exposé au point i), le cas de *Minister of Immigration and Multicultural Affairs v. Singh*, [2002] H.C.A. 7.

¹⁴²⁶ *Sivakumar c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), p. 450, al. d-f.

¹⁴²⁷ *Sivakumar c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), pp. 439-440, et 442.

¹⁴²⁸ *Sivakumar c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), p. 440.

quelconque des crimes (contre la paix, des crimes de guerre ou crimes contre l'humanité) sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan »¹⁴²⁹.

Le critère le plus pertinent pour la complicité demeure la « participation personne et consciente » des actes répréhensibles commis à l'aide de l'intervention plus ou moins directe de l'individu. Il s'en suit que l'appartenance à un groupe permet plus facilement de conclure à une « participation personnelle et consciente »¹⁴³⁰. Toutefois l'absence d'appartenance ne prémunit pas la personne de complicité. Il existe une présomption de complicité laquelle est réfutable, puisque l'« on peut généralement présumer que ses membres s'y sont joints et ont continué d'y adhérer intentionnellement et volontairement dans l'intention commune d'apporter leurs efforts personnels à la cause poursuivie par le groupe »¹⁴³¹.

Le financement aux groupes et aux activités terroristes présente des difficultés dans la qualification du degré de la participation. Le montant doit être considérable pour que l'apport soit significatif. Les collectes de fonds témoignent certainement un degré d'implication plus profond qu'une simple donation ; don qui pourrait provenir de l'extorsion, comme le faisait les rebelles auprès de la diaspora, lorsque les fonds vinrent à manquer¹⁴³². En effet, il était de pratique que les Tamouls à l'étranger contribuent afin de voir leur parents restés au Sri Lanka « protégés ». Cette contribution permettait également un droit de passage en cas de retour au pays ou de visite auprès de la famille. Dans un tel cas, une application stricte de la *Convention sur la répression du financement du terrorisme* rendrait coupable, pratiquement, tous les réfugiés tamouls!

Néanmoins, pour être complice par association, il n'est pas nécessaire d'être membre en bonne et due forme d'une organisation perpétrant des actes terroristes. La contribution et la conscience de la participation constituent les critères déterminant de la complicité : «Ce n'est pas tant le fait d'œuvrer au sein d'un groupe qui rend quelqu'un complice des activités du groupe, que le fait de contribuer, de près ou de loin, de l'intérieur ou de l'extérieur, en toute connaissance de cause, aux dites activités et de les rendre possibles»¹⁴³³. La Cour d'appel dans *Bazargan* expose également les principes de la « roue de l'engrenage », lorsqu'elle exprime ses

¹⁴²⁹ Voir *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), p. 324.

¹⁴³⁰ *Bazargan v. Minister of Employment and Immigration* (1996), 205 N.R. 232 (F.C.A.), p. 286.

¹⁴³¹ *Saridag Ahmet c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, IMM-5691-93, 5 octobre 1444 (j. McKeown).

¹⁴³² Voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.2.

¹⁴³³ *Bazargan v. Minister of Employment and Immigration* (1996), 205 N.R. 232 (F.C.A.), p. 287

préoccupations sur la connaissance ultime de la perpétration de crimes graves¹⁴³⁴. Dans le même sens, l'affaire *Moreno* confirme ce principe concernant la fourniture d'armes¹⁴³⁵.

La Cour d'appel fédérale dans *Sumaida* précise que les tribunaux n'ont « jamais exigé qu'un demandeur soit lié à des crimes précis en tant que leur auteur réel ou que les crimes contre l'humanité commis par une organisation soient nécessairement et directement attribuables à des omissions ou à des actes précis du demandeur »¹⁴³⁶. La Cour a confirmé la démarche de la section du statut pour conclure à la responsabilité de l'individu qui agit comme complice pour avoir facilité ou dans l'intention de faciliter la persécution de civils ciblés en dénonçant aux autorités qui se livraient à de la persécution les personnes qui devaient y être soumises¹⁴³⁷. Dans cette affaire, M. Sumaida avait dénoncé le nom des victimes aux personnes occupant l'échelon le plus violent de la chaîne de commandement. Dans de telles circonstances, la preuve confirme la participation du délateur qui ne peut exiger que la preuve détermine que les personnes dénoncées ont bel et bien « été tuées ou torturées »¹⁴³⁸.

Au sujet de l'affaire *Sivakumar*, la Cour d'appel dans *Sumaida* a voulu clarifier que la preuve identifiant les victimes liées à la participation du membre rebelle n'est pas nécessaire¹⁴³⁹. Il suffisait, comme l'a précisé la Cour dans *Sivakumar*, de faire l'état des meurtres et assassinats de civils perpétrés dans ce cas précis par les Tigres¹⁴⁴⁰. En effet, M. Sivakumar était au courant de ces actes et partageait les fins poursuivies par les LTTE. Les agissements des Tigres ont été qualifiés par les tribunaux canadiens de crimes contre l'humanité¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁴ Voir la notion de la « roue de l'engrenage », dans *Bazargan v. Minister of Employment and Immigration* (1996), 205 N.R. 232 (F.C.A.), p. 287. L'affaire *Bazargan* fut confirmée par la Cour d'appel fédérale dans *Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] F.C.A 39, par. 17-18.

¹⁴³⁵ Voir également le dossier de *Moreno* dans *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), par. 16.

¹⁴³⁶ *M.C.I. v. Sumaida, Hussein Ali* (F.C.A., no. A-800-95), Létourneau, Strayer, Noël, January 7, 2000, p. 79, par. 31.

¹⁴³⁷ *M.C.I. v. Sumaida, Hussein Ali* (F.C.A., no. A-800-95), Létourneau, Strayer, Noël, January 7, 2000, par. 36.

¹⁴³⁸ *M.C.I. v. Sumaida, Hussein Ali* (F.C.A., no. A-800-95), Létourneau, Strayer, Noël, January 7, 2000, p. 80, par. 36. La Cour d'appel fédérale confirme les conclusions de l'affaire *Sumaida* concernant l'absence de preuve que la personne dénoncée a été victime d'un actes, dans *Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] F.C.A 39, par. 11 et 25.

¹⁴³⁹ *M.C.I. v. Sumaida, Hussein Ali* (F.C.A., no. A-800-95), Létourneau, Strayer, Noël, January 7, 2000, par. 34

¹⁴⁴⁰ *M.C.I. v. Sumaida, Hussein Ali* (F.C.A., no. A-800-95), Létourneau, Strayer, Noël, January 7, 2000, par. 35.

¹⁴⁴¹ Conclusion confirmée par le rapport onusien SECRETARY-GENERAL OFFICE, *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, Marzuki DARUSMAN (Indonesia), Steven RATNER (United States) and Wasmin SOOKA (South Africa), submitted in accordance with the Joint Statement of the Secretary General and the President of Sri Lanka on June 22, 2010, 31 mars 2011. Pour plus de détails, voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.1.

Bref, ce n'est pas tellement la nature du crime commis personnellement par le demandeur d'asile qui mène à son exclusion, mais plutôt la nature des crimes commis par l'organisation à laquelle il s'associe¹⁴⁴². Cette précision est cruciale en matière de complicité et dans l'établissement du degré de participation du membre. En 2003, dans une affaire de crimes contre l'humanité, la Cour d'appel reprenait les conclusions de *Sumaida* et de *Sivakumar*, dans l'affaire *Harb*¹⁴⁴³. En l'espèce, M. Harb n'avait pas été exclu en raison d'une simple appartenance à l'Armée libanaise sudiste (ALS), mais bien au motif que la SPR avait de sérieuses raisons de penser qu'il avait été complice de crimes contre l'humanité commis par l'ALS. Monsieur Harb avait participé personnellement et consciemment à titre d'informateur, sorte d'agent secret au service de l'ALS, tout en demeurant à l'extérieur de cette organisation¹⁴⁴⁴.

En conclusion, les exclusions de la *Convention relative au statut des réfugiés* offre des pistes conceptuelles et analytiques de premier ordre, dans la qualification des actes commis et surtout dans la participation des acteurs indirects aux agissements terroristes. Il faut évidemment proscrire toute préparation et perpétration de tels procédés qui utilisent la terreur et les civils comme cibles afin d'intimider les gouvernements pour se faire entendre. En dépit de la légitimité des revendications sociopolitiques ou religieuses, souvent évoquées par les groupuscules persécutés qui entrent en conflit, il est crucial de condamner l'usage du terrorisme. Devant l'établissement jurisprudentiel des critères de complicité et d'association, applicable au financement terroriste, il est important que les preuves apportées et les procédures respectent les garanties de justice fondamentale ; sans quoi le renvoi d'un réfugié est inconstitutionnel. La prochaine section s'intéresse justement à la constitutionnalité de l'article 115 de la *LIPR*, soit le renvoi d'un réfugié vers la torture dans les cas de sécurité nationale. L'analyse procédera d'abord par l'examen du droit international sur la prohibition de la torture et se terminera par l'analyse constitutionnelle.

Section 4.2 La sécurité nationale comme justification des circonstances exceptionnelles aux violations des droits de la personne dans le contexte du terrorisme : une question politique nécessitant l'intervention des tribunaux dans le redressement et le maintien des droits fondamentaux (critère de la *bonne raison*)

¹⁴⁴² *Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] F.C.A 39, par. 11

¹⁴⁴³ *Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] F.C.A 39.

¹⁴⁴⁴ Principe confirmé par *El-Kachi*, 2002 C.F.PI 403, par. 36.

La *Convention relative au statut des réfugiés* prévoit des clauses d'exclusion au refoulement d'un réfugié aux articles 32 et 33(2) en cas de menace à la sécurité du pays hôte. En effet, les articles 32 et 33(2) excluent les réfugiés du droit au non-refoulement dans leur pays d'origine parce qu'ils constituent un danger pour l'État d'accueil. Ces articles prévoient l'expulsion d'un réfugié « pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public » et forment le cadre juridique de la procédure de prépondérance des risques de retour du réfugié et du danger qu'il représente pour le Canada, prévue à l'article 115 de la *LIPR*¹⁴⁴⁵. Ce fut le cas de M. Suresh. Les termes dans les articles 32 et 33 de « sécurité nationale » et d'« ordre public » n'ont pas été définis par la *Convention relative au statut des réfugiés*¹⁴⁴⁶. Toutefois, l'application de ces exclusions n'est acceptée que dans des circonstances très limitées par l'article 33. Cette sous-section confrontera la procédure établie dans la *LIPR* avec l'interprétation faite de l'article 33 par le HCR et les normes internationales d'interdiction de l'usage de la torture.

De nombreux articles ont été écrits sur *Suresh* pour critiquer l'analyse constitutionnelle de la Cour, surtout en regard aux normes de droit international public¹⁴⁴⁷. En dehors des frontières canadiennes, la réaction des ONG et des organes onusiens fut immédiate¹⁴⁴⁸. À notre connaissance, il n'existe aucun article de revue ou de trace doctrinale endossant la position de la Cour dans *Suresh*. La réception de la décision dans la communauté juridique se positionne

¹⁴⁴⁵ Paragraphe 32 (1) de la *Convention relative au statut des réfugiés*.

¹⁴⁴⁶ Bien que les commentaires des rédacteurs éclairent sur le sens général de la sécurité contenue aux articles 32 et 33, les États ont voulu se réserver le droit d'interpréter et de mettre en œuvre la prérogative par excellence de l'exercice souverain de la protection de la nation. Sur une possible contribution et sur la portée des articles 32 et 33 de la *Convention relative au statut de réfugié*, voir dans la Conclusion générale, au sujet de l'interprétation des exclusions en droit des réfugiés.

¹⁴⁴⁷ Cette section passera en revue les contributions les plus notoires, les références suivants méritent une mention : Obiora CHINEDU OKAFOR and Pius Lekwuwa OKORONKWO, « Reconfiguring Non-refoulement? The Suresh Decision, 'Security Relativism', and the International Human Rights Imperative », (2003) 15(1) *Int'l J. Refugee L.* 30-67; Stéphane BOURGON, « The Impact of Terrorism on the Principle of 'Non-Refoulement' of Refugees : The *Suresh* Case before the Supreme Court of Canada » (2003) 1 *Int'l Criminal Just.* 169 et Sharryn J. AIKEN, « Manufacturing "Terrorists": Refugees, National Security and Canadian Law (Part 2) », (2001) 19(4) *Refugee* 116-133, aux pp. 122-123. Aiken rapporte l'opinion de plusieurs experts sur le mouvement des Tigres comme un mouvement de libération nationale du peuple Tamoul ayant le droit à l'autodétermination. Plusieurs chercheurs s'entendent pour dire que la définition du terrorisme, et en particulier « groupe terroriste », prévue par la législation canadienne est imprécise et trop vague. La critique la plus virulente provient du Pr. Wesley Pue dans W. Wesley PUE, « The War on Terror : Constitutional Governance in a State of Permanent Warfare » (2003) 41 *Osgoode Hall L.J.* 267, aux par. 23-26.

¹⁴⁴⁸ Voir les conclusions, entre autres, de l'IHF, dans son rapport de 2003 : International Helsinki Federation for Human Rights, *Anti-Terrorism Measures, Security and Human Rights. Developments in Europe, Central Asia and North America in the Aftermath of September 11*, Avril 2003 à la p. 171, en ligne :

<http://www.ihf.hr.org/documents/doc_summary.php?sec_id=3&d_id=390> et Amnesty International Canada, *Dangerous refugees can be deported*, 11 janvier 2002, en ligne: www.amnesty.ca (dernière consultation, le 16 septembre 2013)

unanimement contre les conclusions de la Cour, surtout en regard au droit international. La particularité de notre analyse porte sur l'application des critères du fondement légitime et aussi sur la possibilité d'un ordre juridique international qui soit repose, au moins en partie, sur des fondations éthiques¹⁴⁴⁹.

Les objections portent essentiellement sur le trop grand pouvoir discrétionnaire laissé à l'exécutif en matière de sécurité et l'admission du renvoi vers la torture dans des cas exceptionnels¹⁴⁵⁰. Nous abondons dans le sens de la majorité des chercheurs qui ont décrié la possibilité d'un renvoi vers la torture d'un réfugié¹⁴⁵¹. L'intérêt de notre analyse porte sur l'application des critères de légitimité élaborés par le Pr. Luc B. Tremblay dans sa théorie du fondement légitime. Il n'en demeure pas moins qu'une décision erronée en droit est une mauvaise décision. Ce que permet l'examen de la décision de la Cour sur le renvoi vers la torture, à la lumière des critères de la *bonne raison*, c'est la possibilité de comprendre pourquoi les juges ont admis une brèche, aussi minime soit-elle, dans un droit qui semble inviolable. Quelles furent, en effet, les motivations d'une telle posture ? Le contexte politique et l'insécurité générale causée par les événements du 11 septembre 2001 constituent-ils des réponses valables et admissibles en droit qui justifieraient l'usage de la torture?

¹⁴⁴⁹ Notre contribution se manifeste au niveau de la légitimité des normes et puise ainsi dans la conception d'un ordre juridique international de type vertical, c'est-à-dire disposé en fonction du poids éthique plus élevé de certains droits. Le Pr. Dupuy semble envisager la perspective d'un ordre juridique international harmonisé entièrement sur des préceptes éthiques. Toutefois, les développements plus récents en droit international envisagent plutôt l'hypothèse de l'émergence d'un domaine de droit complètement nouveau dans le droit international, appelé le *Humanity Law*. Le *Humanity Law* place la personne humaine au centre de ses préoccupations, de la même manière que le droit international public le fait avec les États. Le débat est très complexe et récent (depuis 2011) et pourrait faire l'objet d'une analyse ultérieure. Pour les fins de cette recherche, il est bon de retenir que l'évolution et les développements du droit international laissent présager l'existence d'un certain pluralisme en droit international contemporain. Sur l'originalité de cette thèse, lire l'Introduction générale, dans la seconde partie, à la sous-section 0.2.2. Sur le concept de *Humanity Law*, voir Ruti TEITEL, *Humanity's Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011. L'auteure souligne le changement normatif drastique dans l'ordre juridique international après la Guerre froide. Ce revirement s'est effectué au niveau des priorités étatiques sécuritaires au profit d'un intérêt majoré pour la protection de la sécurité humaine. Elle démontre que les différentes cours, tribunaux et autres organisations internationales utilisent un cadre essentiellement humanitaire (« *humanity based framework* ») dans l'interprétation des actes posés en temps de conflit, dans l'évaluation des interventions et l'imputabilité de la responsabilité des acteurs. L'auteure explique dans quelle mesure ce cadre influence le cours des politiques internationales dans une nouvelle approche de la gestion des conflits.

¹⁴⁵⁰ Voir Pierre-Olivier MARCOUX, « La lutte au terrorisme international par le Canada : Panopticon ou Banopticon? », (2006) 11(1) *Lex Electronica* 1-45, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.lex-electronica.org/articles/v11-1/marcoux.htm> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Voir aussi les critiques de Audrey MACKLIN, « M. Suresh and the Evil Twin », (2002) 20(4) *Refuge* 15-22 et James C. HATHAWAY and R. Alexander NEVE, « Fundamental Justice and the Deflection of Refugees from Canada » (1996) 34 *Osgoode Hall L. J.* 213-253.

¹⁴⁵¹ Malheureusement, certains entrevoient l'usage de la torture dans les cas de sécurité, voir Mirko BAGARIC and Julie CLARKE, « Not Enough (Official) Torture in the World? » (2005) 39 *U.S.F. L. Rev.* 581-616 et Alan M. Dershowitz, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven, Yale University Press, 2002 à la p. 144 (the "ticking bomb terrorist" exemple).

Comme nous l'avons déjà précisé, la notion de « bonne raison » constitue la dimension « la plus difficile au niveau conceptuel, moralement la plus controversée et, en même temps, la plus importante du processus de contrôle judiciaire de la justification des restrictions aux droits constitutionnels »¹⁴⁵². Les critères élaborés par le Pr. Tremblay s'articulent autour des *trois traits généraux* de la bonne justification à une limitation à un droit fondamental, ici le droit à la vie et à la sécurité¹⁴⁵³. Premièrement, la justification doit convaincre un auditoire à portée universelle, c'est-à-dire que les raisons avancées doivent convaincre, du moins dans le cas qui nous intéresse, les juges, les parties en cause, les ONG, les juristes, les fonctionnaires et les politiciens, mais aussi – à notre avis – les réfugiés¹⁴⁵⁴. Deuxièmement, les motifs apportés au soutien de la limitation doivent prétendre à une validité universelle : « Cela signifie qu'une bonne justification ne doit jamais être individuelle et censée valoir uniquement pour l'agent qui l'énonce ou pour un sous-groupe de l'auditoire auquel il s'adresse. »¹⁴⁵⁵ Enfin, le troisième trait porte sur la poursuite du bien commun et constitue probablement la question centrale en matière de sécurité.

La défense des intérêts des réfugiés porte en soi des questions difficiles d'adhésion au corps collectif de la communauté hôte qui se voit « imposer » des individus qui proviennent de l'étranger. La reconnaissance de leurs droits fondamentaux souffre du malaise politique, précédemment illustré, et les stratégies politiques, mais aussi judiciaires, consistent à les exclure de l'auditoire universel et du bien-être général. En effet, les décisions qui entérinent ou encouragent le protectionnisme étatique des politiques d'immigration s'inscrivent dans ce sillage. L'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés*, admettant le renvoi à la persécution d'une personne menaçant la sécurité du pays hôte, advient une fois la reconnaissance du statut de réfugié reconnue¹⁴⁵⁶. Au troisième chapitre, on s'est interrogé sur l'existence d'un système à deux voix, pour les demandeurs d'asile et pour les présumés criminels reconnus réfugiés¹⁴⁵⁷. Cette

¹⁴⁵² Luc B. TREMBLAY (2002), p. 285. On retrouve l'architecture de la théorie du fondement légitime au chapitre 1.2.1.

¹⁴⁵³ Luc B. TREMBLAY (2002), p. 285.

¹⁴⁵⁴ Cette liste n'est pas exhaustive mais dans le cas de *Suresh*, elle touche à notre avis les personnes mentionnées. Voir Luc B. TREMBLAY (2002), p. 286. Voir aussi Valluy sur la critique du réel auditoire qui serait constitué de technocrates, politiciens et décideurs de premier rang, Jérôme VALLUY, *Rejet des exilés. Le grand retournement du droit de l'asile*, Broissieux, Éditions Du Croquant, 2009, p. 25.

¹⁴⁵⁵ Luc B. TREMBLAY (2002), p. 286.

¹⁴⁵⁶ Voir la Conclusion générale au sujet des chevauchements entre les exceptions de 32 et 33 et les exclusions 1F, et l'interprétation jurisprudentielle en matière de terrorisme des exclusions a), b) et c).

¹⁴⁵⁷ Au troisième chapitre, à la sous-section 3.2.2, la question posée était la suivante : Comment se fait-il que la CISR, avec des procédures quasi-judiciaires se penchent sur les exclusions 1F et 1E, qui proposent une grille d'analyse

contradiction est encore plus accentuée par le fait qu'un demandeur voit sa demande examinée entre 6 et 24 mois, alors que le réfugié est déjà établi depuis plusieurs années et devrait en soi bénéficier de garanties procédurales plus élevées¹⁴⁵⁸.

Comme il a déjà été relevé, dans son examen sur la constitutionnalité des conditions d'expulsion prévues par la loi, la Cour procède en trois volets¹⁴⁵⁹. Elle s'interroge d'abord sur la possibilité du renvoi vers la torture, ensuite sur la précision des termes « danger pour la sécurité » et « terrorisme », pour terminer sur la liberté d'expression et d'association garantie par la *Charte* (sous-section 4.2.1). La seconde sous-section se consacre entièrement à l'analyse de la précision constitutionnelle et nous ne nous attarderons pas sur la portée de l'article 2 de la *Charte* (sous-section 4.2.2). L'examen sur la prohibition de la torture se divise en trois parties, soit le contexte canadien et le contexte international et la mise en œuvre de la loi sur l'immigration (*Suresh*, par. 49, 59 et 76).

Sous-section 4.2.1 Aucune *bonne raison* au renvoi vers la torture même dans les cas les plus exceptionnels de menace à la sécurité et aucune prépondérance des intérêts prévue en droit international

Il semble que la Cour suprême ait voulu distinguer le régime du droit des réfugiés, l'application de l'article 7 de la *Charte* et la *Convention contre la torture*. En effet, la *Convention relative au statut des réfugiés* admet des exclusions à l'octroi du statut de réfugié (art. 1F) et des exceptions au principe du non-refoulement des réfugiés (art. 32 et 33). L'article 7 de la *Charte* et l'article premier viennent, quant à eux, limiter les droits à la vie et à la sécurité. Tandis que la *Convention contre la torture* interdit, en son article 3, dans toutes les circonstances, l'usage de la torture et le renvoi vers la torture. Toutefois, ces trois instruments visant la protection des droits

pertinente sur les actes de terroristes et les crimes à caractère politique, alors que c'est le ministre et ses délégués qui étudient le caractère criminel du réfugié, offrant des garanties procédurales plus faibles?

¹⁴⁵⁸ La position gouvernementale sur cette question est bien simple, un réfugié qui a caché son passé criminel ou que participe à des actes répréhensibles graves doit être immédiatement expulsé et les procédures sommaires répondent à cette préoccupation et cette condamnation contre un étranger à qui le Canada a offert l'asile. Ce que l'on oublie rapidement, surtout lorsqu'il s'agit du traitement des étrangers, c'est la présomption d'innocence. Heureusement, les tribunaux en général sont particulièrement sensibles à cette question et retournent souvent le dossier devant le ministre, comme c'est le cas de M. Suresh. Néanmoins, la Cour ne devrait pas résoudre les dossiers épineux seulement sous l'angle procédural. Elle a la responsabilité de guider les interprétations et les actions gouvernementales sur des questions très controversées. Voir la discussion plus approfondie en 3.1.3.

¹⁴⁵⁹ Voir l'introduction de cette deuxième partie, 3.2.

fondamentaux ne doivent pas être interprétés en vase clos. Ils sont interdépendants et leur substance, c'est-à-dire les valeurs qu'ils cherchent à protéger, sont les mêmes.

Les trois traits généraux de la bonne justification se précisent à travers une rationalité illustrée par trois arguments qui forment les critères de la bonne raison. Ces critères s'articulent autour 1. du caractère acceptable des prémisses, 2. de la force du lien entre les prémisses et la conclusion (critère de suffisance) et 3. de l'évaluation critique et rationnelle des prémisses et de leur lien avec la conclusion. Pour les fins de notre analyse il convient de retenir les premier et troisième critères qui se reflètent dans les deux hypothèses suivantes : en premier lieu, la difficulté de l'objectivité des données en matière de sécurité entache le caractère acceptable des prémisses avancées ou soutenues par les parties et retenues par la Cour. En deuxième lieu, l'absence d'un *accord rationnel substantiel* provient de l'exclusion des réfugiés du bien-être collectif du pays hôte¹⁴⁶⁰. Ces affirmations seront explorées à travers l'étude de la mise en œuvre de la norme impérative de l'interdit de torture, soit premièrement à travers la compréhension du droit impératif en droit international en deux volets (les points i et ii), et deuxièmement, sur une question évitée par la Cour, à savoir si le 11 septembre constituait un changement dans le consensus social au sujet de la prohibition de la torture (point iii).

i) Les obligations du Canada en droit international public : le droit impératif des normes relevant du jus cogens et les droits intangibles du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques

L'ancien alinéa 53(1)b), depuis 2002 l'article 115 de la *LIPR*, admet la possibilité de renvoyer un réfugié vers son pays d'origine où il encourt un risque d'être torturé¹⁴⁶¹. L'article 115 est encore plus explicite que l'ancienne loi et fut rédigé au moment de l'audition de l'affaire *Suresh* devant les juges de la Cour suprême¹⁴⁶². La nouveauté de l'article 115 est due à l'ajout dans la loi de la notion de personne protégée qui englobe à la fois la notion traditionnelle du

¹⁴⁶⁰ Terme utilisé par le Pr. Tremblay dans Luc B. TREMBLAY (2002), p. 291.

¹⁴⁶¹ Le premier point de la sous-section 3.1.2 confrontait les deux textes et en précisait la portée. L'introduction de l'article 115 affirme le principe de non-refoulement (115(1)) et prévoit deux exclusions à la protection offerte par le Canada (115(2) a) et b)).

¹⁴⁶² En effet, la loi sur l'immigration a reçu l'assentiment royal en juin 2002, mais la loi faisait déjà l'objet de consultations auprès de la population dès 1998, voir le rapport de l'Honorable Lucienne Robillard dans CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *De solides assises pour le 21e siècle, Nouvelles orientations pour la politique et la législation relatives aux immigrants et aux réfugiés*, Ottawa, 1998. Le Parlement avait d'ailleurs déjà entériné le projet de loi de la *LIPR* en 2001, il ne restait que les règlements à finaliser et à soumettre au comité parlementaire sur l'immigration.

réfugié, mais également la personne qui risque « des traitements ou peines cruels et inusités ». En effet, les articles 96 et 97 de la *LIPR* définissent la personne protégée tant par la crainte de persécution (art. 96) que par le risque de torture (art. 97). Tel que précisé au début de ce chapitre et réitéré dans la sous-section précédente, l'élargissement de la protection naît, entre autres, d'une préoccupation de la Cour suprême du renvoi des personnes dont la vie et la sécurité sont affectées¹⁴⁶³.

Cette précision mérite d'être rappelée. En effet, cet ajout des peines cruelles et inusitées comme motif de protection internationale rappelle l'article 12 de la *Charte* et les obligations de la signature de la *Convention contre la torture*. On peut se questionner sur le formalisme soudain de la Cour à exiger la ratification de la *Convention contre la torture*, alors que le contenu fait déjà partie de nos principes et des droits que nous avons voulu préserver en protégeant des personnes qui ne sont pas nécessairement persécutées, mais qui dans un contexte difficile souffrirait de mauvais traitement infligé par l'État ou par un agent privé¹⁴⁶⁴. La Cour rejette l'adhésion complète du Canada à la *Convention contre la torture* au motif que le Canada ne l'a pas ratifié. Toutefois, le Canada a ratifié la *Convention* dès 1987, soit l'année de l'entrée en vigueur de la *Convention* sans l'avoir incorporé en droit interne¹⁴⁶⁵. Néanmoins, au-delà d'un éventuel vice de forme, l'Annexe de la *LIPR* reproduit l'article premier de la *Convention contre la torture* et l'article 3 de la *LIPR* prévoit le respect des engagements internationaux du Canada à l'égard des étrangers et des réfugiés¹⁴⁶⁶.

La notion de *jus cogens* comme règles indérogeables apparaît au sein du droit international dans la foulée du développement des droits de l'Homme de l'après-guerre, avec l'adoption de la *Convention de Vienne* en 1969¹⁴⁶⁷. La communauté internationale s'est entendue pour affirmer un droit impératif qui ne peut souffrir de dérogations. En d'autres termes, une norme impérative ne peut subir de permutation par le biais d'un accord ou d'une entente. Ce

¹⁴⁶³ Voir la conclusion dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1R.C.S. 982, pp. 1071-1072.

¹⁴⁶⁴ Voir les guides d'interprétation de l'article 97 dans les guides de référence de la CISR, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/brdcom/references/legjur/Pages/ProtectLifVie.aspx> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹⁴⁶⁵ Voir l'état des signatures et ratifications par les États sur le site officiel de l'ONU, à l'adresse URL suivante : http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=fr (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹⁴⁶⁶ Sur le corpus législatif de l'article 3 et la mise en œuvre du droit des réfugiés par le Canada, voir l'Introduction générale, la sous-section 0.1.1.

¹⁴⁶⁷ Plus précisément, l'article 53, ci-après cité. Voir Pierre-Marie DUPUY (2003).

corpus des règles inviolables s'appelle le *jus cogens*. Il s'agit de protéger des droits à portée universelle qui ne sauraient souffrir d'exception. La prohibition de la torture, directement ou indirectement infligée, fait partie du *jus cogens*. Avant de s'arrêter sur les autorités qui admettent l'interdiction de la torture comme une norme impérative, il convient d'abord de relater l'évolution du *jus cogens* afin de s'interroger sur la négation de ce droit impératif par la Cour suprême dans *Suresh*. En effet, la Cour mentionne l'existence du *jus cogens* sans toutefois considérer la force impérative de l'interdiction de la torture, puisqu'elle y autorise une exception dans les cas de menace grave à la sécurité.

Il ne faut pas confondre *jus cogens* et droits indérogeables. En effet, entre les deux corps juridiques, il n'existe pas de concordance parfaite. L'Observation générale n°29 du Comité des droits de l'homme affirme que la question des droits indérogeables prévus au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* est liée sans toutefois se confondre à celle du *jus cogens*¹⁴⁶⁸ :

« L'énumération des dispositions non susceptibles de dérogation figurant à l'article 4 est liée – sans se confondre avec elle – à la question de savoir si certaines obligations relatives aux droits de l'homme revêtent le caractère de normes impératives du droit international. Le fait que certaines dispositions du Pacte soient, au paragraphe 2 de l'article 4, proclamées non susceptibles de dérogation **doit être interprété en partie comme une constatation du caractère impératif de quelques droits fondamentaux garantis par traité dans le Pacte** (par exemple les articles 6 et 7). Il est évident toutefois que d'autres dispositions du Pacte ont été incluses dans la liste de celles auxquelles il ne peut être dérogé parce qu'elles portent sur des droits dont la dérogation ne peut jamais être rendue nécessaire par la proclamation d'un état d'exception (par exemple, art. 11 et 18). De plus, **la catégorie des normes impératives est plus étendue que la liste des dispositions intangibles figurant au paragraphe 2 de l'article 4. Les États parties ne peuvent en aucune circonstance invoquer l'article 4 du Pacte pour justifier des actes attentatoires au droit humanitaire ou aux normes impératives du droit international, par exemple une prise d'otages, des châtiments collectifs, des privations arbitraires de liberté ou l'inobservation de principes fondamentaux garantissant un procès équitable comme la présomption d'innocence.** » [Nous soulignons]¹⁴⁶⁹

¹⁴⁶⁸ Sur le Pacte consulter la Rés. A.G. 2200A (XXI), U.N. GAOR Supp. (N° 16) p. 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 R.T.N.U. 171, entrée en vigueur le 23 mars 1976. Au sujet de l'Observation, voir COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, Observation générale No 29, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001). Plus précisément, il s'agit de l'Observation Générale sur l'article 4 (les situations d'exception), adoptée le 16 septembre 2001 à la 1950e session. Le texte intégral est disponible à l'adresse URL suivante : <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/french/f-gencom29.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹⁴⁶⁹ Le paragraphe 11 de l'Observation générale No. 29 du Comité des droits de l'homme, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

La distinction entre le *jus cogens* et les droits indérogeables est très importante, surtout lorsqu'il s'agit d'analyser leur portée. En effet, le jugement de la Cour suprême du Canada dans *Suresh* aurait dû procéder d'abord d'une analyse concernant la dérogation pour ce droit intangible prévu au *Pacte international des droits civils et politiques* qu'est la prohibition de la torture pour, ensuite, s'intéresser au *jus cogens*.

La Cour conclut plutôt sur la norme interdisant le recours à la torture comme étant « une pratique si répugnante qu'elle supplantera dans pratiquement tous les cas les autres considérations qui sont mises en balance, même les considérations de sécurité » (*Suresh*, par. 76). Les juges éludent l'indérogeabilité en adoptant une analyse qui ressemble plutôt à l'examen de l'existence d'une coutume sans statut particulier ne requérant pas une mise en œuvre par le droit interne : « Nous en venons à la conclusion que l'interprétation qui s'impose est que le droit international rejette les expulsions impliquant un risque de torture. Il s'agit de la norme qui nous éclaire le plus sur le contenu des principes de justice fondamentale » (*Suresh*, par. 75).

La supériorité de normes stabilisées par une convergence des pratiques ou des opinions des États sur l'intégrité physique et psychologique des personnes, par exemple, faisait l'objet de nombreuses controverses dans les années 50¹⁴⁷⁰. Bien le *jus cogens* fasse partie du droit positif, il semble que l'obsession sécuritaire remette en cause l'autorité des normes impératives. Le jugement de la Cour suprême dans *Suresh*, publié au lendemain des événements du 11 septembre 2001, s'inscrit dans ce créneau puisque les juges admettent des cas exceptionnels au renvoi possible à la torture.

Le débat se polarise entre les positivistes qui définissent l'aliénation de la souveraineté étatique par le seul truchement d'une convention et les *jusnaturalistes* qui considèrent le droit en fonction de la nature de l'homme et de sa finalité¹⁴⁷¹. Les droits subjectifs issus de l'essence même de l'homme au-delà de sa race, son ethnie, son rang social sont vus comme une catégorie de droits naturels, dans laquelle s'inscrit les droits de l'homme¹⁴⁷². Or comme le souligne à juste

¹⁴⁷⁰ Paul GUGGENHIEM, *Droit international public*, t. 1, 1^{re} éd., Genève, 1953, pp. 55 et ss. Jean COMBACAU, « Le droit international, bric-à-brac ou système? », (1986) 31 *Le système juridique, Archives de philosophie du droit* 85-105, pp. 100 et ss.

¹⁴⁷¹ Voir les réponses du Pr. Dupuy aux critiques positivistes sur le *jus cogens* dans Pierre-Marie DUPUY (2003), pp. 270 et 271.

¹⁴⁷² Pour des références récentes tant sur la définition que sur le débat qu'oppose droit naturel et droit positif voir Elisabeth DUFOURCQ, *L'invention de la loi naturelle*, Bayard, Paris, 2012 et Eric ALLEN ENGLE et Aron PING D'SOUZA, *Lex Naturalis, lus naturalis : Law as positive reasoning & natural rationality*, Elias Clark Group, coll. « The Elias

titre, le Pr. Pierre-Marie Dupuy, « il y a des différences majeures entre droit naturel et droit impératif »¹⁴⁷³. Il faut en effet distinguer l'imposition d'une règle par dérogation divine, de celle provenant du consentement collectif des États à vouloir imposer une norme dans la poursuite du bien commun de l'humanité¹⁴⁷⁴. À cette limitation de la souveraineté étatique n'est d'ailleurs pas étranger à nos constitutions occidentales ou à la *Charte canadienne* qui en est un exemple éloquent. Rappelons, comme il a été souligné au premier chapitre, que l'autorité judiciaire revêt toute sa pertinence lorsqu'il s'agit de défendre les droits fondamentaux ainsi enchâssés¹⁴⁷⁵. À notre avis, nier l'existence même d'un droit impératif serait démentir la construction normative d'un système qui s'est développé depuis 60 ans grâce, entre autres, à l'apport jurisprudentiel des tribunaux pénaux internationaux¹⁴⁷⁶. Si la Deuxième Guerre Mondiale offrait les raisons suffisantes pour interdire de façon absolue et catégorique l'usage de la torture, il est difficile de concevoir comment les événements du 11 septembre, qui ne se comparent pas avec les atrocités des guerres mondiales, constituent une dérogation aux impératifs alors posés.

Ce qui distingue, à prime abord, la *Charte* du droit impératif, c'est la limitation des droits fondamentaux par l'admission de restrictions justifiées par les principes de justice fondamentale

Clark Law Series », New York, 2010. Dans ses fondements, voir le classique de Léo Strauss de 1953, dans Léo STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, Paris, Flammarion, 1999.

¹⁴⁷³ Le Pr. Dupuy reprend les propos du Pr. Weil qui veut qu'aujourd'hui le *jus cogens* fait partie du droit positif dans Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *Recueil des Cours*, tome 237 (1992). Voir Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 270.

¹⁴⁷⁴ Cette distinction fut d'ailleurs exposée lors de la Conférence de Vienne sur le droit des traités en 1969, au moment de l'adoption de la *Convention*. Voir P. REUTER, *La Convention de Vienne sur le droits des traités*, Paris, Armand Colin, 1971 (déclaration de R.-J. Dupuy).

¹⁴⁷⁵ La démocratie invite les citoyens à adhérer à des normes impératives telles que prévues dans la *Charte*. La dispute concernant l'adhésion réelle du Québec relance tout le débat d'une démocratie réellement participative. Quoiqu'il en soit le Québec a repris plus ou moins fidèlement le contenu des droits enchâssés dans la *Charte* canadienne dans la *Charte* québécoise et reconnaît donc la supériorité des droits constitutionnels. Sur la division des pouvoirs et la participation des provinces et des territoires, voir le premier chapitre, à la sous-section 1.1.1.

¹⁴⁷⁶ La Cour internationale de Justice marque la présence du droit impératif dans certaines décisions clés. Ce sont surtout les autres organes de contrôle de la légalité internationale qui appliquent le *jus cogens* et indiquent les droits qui ne doivent pas être dérogés, soient les tribunaux arbitraux et les tribunaux pénaux internationaux, mais aussi la commission d'arbitrage et de conciliation pour la paix en Yougoslavie, le Comité des droits de l'homme, CourEDH et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Les arrêts fondamentaux sur le droit impératif en droit international et provenant de la Cour internationale de Justice sont *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, CIJ Recueil 1949, l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ recueil 1996. Voir également l'importante décision de la CIJ en 1970 qui consacre les obligations *erga omnes*, l'interdiction du génocide et des atteintes aux droits fondamentaux dans *Barcelona Traction*, CIJ Recueil 1970 *Cas concernant les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Rapports de la Cour Internationale de Justice, 1986. Voir également le *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, CIJ Recueil, ordonnance du 15 décembre 1979, *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, CIJ Recueil 1996. Ces arrêts de la Cour internationale de Justice, ainsi que les décisions portant spécifiquement sur la torture seront discutées plus loin, en particulier à travers la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux.

ou la démocratie. Quoi qu'il en soit, les obligations internationales contractées par le Canada doivent être respectées. La validité constitutionnelle dépend du respect de ces obligations¹⁴⁷⁷. Ce qui nous amène à discuter du contenu et de la force du *jus cogens*, particulièrement en rapport avec la torture dans le point suivant (voir point (ii)).

ii) Les effets du *jus cogens* en droit interne et sur l'interprétation des droits fondamentaux prévus par la Charte canadienne

L'article 53 de la *Convention de Vienne sur le Droit des Traités* est certainement le point de départ de l'expression de la norme impérative, puisqu'il affirme la supériorité du *jus cogens* sur le droit conventionnel condamnant à la nullité tout conflit entre une règle de droit impératif et celle découlant d'un accord :

« Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une **norme acceptée et reconnue** par la communauté internationale des États **dans son ensemble.** » [Nous soulignons.]¹⁴⁷⁸

La Cour suprême, dans *Suresh*, reprend à bon escient la définition du droit impératif prévue à l'article 53 et souligne son caractère coutumier « par l'établissement d'un consensus général de la communauté internationale » (*Suresh*, par. 61). Il faut ajouter que la *Convention de Vienne* prévoit aussi la possibilité de changer une norme impérative par « une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère » (article 53, précité). En d'autres termes, la *Convention de Vienne* n'est pas immuable et autorise le changement des priorités publiques et sociales, mais la *Convention* exige que la modification d'une règle impérative se fasse par l'admission et la pratique d'une nouvelle norme impérative, c'est-à-dire consensuelle et unanime¹⁴⁷⁹. On pouvait donc s'attendre à ce que la Cour suprême explique sa distanciation au consensus établi sur le caractère absolu de la prohibition de la torture. Toutefois, une telle

¹⁴⁷⁷ *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283.

¹⁴⁷⁸ L'article 53 de la *Convention de Vienne sur le Droit des Traités*, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679, 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Le Canada a adhéré à la Convention le 14 octobre 1970.

¹⁴⁷⁹ *Convention de Vienne sur le Droit des Traités*, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679, entrée en vigueur le 27 janvier 1980 à l'art. 53 [ci-après la *Convention de Vienne*]; Nguyen QUOC DINH, Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit International Public*, 7e éd., Paris, L.G.D.J. 2002 aux No 125-28. Sur ce point, la *Convention de Vienne* confirme le droit coutumier et en conjonction avec le Statut de la Cour internationale Justice et l'article 38, le *jus cogens* s'inscrit dans le droit. Voir, entre autres, Antony AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 à la p. 11 et Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 272.

affirmation doit s'accompagner d'une preuve au sujet du changement des priorités sociales, si les juges estimaient que la pratique avait évolué. Ce que la décision omet de faire, puisqu'elle se limite à affirmer que l'objet du litige n'est pas de « se prononcer sur la situation de la prohibition de la torture en droit international » en dépit du « fait qu'un tel principe soit inclus dans de nombreux instruments multilatéraux, [et] qu'il ne fasse partie d'aucune pratique administrative nationale connue » (*Suresh*, par. 63)¹⁴⁸⁰.

Le caractère impératif porte généralement une pratique majoritaire à un statut extraordinaire et lui confère l'indérogeabilité :

« [C]e qui rend la coutume impérative singulière, c'est que l'assentiment collectif à la juridicité d'une pratique collective revêt une importance [sociale] telle, que cette conjonction des *opinionones juris* largement majoritaires franchit un pas supplémentaire, très généralement à propos d'une norme déjà existante. La collectivité normative, qu'on désigne ici, aux termes de l'article 53 précité comme la « communauté internationale des États dans son ensemble » pousse plus loin son avantage, c'est-à-dire son assentiment. »¹⁴⁸¹

L'origine de la coutume impérative est donc volontariste, comme le souligne le Pr. Dupuy¹⁴⁸². Le consentement des États, quel que soit la forme de cet assentiment (entente, ratification, lois internes, pratiques, acquiescement tacite ou autres), pose l'acceptation et la reconnaissance d'une norme et de sa supériorité qui s'inscrit dans l'état du droit, dans l'ordre juridique international, mais aussi national. Nous y reviendrons¹⁴⁸³. La Cour suprême accepte la validité et la légitimité du *jus cogens* et procède à un examen plus ou moins rigoureux de l'interdiction de la torture comme une norme impérative. En affirmant qu'« il existe trois indices convaincants du fait que la prohibition de la torture est une norme impérative », il semble que les juges reconnaissent le caractère indérogeable de la prohibition de la torture.

On comprend alors difficilement l'exception aux criminels dangereux pour la sécurité nationale. Alors que la *Convention contre la torture* insiste en son paragraphe 2(2) qu'« aucune

¹⁴⁸⁰ Au paragraphe 61, la Cour, dans *Suresh*, affirme qu'un consensus social doit exister pour qu'une norme fasse partie du droit impératif. Les juges ont donc pris acte de la formulation du *jus cogens* sans toutefois l'appliquer rigoureusement. Ils éluderont la question en concluant que le droit constitutionnel prévaut et que la *Charte* permet une pondération des risques. Il est erroné, comme il a été souligné précédemment, de faire fi des obligations internationales.

¹⁴⁸¹ Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 276.

¹⁴⁸² Pierre-Marie DUPUY (2003), pp. 277-278.

¹⁴⁸³ L'application du droit international en vertu de l'article 38 du *Statut de la CIJ* présuppose l'interprétation de « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant du droit ». Voir 0-193.501 *Statut de la Cour internationale de justice*, du 26 juin 1945.

circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, [...] ne peut être invoquée pour justifier la torture »¹⁴⁸⁴, le retranchement de la Cour face aux obligations internationales du Canada se révèle presque pernicieux, lorsqu'elle écrit que « sauf **circonstances extraordinaires**, une expulsion implique un risque de torture violera généralement les principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Chartre* » (*Suresh*, par. 76)¹⁴⁸⁵.

De plus, il faut tenir compte de l'évolution des mentalités relatives à la protection des droits de l'homme au cours des soixante dernières années. La *Convention de Genève de 1951* est un traité archaïque en matière de droits de la personne, qui reflète les mentalités de l'immédiat après-guerre, avant même que les obligations *erga omnes* soient reconnues par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction* en 1970. En 1982, la *Charte canadienne* adopte une formulation qui ne tient pas vraiment compte de l'évolution du droit international des droits de l'homme sur la question des obligations *erga omnes* et des interdictions de *jus cogens*. L'interdiction absolue du renvoi vers la torture, adoptée en 1984 avec la *Convention contre la torture*, constitue l'état actuel du droit international sur le sujet. L'exception sécuritaire au refoulement des réfugiés, prévue à la *Convention de Genève de 1951*, est aujourd'hui limitée aux cas où la « persécution » prévue à cette *Convention* ne constitue pas de la « torture » ou des « peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » prévus à la *Convention contre la torture*. Le droit canadien doit désormais être interprété en tenant compte de ces évolutions notoires du droit international des droits de l'homme.

Ce décalage entre la suprématie d'une norme impérative inscrite en droit international et les limitations des droits sous l'article premier et l'article 7 de la *Chartre* révèle, à notre avis, un défaut juridique majeur¹⁴⁸⁶. La Cour suprême a d'ailleurs reconnu dans *Slight Communications* que « les obligations internationales du Canada renseigne sur l'interprétation des droits de la Charte, mais aussi de ce qui constitue un objectif urgent et réel »¹⁴⁸⁷. Le Canada en adhérant à la *Convention de Vienne*, admettait l'existence du *jus cogens* par son inscription à l'article 53 et les effets de la nullité

¹⁴⁸⁴ La mise en valeur des termes est de nous. Les articles 1, 2, 3 et 16 de la *Convention contre la torture* sont cités par la Cour au paragraphe 68 de la décision *Suresh*.

¹⁴⁸⁵ La mise en valeur des termes est de nous. Voir l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, pp. 833 et 835 où la Cour utilise les termes « circonstances exceptionnelles » et pour lequel un raisonnement similaire à l'affaire *Suresh* a été fait dans le cas d'un criminel renvoyé à la justice américaine où la peine de mort était infligée. Pour plus de détails sur l'analogie des décisions, voir la prochaine sous-section 4.2.2, au point i).

¹⁴⁸⁶ Argument repris par Obiora CHINEDU OKAFOR et Pius LEKWUWA OKORONKWO, « Reconfiguring Non-refoulement? The Suresh Decision, 'Security Relativism', and the International Human Rights Imperative », (2003) 15 (1) *Int'l J. Refugee L.* 30-67, aux pp. 45 et 46.

¹⁴⁸⁷ Voir le juge Dickson dans *Slight Communications inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S.1038, aux pages 1056 et 1057. Cette affirmation est reprise dans *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 80.

des autres règles ou d'un changement de normes prévus à l'article 64 de la Convention. Ce qui est certes difficile c'est de contraindre les États au respect du *jus cogens*.

Le *jus cogens* implique la mise en œuvre interne de la norme impérative¹⁴⁸⁸. C'est d'ailleurs ce que précise le rapport du Comité contre la torture de 2002 à propos de la décision *Suresh*. En effet, dans ses recommandations reproduites dans le rapport périodique du Canada, le Comité contre la torture a critiqué explicitement la décision de la Cour suprême dans *Suresh* pour ne pas avoir « reconnu en droit interne le caractère absolu de la protection conférée par l'article 3 de la Convention, qui n'est susceptible d'aucune exception quelle qu'elle soit »¹⁴⁸⁹.

Si, pour se convaincre de l'admission en droit international public de la norme impérative de l'interdiction à la torture, il faut revoir l'évolution du droit international sur cette question, les prochains paragraphes relateront les diverses conventions et arrêts des trois dernières décennies. Toutefois, cet exposé ne suffit pas à comprendre la position de la Cour, et la réponse semble se trouver dans la mise en œuvre du *jus cogens* et peut-être aussi dans la méprise de la Cour sur la cohérence du droit international public et son effectivité¹⁴⁹⁰. En effet, après trois paragraphes de revue du droit impératif au sujet de la torture, la Cour conclut tièdement à la mince possibilité d'une brèche à la règle, pourtant clairement indérogeable :

« Bien qu'on ne demande pas à notre Cour de se prononcer sur la situation de la prohibition de la torture en droit international, le fait qu'un tel principe soit inclus dans de nombreux instruments multilatéraux, qu'il ne fasse partie d'aucune pratique administrative nationale connue et qu'il soit considéré par de nombreux auteurs comme un norme impérative **en devenir**, voire déjà bien établie, tend à indiquer qu'on ne peut y déroger **inconsidérément**. » (*Suresh*, par. 65) [Nous soulignons.]

Étonnante conclusion si l'on se réfère aux conventions et à la jurisprudence internationale qui affirment clairement l'interdiction de la torture comme, d'une part un droit intangible, si l'on se réfère aux droits de l'homme et, d'autre part, faisant partie du *jus cogens*, selon la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux. Il faut absolument considérer tous les engagements contractuels et

¹⁴⁸⁸ Soulignons, la remarque judicieuse du Pr. Dupuy au sujet de la réduction du *jus cogens* à son simple attribut de la non-dérogeabilité. En effet, le droit impératif est souvent perçu comme une consécration de son inexistence plutôt que de l'invalidité des normes contredisant l'impérativité de certains droits. C'est faire fi de l'unité formelle et substantielle de l'ordre juridique international. Voir Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 300. Sur la construction d'un ordre juridique à partir des principes soutenant la *ratio legis* du droit impératif, voir la Conclusion générale.

¹⁴⁸⁹ Comité contre la torture, *Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Canada 07/07/2005*, 34^{ième} session, CAT/C/CR/34/CAN (Concluding Observations/Comments, 2005, par. 4(a).

¹⁴⁹⁰ Cette critique reprend celle de P.M. Dupuy lorsqu'il analyse l'identification des normes impératives et rencontre des objections tant matérielle que substantielle des positivistes purs plus incrédules sur la force juridique du *jus cogens*. Voir Pierre-Marie DUPUY (2003), section II, pp. 278-285.

déclaratoires du Canada sur la question de la torture afin de dégager une position, à notre avis, clairement affirmée sur la prohibition de la torture par le Canada¹⁴⁹¹. A savoir, l'article 5 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*¹⁴⁹², les articles 1 et 3 (sur l'interdiction absolue de la torture) de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Convention contre la torture)* de 1984, signée par le Canada en 1985 et ratifiée l'année de l'entrée en vigueur de la *Convention* en 1987, et dont l'article 1 sur la définition est reproduite dans la *LIPR* et fait donc partie du droit canadien, l'article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1976, ratifié par le Canada la même année¹⁴⁹³, le paragraphe 5.2(1) de la *Convention interaméricaine des Droits de l'Homme* jamais ratifiée par le Canada¹⁴⁹⁴, sans compter l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* de 1950 et les articles 4 et 5 de la *Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples*¹⁴⁹⁵.

iii) Le changement du consensus social autour de la pratique de la torture après le 11 septembre : absence de preuve à l'appui

Faut-il voir dans le refus de la Cour suprême de reconnaître la prohibition de la torture comme une règle impérative, un rejet de l'ordre public international auquel le Canada adhère? En repoussant la réalité juridique internationale, il semble que les juges aient négligé leur auditoire et n'aient pas réussi à soutenir leur jugement « par une preuve directe de nature scientifique fondée sur les meilleures théories disponibles et sur les méthodes généralement admises par les membres

¹⁴⁹¹ Il est surprenant de voir que dans *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S 779, la Cour s'est portée à cet exercice en démontrant historiquement le consensus d'une pratique canadienne et internationale à l'encontre de la peine de mort. Dans *Suresh*, par manque de temps, peut-être, la Cour reste très vague. Voir la sous-section suivante 4.2.2 en particulier au point i).

¹⁴⁹² Rés. A.G. 217A (III), U.N. Doc A/810 (1948). Bien que ce document ait une portée déclaratoire et ne soit pas contraignant, il reflète la volonté des États et l'engagement du Canada contre la torture. Par ailleurs, la Cour ne conteste pas l'abolition de la pratique de la torture au Canada. Il semble également, de consensus général, qu'aucune autorité canadienne ne pourrait exercer la torture sur des individus se trouvant au Canada. La question centrale, ici, est celle de l'imposition de la torture à l'étranger lorsque les autorités canadiennes renvoient une personne dans son pays d'origine. La sous-section 4.2.2 apportera quelques explications sur cette question.

¹⁴⁹³ Rés. A.G. 2200A (XXI), U.N. GAOR Supp. (N° 16) p. 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 R.T.N.U. 171, entrée en vigueur le 23 mars 1976.

¹⁴⁹⁴ Recueil des traités de l'OEA N° 36, 1144 R.T.N.U.. 123, entré en vigueur le 18 juillet 1978, réimprimé dans Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser.L.V/II.82 doc. 6 rév. 1 (1992).

¹⁴⁹⁵ *Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, ETS No. 5, 213 U.N.T.S. 222, entrée en vigueur le 3 sept. 1953, tel qu'amendée par les Protocoles no 3, 5, 8, et 11 qui sont entrés en vigueur le 21 septembre 1970, le 20 décembre 1971, le 1er janvier 1990 et le 1er Novembre 1998 respectivement et la *Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entrée en vigueur le 21 octobre 1986.

des communautés scientifiques pertinentes »¹⁴⁹⁶. Cette ambivalence entre la prohibition absolue de la torture reconnue par les traités, et généralement entérinée par les juristes et la pratique des États, et la vision relativiste des juges fondée sur l'exception de la sécurité nationale ébranle fortement la force du lien entre les prémisses et la conclusion tirée par la Cour¹⁴⁹⁷.

Cette position de la Cour cache certainement une question pressante au lendemain du 11 septembre, à savoir le changement du consensus concernant la prohibition de la torture. En effet, la question qui s'est posée, au niveau international, et le Canada a visiblement participé au débat, est de savoir si la nature des menaces posées par le terrorisme international justifie que l'on revoit le consensus entourant la pratique de la torture et le renvoi vers la torture.

Il est admis que le droit international, avant le 11 septembre 2001, reconnaissait la norme impérative de la prohibition de la torture, incluant le renvoi vers la torture. En effet, la jurisprudence internationale et régionale confirme la prohibition de la torture comme faisant partie du *jus cogens*. Contrairement à la revue jurisprudentielle très limitée de la Cour suprême dans *Suresh*, les jugements ressortant des tribunaux internationaux ou régionaux ne se limitent pas à l'affaire *Furundzija*, que cite par ailleurs la Cour. Bien qu'en soi, l'affaire *Furundzija* suffit pour affirmer l'inviolabilité de l'interdiction de la torture puisqu'elle confirme le caractère impératif de cette norme. En effet, la Cour suprême précise qu' : « en raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe [qu'est la prohibition de la torture] est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchisation internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier « ordinaire » » (*Suresh*, par. 64)¹⁴⁹⁸.

Furundzija reprend la conclusion d'une autre chambre dans *Delalic* (16 nov. 1998). Il existe aussi l'arrêt du *Détroit de Corfou* (1949) et l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires* (1996) de la Cour internationale de justice qui affirment ce principe¹⁴⁹⁹. Le Comité des droits l'homme, chargé de la mise en œuvre du *Pacte international*

¹⁴⁹⁶ Il s'agit-là du premier critère de la *bonne raison* qui porte sur le caractère acceptable des prémisses de l'argumentation, voir Luc B. TREMBLAY (2002), p. 287.

¹⁴⁹⁷ La force du lien entre les prémisses et la conclusion constitue le deuxième critère de la *bonne raison* que nous ne développerons pas, mais qui semble nécessairement entachés par les erreurs sur les jugements de faits et de valeur commises par la cour. Voir Luc B. TREMBLAY (2002), p. 290-291.

¹⁴⁹⁸ Voir l'arrêt du 10 décembre 1998, *Le procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, par. 153.

¹⁴⁹⁹ Pour consulter les décisions mentionnées, voir *Procureur c. Furundzija*, Jugement du Tribunal pénal international sur l'ex-Yougoslavie, Affaire No. IT-95-17/1-T, Chambre de première instance, 10 décembre 1998, aux pp. 155-157;

relatif aux droits civils et politiques, confirme également la supériorité des normes dictées par le droit impératif et affirme que des réserves contraires au *jus cogens* seraient incompatibles avec l'objet et le but du Pacte¹⁵⁰⁰. Tel que souligné précédemment, parmi ces droits inviolables, on compte l'interdit de torture. Cette observation rejoint les conclusions de la CIJ dans *Barcelona Traction* sur le respect des droits fondamentaux qui relève des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire des droits indérogeables propres à l'homme¹⁵⁰¹.

L'affaire *Pinochet* est justement reprise par la Cour suprême, au par. 64, mais il faut préciser qu'il s'agit de la reconnaissance par le plus haut tribunal anglais qui confirme le caractère impératif de la prohibition de la torture en 2000¹⁵⁰². Par ailleurs, cette tendance avait déjà été initiée par la Suisse qui a reconnu la prohibition de la torture comme faisant partie du *jus cogens* en 1983¹⁵⁰³. Enfin, de façon plus éclatante, la CourEDH a rendu une décision le 21 novembre 2001, peu de temps après les événements du 11 septembre 2001. Dans *Al-Adasani c. Royaume-Uni*, réitère le caractère impératif de l'interdiction de la torture « sur la base de précédents jurisprudentiels »¹⁵⁰⁴. En effet, ce n'est pas la première fois en 2001 que la CourEDH affirmait la prohibition de la torture. Durant cette période fatidique, la CourEDH a exclu toute considération à la sécurité nationale comme une possible exclusion à la norme impérative de l'interdit de torture, et ce, même pour d'éventuels terroristes¹⁵⁰⁵.

Pour contourner la reconnaissance en droit international de la prohibition de la torture, opposable en théorie aux juridictions internes, la Cour devait plutôt se demander si le consensus social avait changé après le 11 septembre. En effet, dans *Suresh*, la Cour procède par une analyse

Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), CIJ Recueil 1949, p.22 et l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ recueil 1996, p. 257. Voir également l'importante décision de la Cour Internationale de Justice en 1970 qui consacre les obligations *erga omnes*, l'interdiction du génocide et des atteintes aux droits fondamentaux dans *Barcelona Traction*, CIJ Recueil 1970, p. 32.

¹⁵⁰⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, Observations générales du 11 novembre 1994, Nations Unies, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.

¹⁵⁰¹ *Barcelona Traction*, CIJ Recueil 1970, par. 33.

¹⁵⁰² *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Es Parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] AC 147.

¹⁵⁰³ Tribunal fédéral de justice et de police suisse : ATF, 109 Ib 64(72).

¹⁵⁰⁴ *Al-Adasani c. Royaume-Uni*, CEDH arrêt du 21 novembre 2001, par. 61.

¹⁵⁰⁵ En particulier dans *Chahal c. Royaume-Uni*, (1996) ECHR, Report 1996-V, 1885, au par. 79; Réitéré plus récemment dans *Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom*, ECHR appl. 8139/09, 17 January 2012. Voir aussi *R.v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International and Others intervening)* (No. 3) [1999] 2 All E.R. (H.L.), au par. 108; Dans le contexte de la commission de crime de guerre et de crime contre l'humanité voir *Procureur c. Furundzija*, Jugement du Tribunal pénal international sur l'ex-Yougoslavie, Affaire No. IT-95-17/1-T, Chambre de première instance, 10 décembre 1998, aux pp. 155-157.

très limitée du droit international et fait peu d'efforts à relever les décisions judiciaires et la doctrine qui affirment la nature impérative de la prohibition de la torture, avant et après le 11 septembre¹⁵⁰⁶. Pour qu'une règle de *jus cogens* change il faut que le consensus change. Le consensus englobe la pratique, mais ne s'y limite pas. Pour démontrer un tel changement, il faut appuyer cette affirmation au moyen de preuves : généralement, il s'agit de la législation nationale, des politiques publiques, des décisions des tribunaux nationaux, régionaux et internationaux et des pratiques; la doctrine est également un repère pertinent surtout si, comme au lendemain du 11 septembre, il n'y a pas ou peu de décisions sur la question. Il est à noter qu'aucun pays occidental n'a adopté de loi autorisant la torture ou le renvoi explicite à la torture. Seul le droit de l'immigration peut admettre, implicitement comme en droit canadien, le renvoi vers la torture après le 11 septembre. Toutefois, une telle admission constitue, à notre avis, une erreur en droit tant au regard du droit international qu'au regard du droit constitutionnel canadien. En ce sens, et comme il a été souligné au troisième chapitre, le droit de l'immigration comporte des risques plus grand pour la vie et la sécurité d'un individu que le droit pénal¹⁵⁰⁷.

Selon une décision de la CourEDH de 2008, la lutte contre le terrorisme ne constitue pas une justification pour renvoyer un suspect terroriste dans un pays où cette personne risquerait la torture¹⁵⁰⁸. Néanmoins, la CourEDH n'a pas imposé l'impératif de l'interdit de torture sur l'immunité des États « en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'État »¹⁵⁰⁹. Cette fâcheuse conclusion fut vivement critiquée et emporte avec elle la difficile tâche de la mise en œuvre du droit impératif¹⁵¹⁰. Elle semble également refléter le malaise rencontrée par la Cour suprême du Canada dans *Suresh*.

¹⁵⁰⁶ Les conclusions de la recherche d'Andréanne Joanne-Laflamme abonde dans le même sens, voir Andréanne JOANNETTE-LAFLAMME, *La puissance des faits qui sont tus : la Cour suprême du Canada et l'expulsion vers la torture*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, août 2009.

¹⁵⁰⁷ Voir au troisième chapitre, la sous-section 3.2.2.

¹⁵⁰⁸ *Chahal c. Royaume-Uni*, (1996) ECHR, Report 1996-V, 1885, au par. 79, appuyant l'interprétation d'une prohibition absolue voir *Soering c. Royaume-Uni* (1989) 11 E.H.R.R. 439 à la p. 478 et réitéré en 2008 dans *Saadi v. Italy*, ECHR, no. 37201/06, 28 February 2008. Voir aussi *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International and Others intervening)* (No. 3) [1999] 2 All E.R. (H.L.), au par. 108; *Procureur c. Furundzija*, Jugement du Tribunal pénal international sur l'ex-Yougoslavie, Affaire No. IT-95-17/1-T, Chambre de première instance, 10 décembre 1998, aux pp. 155-57.

¹⁵⁰⁹ *Al-Adasani c. Royaume-Uni*, CEDH arrêt du 21 novembre 2001, par. 66.

¹⁵¹⁰ Voir l'opinion dissidente des juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic dans *Al-Adasani c. Royaume-Uni*, CEDH arrêt du 21 novembre 2001. Voir également Pierre-Marie DUPUY (2003), aux pages 272 et 297. Voir également François LAROCQUE, « La Loi sur l'immunité des États canadienne et la torture », (2010) 55 *McGill Law Review* 81-119.

En 1996, avant la tragédie du 11 septembre, la CourEDH avait dû trancher dans un dossier impliquant M. Chahal, une personne clé dans la coordination londonienne des actes terroristes perpétrés au Pendjab pour l'autonomie du peuple Sikh, en particulier dans la levée de fonds¹⁵¹¹. La Cour conclut en faveur de M. Chahal et empêche son renvoi en Inde, même s'il s'agit d'un membre d'une organisation terroriste. Au paragraphe 79 de sa décision, la CourEDH exprime en des termes très clairs l'exigence démocratique soutenant la prohibition de la torture :

“Article 3 (art. 3) enshrines one of the most fundamental values of democratic society (...). The Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4 (P1, P4), Article 3 (art. 3) makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 (art. 15) even in the event of a public emergency threatening the life of the nation”¹⁵¹² [Nous soulignons].

En 2002, suite aux événements du 11 septembre, ce principe fut réaffirmé devant la Commission interaméricaine des droits de l'Homme et dans son rapport sur le terrorisme et la préservation des droits de la personne¹⁵¹³.

Plus récemment, en janvier 2012, la CourEDH a cassé la décision britannique d'extrader vers la Jordanie Mr. Abu Qatada, un imam jordanien détenu depuis près de 10 ans par intermittence¹⁵¹⁴. L'extradition avait lieu dans le cadre d'un procès pénal contre Abu Qatada et des allégations sérieuses et fondées concluaient qu'une partie de la preuve du procureur était fondée sur des dépositions obtenues sous torture. Dans un tel contexte, la CourEDH a jugé que tout procès

¹⁵¹¹ *Chahal c. Royaume-Uni*, (1996) ECHR, *Report* 1996-V, 1885.

¹⁵¹² Voir également les décisions suivantes qui posent la même exigence : *The Ireland v. The United Kingdom*, judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 65, par. 163 et *The Tomasi v. France*, judgment of 27 August 1992, Series A no. 241-A, p. 42, par. 115.

¹⁵¹³ Commission interaméricaine des droits de l'Homme, *Report on Terrorism and Human Rights*, 22 octobre 2002, OEA/SER.L/V/II.116, Doc.5 rev. 1 corr., aux par. 13-15, 18-20, 22, 28, 94-95, 117 et 208. Il est à noter que la Cour interaméricaine des droits de l'homme admet elle aussi en droit l'usage du *jus cogens*. Voir Pierre-Marie DUPUY (2003), pp. 296-297.

¹⁵¹⁴ *Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom*, ECHR appl. 8139/09, 17 January 2012. Les autorités britanniques mettront presque un an, en novembre 2012, à libérer Abu Qatada dont la détention et la passivité des Anglais devant la décision a fait réagir la CourEDH. Les procédures britanniques pour l'emprisonnement des criminels étrangers ressemblent au régime canadien de certificat de sécurité. D'ailleurs, le recours à un avocat spécial est inspiré du régime anglais. La décision de la CourEDH est particulièrement intéressante puisqu'elle analyse en détails le processus et critique l'attitude des avocats et des juges devant les preuves obtenues sous la torture. Voir en particulier les par. 54 à 56 de la décision de la CourEDH.

admettant des preuves obtenues sous la torture constitue un procès impartial, qui va à l'encontre des principes de justice fondamentale¹⁵¹⁵.

De plus, une excellente revue de la doctrine reconnaissant le *jus cogens* et traitant aussi de l'interdiction de la torture fut l'objet d'une publication en 2001¹⁵¹⁶. Le Pr. Robert Kolb proposait, à l'époque, une bibliographie complète sur le sujet et constitue, encore aujourd'hui, une référence pour les juristes de droit international¹⁵¹⁷. On se surprend alors de la référence quasi-désuète de Hannikainen, par les juges dans *Suresh*¹⁵¹⁸ : l'état du droit international et celui des pratiques peuvent changer en l'espace d'une décennie. Lauri Hannikainen écrivait en 1988 que l'« inaction et l'incertitude qui en découle quant à l'identité des normes impératives constituent à l'heure actuelle le principal problème menaçant la viabilité du *jus cogens* » (*Suresh*, par. 61). La Cour semble s'appuyer sur cette affirmation pour se dégager des obligations qui découlent de la suprématie de la prohibition de la torture¹⁵¹⁹. Pourtant le même auteur refuse le renvoi d'un étranger considéré comme une menace à la sécurité vers la torture dans un contexte de la lutte contre le terrorisme¹⁵²⁰. Hannikainen constate par ailleurs la validité de l'impératif de la prohibition de la torture en droit international, malgré une pratique inconstante¹⁵²¹.

Si le droit international conventionnel est clair au sujet de la prohibition de la torture, avant et après le 11 septembre, il n'en demeure pas moins que la pratique généralisée des États doit correspondre au droit édicté; une pratique qui a d'ailleurs été exacerbée au lendemain du 11 septembre, surtout aux États-Unis. Si le constat international de la pratique de la torture ne permet pas de conclure en une congruité parfaite entre la norme et la pratique, la mise en cause des

¹⁵¹⁵ Voir également les décisions de la CourEDH qui abondent dans le même sens : *Soering c. Royaume-Uni* (1989) 11 E.H.R.R. 439 à la p. 478 et réitéré en 2008 dans *Saadi v. Italy*, ECHR, no. 37201/06, 28 February 2008 et en 2012 voir le jugement définitif publié le 18 mars 2013 dans *El Haski c. Belgique*, CourEDH, no. 649/08, le 25 septembre 2012.

¹⁵¹⁶ Robert KOLB, *Théorie du jus cogens international*, Paris, PUF, 2001 (publié le 5 novembre 2001).

¹⁵¹⁷ Robert KOLB, *Théorie du jus cogens international*, Paris, PUF, 2001, en particulier la bibliographie contenue aux pages 379 à 386.

¹⁵¹⁸ Lauri HANNIKAINEN, *Peremptory norms (jus cogens) in international Law: Historical development, criteria, present status*, Helsinki, Finnish Lawyer's publishing Co, 1988, pp. 723-724.

¹⁵¹⁹ Les auteurs Okafor et Okoronkwo expliquent que les juges sont passés d'une vision absolue de la prohibition de la torture vers une vision relative permettant l'exception à la norme impérative. Ce glissement est bien sur erroné, puisqu'aucune exception n'est autorisé du moment qu'une norme fait partie du *jus cogens*. Voir Obiora CHINEDU OKAFOR and Pius LEKWUWA OKORONKWO, "Reconfiguring Non-refoulement? The Suresh Decision, 'Security Relativism', and the International Human Rights Imperative", (2003) 15 (1) *Int'l J. Refugee L.* 30 aux pp. 45 et 46.

¹⁵²⁰ Lauri HANNIKAINEN, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law : Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publ. Co., 1988 au chap. 10 à la sect. G.

¹⁵²¹ Lauri HANNIKAINEN, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law : Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publ. Co., 1988, pp. 500-505.

exactions posées au lendemain du 11 septembre, en particulier par les services secrets américains, participe d'une condamnation officielle de la pratique de la torture¹⁵²². Dans une recherche exhaustive de 2010, le Pr. Toope conclut que le critère de légalité, voulant que la pratique respecte la norme, n'est pas rencontré¹⁵²³. Au risque de paraître « naïvement idéaliste », il est bon de rappeler que la barbarie n'a jamais constitué une base légale à l'action étatique et celle de la société¹⁵²⁴. Deux objections peuvent être faites à l'encontre de la conclusion du Pr. Toope : 1. tous les États occidentaux ont condamné l'usage de la torture, qu'il soit directement ou indirectement infligé, et 2. la référence à des dictatures, telles la Corée du Nord, la Syrie et l'Égypte, nous apparaît discutable quant à l'établissement du critère de conformité entre la norme et la pratique envers des pays qui ne reconnaissent pas l'État de droit¹⁵²⁵.

À notre avis, le fait que les actes de torture, infligés directement ou indirectement, se fasse dans le secret suffit pour condamner une pratique qui ne devrait pas avoir lieu. Le critère de légalité fondé sur la pratique ne doit pas être inclus simplement dans le fait d'infliger la torture, mais doit également comprendre la réaction des officiels et des tribunaux. Dans le cas contraire, ce serait l'État de droit dans lequel nous vivons qui est remis en question. Victor Hugo rappelle que la torture fut abolie au dix-huitième siècle, « c'est là en partie sa gloire, le dix-neuvième siècle abolira la peine mort »¹⁵²⁶. Le progrès, lent et précieux, de la conscience humaine doit-il être compromis par une pratique barbare, qui dispose des corps comme on dispose des bêtes? Et si la pratique de la torture se retournait contre les citoyens, dans un état policier, dicté par l'obsession sécuritaire, la conclusion serait-elle la même? À notre avis, le Pr. Toope évite une question fondamentalement

¹⁵²² Jutta BRUNNÉ and Stephen J. TOOPE, *Legitimacy and legality in international law*, New York, Cambridge University Press, 2010, pp. 260, 267 et 268.

¹⁵²³ Jutta BRUNNÉ and Stephen J. TOOPE, *Legitimacy and legality in international law*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 268.

¹⁵²⁴ Le Pr. Toope écrit que « ...it has been too easy to argue that a rule exists despite widespread failure to uphold it simply because states try to justify their breaches or keep them secret. [...] It has led to charges that international lawyers are naïve idealists. » dans Jutta BRUNNÉ and Stephen J. TOOPE, *Legitimacy and legality in international law*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 260.

¹⁵²⁵ Jutta BRUNNÉ and Stephen J. TOOPE, *Legitimacy and legality in international law*, New York, Cambridge University Press, 2010, pp. 265-267.

¹⁵²⁶ Citation en tête de chapitre, voir dans Victor HUGO, *Œuvres complètes de Victor Hugo. Actes et paroles I (1841-1951)*, monographies, Paris, Edition Ne Varietur, 1882, pp. 233 et 234. Nous avons consulté, la version numérisée, disponible à l'adresse URL suivante : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k374560/f235.image> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

éthique en s'accrochant strictement au formalisme de l'article 53 de la *Convention de Vienne*¹⁵²⁷. Il oublie dans son analyse que les premières victimes de ces violations sont les étrangers.

En effet, le fait que plusieurs États pratiquent le renvoi vers la torture pourrait entacher le consensus autour du caractère impératif de la prohibition de la torture¹⁵²⁸. La Cour internationale de Justice précisait en 1986, dans une fameuse décision (l'arrêt *Nicaragua*), que la pratique des États peut toutefois souffrir de quelques exceptions et conséquemment la pratique ne doit pas être en totale conformité avec une règle du *jus cogens*¹⁵²⁹. Il est certain qu'au niveau diplomatique et officiellement les États condamnent et interdisent la torture, tel que précisait dans *Suresh*, par. 61. L'adhésion des États, comme le soulignait Pierre-Marie Dupuy, peut aussi être faite sous la forme silencieuse de l'acquiescement. Rappelons que pendant la Conférence de Vienne en 1969, aucun consensus ne fut trouvé pour l'élaboration de critères précis à l'édification d'une norme impérative. Pourtant, les États ont également refusé la proposition américaine qui voulait que la norme soit reconnue « par l'ensemble des systèmes juridiques nationaux et régionaux du monde et à laquelle aucune dérogation n'est permise ». Ce refus révèle que la communauté internationale ne veut pas être dirigée par des principes immoraux dévolus à quelques dictatures, tout comme c'était le cas des Nazis¹⁵³⁰.

Aussi, ce qui semble s'inscrire dans le courant de la dérive sécuritaire ne justifie pas le retrait de l'assentiment de la communauté internationale à la norme impérative. Pire encore, cette attitude – condamnable sur les plans moral et éthique – ne résulte pas en l'existence d'une nouvelle pratique sociale qui effacerait la prohibition de la torture. En particulier, la réaction du monde occidental, devant la force des attaques terroristes au début de ce siècle, ne doit pas être une

¹⁵²⁷ Il existe des oppositions fermes sur le plan normatif qui contourne le manque de conformité ou de congruité, voir Pierre-Marie DUPUY (2003), pp. 299 à 307.

¹⁵²⁸ Les professeurs Brunné et Toope ne sont pas les seuls à faire ressortir le manque de cohérence dans la pratique des États au sujet de la torture, voir également Alex Neve, *Absolute Protection : No Matter Who, No Matter Why, Torture is Never Justified*, allocution présentée à l'occasion du *United Nations International Day in Support of Victims of Torture*, 26 juin 2003, en ligne : <http://64.233.167.104/search?q=cache:EatJ50azdLoJ:www.ccvr.org/alex.html+alex+neve+torture&hl=fr> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Pour des statistiques récentes consulter le site officiel du Comité contre la torture : <http://www2.ohchr.org/french/bodies/cat/> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Les statistiques sont malheureusement navrantes, Neve affirme que plus de 150 pays pratiquent la torture, dont la moitié de manière systématique.

¹⁵²⁹ *Cas concernant les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Rapports de la Cour Internationale de Justice, 1986 au par. 219. La CIJ confirme la nécessité pour la reconnaissance d'une règle impérative, en étudiant la légalité du recours à la légitime défense ou la contre-intervention, doit être reflétée par une : « pratique étatique abondante et significative ».

¹⁵³⁰ Citation empruntée dans Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 279, voir A/CONF.39/C.1/L.302.

invitation à démentir ses propres fondements démocratiques. Même les juges de la Cour suprême, dans *Suresh*, nous préviennent de la tentation de recourir à des moyens démagogiques pour vaincre le terrorisme : « les États doivent trouver un autre moyen [que le renvoi vers la torture afin] d'assurer la sécurité nationale » (*Suresh*, par. 76)¹⁵³¹. La position des juges à l'idée d'admettre le renvoi vers la torture dans des cas exceptionnels est fort surprenante. Souvent promoteur des droits de la personne et leader dans la défense de ceux-ci, on pourrait croire que la Cour suprême s'est laissé prendre au jeu de l'urgence et s'est transporté dans l'arène politique où elle n'avait pas sa place.

Par ailleurs, d'autres textes internationaux et des commissions internationales ou régionales ont confirmé l'absolue interdiction de la torture et le fait que le contexte, bien que menaçant, de la lutte contre le terrorisme ne justifie pas le renvoi vers la torture¹⁵³². Mentionnons quelques références pertinentes qui n'ont pas retenu l'attention de la Cour : 1. Herman Burgers et Hans Danelius, *The United Nations Convention Against Torture : A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988 à la p. 125; 2. la Commission du Droit International, *Commentaries to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act*, Article 40, aux pp. 283 (3) et 284 (5); et 3. le Comité des droits de l'Homme, Observation générale no 20, *Remplacement de l'Observation générale 7 concernant l'interdiction de la torture et des traitements cruels (art. 7)* 10/03/92, 44e sess. au par. 9. Les conclusions les plus éloquentes et plus congruentes sur la question du terrorisme et la prohibition de la torture se retrouvent dans les observations générales du Comité des droits de l'Homme sur l'état d'urgence créé par les événements du 11 septembre 2001¹⁵³³ :

« L'énumération des dispositions non susceptibles de dérogation figurant à l'article 4 est liée – sans se confondre avec elle – à la question de savoir si certaines obligations relatives aux droits de l'homme revêtent le caractère de normes impératives du droit international. Le fait que certaines dispositions du Pacte soient, au paragraphe 2 de l'article 4, proclamées non susceptibles de dérogation doit être interprété en partie comme une constatation du caractère impératif de quelques droits fondamentaux garantis par traité dans le Pacte (par exemple les articles 6 et 7). Il est évident

¹⁵³¹ Voir la discussion entre l'équilibre à faire entre sécurité et le maintien des droits fondamentaux, une réponse démocratique à la sécurité dans chapitre 1.3.3.

¹⁵³² Malcolm N. SHAW, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, aux pp. 203-04.

¹⁵³³ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, Observations Générales 29, *L'État d'Urgence (Article 4)*, U.N. Doc. /CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), au par. 11.

toutefois que d'autres dispositions du Pacte ont été incluses dans la liste de celles auxquelles il ne peut être dérogé parce qu'elles portent sur des droits **dont la dérogation ne peut jamais être rendue nécessaire par la proclamation d'un état d'exception** (par exemple, art. 11 et 18). De plus, la catégorie des normes impératives est plus étendue que la liste des dispositions intangibles figurant au paragraphe 2 de l'article 4. **Les États parties ne peuvent en aucune circonstance invoquer l'article 4 du Pacte pour justifier des actes attentatoires au droit humanitaire ou aux normes impératives du droit international, par exemple une prise d'otages, des châtiments collectifs, des privations arbitraires de liberté ou l'inobservation de principes fondamentaux garantissant un procès équitable comme la présomption d'innocence.** »

Ces propos respectent cette ligne de pensée entourant la démocratie de nos États de droit et devraient inspirer les décideurs politiques et judiciaires dans la compréhension des enjeux de sécurité. Ces observations qui ont été rendues publiques le 24 juillet 2001 étaient disponibles au moment où la Cour a pris sa décision. Le manque de fermeté de la Cour s'explique, à notre avis, non par un manque de sources disponibles, mais seulement à cause de l'effroi général provoqué par les événements du 11 septembre 2001.

La protection des réfugiés ne se limite pas aux droits de la *Convention relative au statut des réfugiés* et admet des instruments internationaux plus précis, telle que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ou la *Convention contre la torture*, et l'application équitable du droit constitutionnel interne, dans le cas présent la *Charte canadienne*¹⁵³⁴.

¹⁵³⁴ Voir sur les interactions entre les deux conventions Aoife DUFFY, « Expulsion to face torture? *Non-refoulement* in International Law » (2008), 20 *Int'l J. Refugee L.* 373. Voir aussi les analyses juridiques abondant dans le même sens dans Elihu LAUTERPACHT et Daniel BETHLEHEM, « Avis sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement », dans Erika FELLER, Volker TÜRK et Frances NICHOLSON (dirs), *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 119 et ss.; Jari PIRJOLA, « Shadows in Par.dise — Exploring *Non-Refoulement* as an Open Concept », (2007) 19 *Int'l J. Refugee L.* 639 ; Kees WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement : A Legal Analysis of the Prohibitions on Refoulement Contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention Against Torture*, Portland, Intersentia, 2009. Voir également, au sujet de l'extradition, les nombreux rapports du Haut Commissariat pour les réfugiés dans HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, « Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés », Genève, 2008, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ab379262> (dernière consultation le 16 septembre 2013); HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Problèmes d'extradition concernant les réfugiés*, 16 octobre 1980, n° 17 (XXXI) — 1980; HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, « Relevé des conclusions : La cessation du statut de réfugié », dans Erika FELLER, Volker TÜRK et Frances NICHOLSON (dirs), *La protection des réfugiés en droit international*. Bruxelles, Larcier, 2008, p. 611. Voir également dans HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, « The Interface Between Extradition and Asylum », by Sibylle Kapferer, November 2003, PPLA/2003/05, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fe846da4.html> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

Des communications devant le Comité contre la torture impliquant le gouvernement canadien et des étrangers confrontés devant un renvoi vers la torture confirment le principe¹⁵³⁵. En outre, il faut considérer les textes des tribunaux internationaux où la torture y figure comme un crime grave. Bien que compris dans l'interprétation des définitions des crimes des tribunaux internationaux, et contrairement au *Statut du Tribunal militaire international*, la *Loi no 10* inclut expressément la torture parmi les crimes contre l'humanité. Le texte le plus condensé et le plus actuel en droit humanitaire est le *Statut de Rome* qui définit la torture et distingue la persécution de la torture. En effet, dans l'affaire *Harb*, étudiée dans le premier point (i), la Cour d'appel a précisé que l'article 7 du *Statut de Rome* est important pour l'application de l'al. 1Fa), puisqu'il contient une définition plus contemporaine des crimes contre l'humanité¹⁵³⁶. Le *Statut de Rome* prohibe la torture en tant que crime contre l'humanité, c'est-à-dire lorsque commise dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile, ce qui n'est pas le cas de figure envisagé dans *Suresh* par son renvoi au Sri Lanka. Toutefois, il est difficile de saisir l'expression « circonstances exceptionnelles », utilisées par la Cour suprême, en dehors d'un tel contexte¹⁵³⁷.

En conclusion, le critère ultime de positivité en droit international public est la pratique étatique et, à ce titre, les décisions judiciaires des tribunaux nationaux comptent comme faisant partie de cette pratique. De plus, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice montre que le contenu du *jus cogens* n'est pas qu'une affaire de droits de l'homme et comprend également des « droits fondamentaux étatiques »¹⁵³⁸. Il se pourrait techniquement que l'articulation entre la priorité des droits de l'États et ceux de l'individu, présente également en droit constitutionnel, se

¹⁵³⁵ Dans les deux dossiers, le Comité des droits de l'Homme s'est prononcé en faveur du plaignant, l'individu devant être expulsé vers la peine de mort, étant donné la ferme position du Canada contre la peine de mort, le Comité a conclu que le Canada devait protéger le droit à la vie de l'auteur de la communication. Dans le deuxième, le Comité a exigé des garanties que la peine de mort ne soit pas infligée. Voir *Kindler c. Canada*, Communication No. 829/1998, Comité des droits de l'Homme, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998 au par. 10.6 (2003); *Chitat Ng c. Canada*, Communication No 469/1991, Comité des droits de l'Homme, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991. Voir aussi dans le même esprit *Tapia Paes c. Suède*, Communication No 39/1996, Comité contre la torture, 18e sess., CAT/C/18/D/39/1996, au par. 3.1. et *Kindler c. Canada*, Communication No. 470/1991, Comité des droits de l'Homme, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1990 au par. 13.2 (1993). Voir également devant d'autres instances internationales Commission des droits de l'Homme, *Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment : Report by Special Rapporteur*, M. P. Kooijmans, E/CN.4/1992/17; Comité des droits de l'Homme, Observation générale no 24, *Questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des protocoles facultatifs et relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, 04/11/94, 52e sess., CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, no. 8 et 10.

¹⁵³⁶ *Harb c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2003 C.A.F. 39, par. 7.

¹⁵³⁷ La prochaine sous-section reviendra sur les termes « circonstances exceptionnelles », voir la sous-section 4.2.2 au point i).

¹⁵³⁸ Voir *Cas concernant les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Rapports de la Cour Internationale de Justice, 1986.

modifie en réponse à des transformations dans la société internationale. Cette question centrale et difficile fut soulevée dans tous les cercles nationaux et internationaux en référence au problème de la torture après le 11 septembre 2001, y compris évidemment la Cour suprême du Canada.

Selon nous, la dérive sécuritaire ne saurait supplanter la prohibition de la torture, qui un legs de la génération qui a subi la seconde guerre mondiale. Bien que le 11 septembre soit venu secouer les assises démocratiques de l'Occident, en vertu de ces mêmes principes fondateurs, personne n'affirme qu'il s'agit d'un cataclysme de l'ampleur de celui d'une guerre mondiale et il est aujourd'hui impossible de conclure au changement du consensus entourant la prohibition de la torture. L'usage de la torture est une tentation qui semblait presque devenir une nécessité à l'égard des personnes ayant participé aux attaques du 11 septembre et aux affrontements en Afghanistan. Le traitement inhumain des prisonniers à Guantanamo Bay en est un triste exemple. Il était difficile, voire impossible, pour la Cour suprême du Canada de déterminer la force de la prohibition de la torture sans passer par une analyse sur le consensus. La proximité des événements ne permettait, à notre avis, qu'une évaluation sommaire et peu concluante. Pour cette raison, les juges auraient dû se limiter au cas de M. Suresh et renvoyer le dossier à une nouvelle évaluation des risques, plutôt que de s'aventurer sur des questions hautement politisées et dont l'imprévisibilité des résultats exigeait tout simplement la sagesse de la retenue judiciaire.

L'interdiction absolue de la torture a été fortement ébranlée, à la suite du 11 septembre, spécialement aux États-Unis. L'obsession sécuritaire s'associe plutôt, à notre avis, à la réaction de terreur humainement concevable et à l'incertitude créée par des attaques sur des civils en Amérique. Pourtant, les gouvernements occidentaux devront trouver une réponse adéquate qui soit conforme aux principes démocratiques qui fondent nos États de droit¹⁵³⁹. Il faut donc conclure que l'article 115 de la *LIPR*, en permettant le renvoi vers la torture d'un réfugié, est inconstitutionnel, non seulement en regard des obligations internationales du Canada et de l'ordre juridique international auquel il participe, mais aussi, comme il sera démontré dans le prochain développement, en vertu du droit constitutionnel canadien et de la *Charte*.

¹⁵³⁹ Voir à ce sujet la conclusion du premier chapitre et l'excellente intervention de la juge en chef Beverley McLACHLIN dans « Lutter contre le terrorisme tout en préservant nos libertés civiles », Allocution de la très honorable Beverley McLACHLIN, C.P. Juge en chef du Canada Devant le Ottawa Women's Canadian Club Ottawa (Ontario) Le 22 septembre 2009. Allocution disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.scc-C.S.C..gc.ca/court-cour/ju/spe-dis/bm2009-09-22-fra.asp> (dernière consultation le 16 septembre 2013).

Sous-section 4.2.2 Approche et méthodologie rationnellement légitimées : « choquer la conscience des Canadiens », une déférence judiciaire majorée en matière de sécurité et l'application inégale du concept de dignité humaine pour les étrangers soupçonnés de criminalité transnationale

Si l'on admet, comme il a été exposé précédemment, la force impérative de l'interdiction de la torture en droit international, l'analyse constitutionnelle de l'affaire *Suresh* pourrait prendre fin ici. En effet, les obligations internationales forcent le Canada à respecter ses engagements, même si le gouvernement affirme ne pas avoir incorporé en droit interne la prohibition absolue de la torture. Il serait, en outre, difficile de taire certaines erreurs de la Cour concernant l'application des critères restreignant les droits fondamentaux, et ce, même dans une logique strictement constitutionnelle, c'est-à-dire au regard uniquement du droit interne, en particulier de la *Charte canadienne*. Aussi l'examen de la décision serait-il partiel ou incomplet si on se limitait à l'examen des obligations internationales du Canada. À notre avis, l'erreur la plus importante de la Cour fut d'imposer des exceptions à la prohibition de la torture, en interprétant le droit international en fonction du droit constitutionnel canadien. En aménageant ainsi les principes constitutionnels et l'ordre international, les juges ont toutefois dérogé aux critères de rationalité, une dérogation masquée par une retenue judiciaire au motif d'impératifs sécuritaires¹⁵⁴⁰.

Pour mieux saisir le raisonnement de la Cour, il faut revenir sur le test constitutionnel de l'article 7 de la *Charte*. Tel que précisé au premier chapitre et en introduction de ce chapitre, la Cour, dans *Suresh*, a procédé par une analyse unique sous l'article 7, sans examiner l'article premier de la *Charte*, afin de déterminer si le renvoi vers la torture d'un criminel étranger menaçant gravement la sécurité du Canada était possible. En effet, la constitutionnalité de l'article 115 de la *LIPR* dépend de la possibilité pour le Canada de renvoyer un réfugié là où existe un risque de persécution, de torture ou de traitements ou peines cruels et inusités. Le renvoi vers la persécution ou la torture sont des limitations aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité reconnus par l'article 7.

En effet, l'article 7 de la *Charte* protège le droit à la vie, la liberté et la sécurité de toute personne se trouvant au Canada et interdit en soi le retour par les autorités canadiennes vers un pays où un individu risque la persécution ou la torture. Toutefois, le même article permet une

¹⁵⁴⁰ Voir également l'analyse très intéressante de Robert J. CURRIE, « Charter Without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedoms », (2004) 27 *Dal. L.J.* 235-284.

limite à cette protection si la restriction se conforme aux principes de justice fondamentale. Le chapitre premier a dégagé les concepts généraux soutenant les principes de justice fondamentale qui constituent « les préceptes fondamentaux de notre système juridiques »¹⁵⁴¹, tel que l'impartialité et le respect de la *rule of law*¹⁵⁴². La similitude entre les concepts d'une société libre et démocratique de l'article premier de la *Charte* et ceux propres à la justice fondamentale a également été soulignée au premier chapitre¹⁵⁴³. Par conséquent, une analyse par la Cour sous l'article premier de la *Charte* aurait eu probablement les mêmes conséquences.

Il se dégage plusieurs visions et interprétations des droits fondamentaux dans leur mise en œuvre, surtout lorsque la sécurité de la nation est évoquée. L'exercice difficile de l'exécutif d'assurer la protection physique et territoriale de la population pourrait conduire à une restriction des droits, même les plus fondamentaux, des étrangers. La justification d'une limitation doit passer par un processus de légitimation suffisamment solide et persuasive qu'il surpasse le « seuil de résistance » exercé par les droits fondamentaux. Par exemple, en droit pénal, le procès constitue une procédure de légitimation suffisante pour conduire à la condamnation et l'emprisonnement d'un individu.

Cet exercice de légitimation des justifications du droit de l'immigration portées contre les droits fondamentaux des réfugiés constitue le point de départ de la recherche. En effet, l'hypothèse formulée dans l'Introduction générale porte sur la fluctuation du traitement juridique des réfugiés. Plus précisément, la vulnérabilité des réfugiés serait accentuée par les préoccupations sécuritaires que même le pouvoir judiciaire ne parviendrait à annihiler. En d'autres termes, le poids que les juges donnent aux droits fondamentaux serait affaibli, lorsque le contexte sociopolitique est obnubilé par la sécurité. Il en découle que la sécurité s'impose comme

¹⁵⁴¹ *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 70.

¹⁵⁴² Dans *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S.571, la Cour suprême a affirmé ceci au sujet de l'identification des principes de justice fondamentale : « Pour qu'une règle ou un principe constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, il doit s'agir d'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 permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. » Pour un développement plus détaillé sur cette question, voir au premier chapitre, la sous-section 1.1.2.

¹⁵⁴³ Voir au premier chapitre, la sous-section 1.1.2.

une restriction juste et légitime qui émane des principes de justice naturelle et de la société libre et démocratique¹⁵⁴⁴.

Néanmoins, d'autres interprétations permettraient une analyse plus rigoureuse des motivations du gouvernement, même dans les cas de sécurité, et abattraient l'incertitude émotionnelle provoquée par des événements aussi dramatiques que ceux du 11 septembre 2001. L'approche la plus valide nous paraît être celle du Pr. Luc B. Tremblay¹⁵⁴⁵. La théorie du fondement légitime adopte une conception des droits comme *contraintes latérales* qui résistent aux limitations gouvernementales avec une force qui dépend du contexte¹⁵⁴⁶. Cette conception présuppose un questionnement sur le droit en cause, le titulaire du droit affecté et le contexte dans lequel ce droit est limité (vision dite contextuelle ou *side-constraints*)¹⁵⁴⁷. Les raisons soutenant la restriction gouvernementale devront être *suffisantes* pour contrecarrer le poids d'un droit affecté. La théorie du fondement légitime s'oppose en quelque sorte à la théorie du fondement rationnel qui accorde une grande déférence à l'action politique¹⁵⁴⁸.

La restriction aux droits, dans la théorie du fondement rationnel, est valide dans la mesure où elle a suivi un processus démocratique d'adoption et qu'elle est proportionnée par rapport aux objectifs qu'elle veut atteindre (vision *conséquentialiste*). Dans cette approche, les juges s'intéressent strictement à évaluer l'impact des droits affectés par rapport au but recherché et s'exprime souvent par la retenue judiciaire.

La théorie du fondement rationnel accorde moins d'importance à la légitimité de la justification de l'action gouvernementale et accepte plus libéralement une panoplie de solutions présentées par le gouvernement, sans considération d'un ordre normatif précis. Cette dernière fraction de notre analyse offre donc la possibilité de confronter l'hypothèse de départ et de la

¹⁵⁴⁴ Voir l'intéressante réflexion sur les processus de légitimation de la sécurité nationale et son impact sur les droits fondamentaux à travers la théorie wébérienne et l'analyse en trois parties fondée sur la jurisprudence formelle, instrumentale et des valeurs dans Michel COUTU et Marie-Hélène GIROUX, « L'après 11 septembre devant la Cour suprême : situation exceptionnelle et légitimité », (2003) Numéro spécial *Revue du Barreau* pp. 237-270. Sur la jurisprudence des valeurs qui interprète les droits fondamentaux à partir de l'éthique et d'une hiérarchie des valeurs soutenant l'analyse constitutionnelle voir les références sur cette école de pensée et les rapprochements avec la théorie du Pr. Tremblay au premier chapitre, à la sous-section 1.1.1, au point ii).

¹⁵⁴⁵ Au sujet des motifs du choix entourant le cadre théorique de la recherche, voir l'Introduction générale, à la sous-section 0.2.2 au point i).

¹⁵⁴⁶ Voir en particulier Luc B. TREMBLAY (2002), pp. 317 et ss.

¹⁵⁴⁷ Pour plus de détails sur la conception fondée sur le principe des *side constraints* et de l'échelle mobile, voir au premier chapitre, la sous-section 1.2.2.

¹⁵⁴⁸ Voir entre autres la réflexion intéressante de Luc B. Tremblay qui expose la retenue judiciaire dans l'interprétation de l'article premier de la *Charte* comme la théorie du fondement rationnel. Voir Luc B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : une affaire de rationalité ou de légitimité? », (1999) 10 *R.N.D.C.* 41-67.

confirmer, le cas échéant, à l'aide d'une grille analytique qui permet de distinguer deux représentations prédominantes des droits fondamentaux l'approche conséquentialiste et l'approche contextuelle. Il semble, d'ailleurs, qu'en matière de sécurité, la Cour suprême hésite à intervenir et préfère adopter une approche *conséquentialiste*¹⁵⁴⁹.

Il devient donc essentiel de clarifier certains principes constitutionnels en prenant pour baromètre la théorie du fondement légitime, afin d'examiner les allégations de la Cour sur la proportionnalité des risques de torture et de sécurité nationale à travers le troisième critère de la « bonne raison », soit *l'évaluation critique et rationnelle des prémisses et de leur lien avec la conclusion*¹⁵⁵⁰. Ce troisième et dernier critère de la *bonne raison* n'a pas donné lieu à suffisamment de débats et d'explications dans le jugement de la Cour dans l'affaire *Suresh*. On peut également, comme il a déjà été relevé dans la première partie de ce chapitre, se demander si le jugement de la Cour résiste également à certains critères de la raison valable¹⁵⁵¹.

L'interdiction de la torture fait déjà partie du droit canadien aux articles 7 (3.7) et 269.1(1) et (2) du *Code criminel*¹⁵⁵². Le débat historique entourant la torture au Canada éclaire sur le consensus social et sur les motivations canadiennes de son abolition. Le fait qu'il ne soit pas totalement interdit par notre droit est faux. En effet, la pratique canadienne, l'adhésion du Canada au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* en 1976 et l'adoption de l'article 12 de la *Charte* confirment une interdiction absolue en droit canadien¹⁵⁵³. Selon le constitutionnaliste Peter Hogg, la prohibition de la torture serait un droit absolu auquel aucune limitation ne peut être opposée : il serait peut-être le seul¹⁵⁵⁴. D'un point de vue administratif, on constate aussi que la violence policière et les techniques de dissuasion ou de cueillette d'information sous la torture sont condamnées et punies¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁴⁹ Voir le point ii) de cette sous-section.

¹⁵⁵⁰ Luc B. TREMBLAY (2002), pp. 291-294.

¹⁵⁵¹ Voir au troisième chapitre, la sous-section 3.2.2.

¹⁵⁵² Voir *Code criminel et lois connexes annotés* (Alain Dubois et Philip Schneider), L. R. C. 2004.

¹⁵⁵³ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations Unies, A.G. Rés. 2200 A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966).

¹⁵⁵⁴ Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2003 Student Ed. Scarborough, Ontario, Thomson Canada Limited, 2003, p. 822.

¹⁵⁵⁵ Voir les incidents de l'automne 2012 de la policière Stéphanie Trudeau (matricule 728) et les dénonciations faites lors des manifestations étudiantes en 2012. Pour plus de détails voir le reportage de Normand Grondin daté du 18 décembre 2012 intitulé « Matricule 728 : trois hommes dans l'attente », publié sur le site de Radio-Canada et disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/societe/2012/12/18/005-matricule728-victimes-attente.shtml> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

Cette sous-section propose un survol de la jurisprudence en matière de renvoi des étrangers criminels vers la peine de mort ou la torture, en se concentrant sur la jurisprudence disponible à la Cour suprême au moment de la décision de *Suresh* en 2002. Le renvoi vers la torture et surtout vers la peine de mort avaient fait l'objet de débats entre les juges de la Cour suprême, en particulier dans les années 90, avant l'affaire *Suresh*. La compréhension des positions contrastées des juges permet d'analyser, à travers le test constitutionnel du choc des consciences, les conceptions judiciaires des droits fondamentaux et les limites imposées par les principes de justice fondamentale. Il va sans dire que la jurisprudence récente, ci-après relatée, permettra de comprendre si les juges ont une compréhension différente des enjeux actuels ou encore si la sécurité justifie encore aujourd'hui le déni des droits les plus fondamentaux, et ce, dix ans après la tragédie du 11 septembre 2001.

L'examen de l'article 7 a donné à différent types d'analyses. Dans *Suresh*, la Cour a retenu la « conduite qui choquerait la conscience des Canadiens » (*Suresh*, par. 49). Le test du « choc de la conscience », développé par la Cour suprême, procède du procès juste et équitable. Dans le cadre de l'article 7 de la *Charte*, l'expression « choquer la conscience des Canadiens et des Canadiennes » fut adoptée pour la première dans une affaire d'extradition *Canada c. Schmidt*, en 1987¹⁵⁵⁶. Dans cette affaire, la Cour suprême devait déterminer si l'extradition de Mme Schmidt ayant fui les procédures pénales américaines était constitutionnelle. En déterminant ce qui choquerait la conscience des Canadiens, la majorité (par. 47 et 48) a affirmé que le renvoi à un procès criminel équitable ne constitue pas une violation de la justice fondamentale et qu'il n'est pas nécessaire d'évaluer toutes les garanties offertes par le tiers pays, telle que la présomption d'innocence¹⁵⁵⁷. Néanmoins, selon la Cour, la torture amènerait à choquer la conscience¹⁵⁵⁸.

Ce test a déjà été utilisé afin d'évaluer si la peine infligée suite à un procès pénal constituerait une peine si cruelle qu'elle choquerait la conscience des Canadiens. Dans le cadre de l'article 12 de la *Charte*, il est donc également possible d'adopter ce raisonnement. C'est ce qu'a

¹⁵⁵⁶ *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500.

¹⁵⁵⁷ Voir la dissidence du juge Wilson qui exige une analyse détaillée permettant d'offrir aux fugitifs ou à toute personne se trouvant au Canada les mêmes garanties que celle offertes par la *Charte* en cas de renvoi. *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, par. 68 et ss.

¹⁵⁵⁸ *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, par. 47.

fait la Cour suprême en 2001, dans l'affaire *Burns*, avant la publication de la décision *Suresh*¹⁵⁵⁹. D'ailleurs, les juges dans *Suresh* se sont rapportés à l'examen préconisé dans *Burns* (*Suresh*, par. 45). Dans l'affaire *Burns*, la Cour suprême devait décider dans quelle mesure la peine de mort constitue un mauvais traitement interdit par l'article 12 de la *Charte*. La Cour a porté son analyse sur les principes de justice fondamentale en affirmant que « les valeurs qui sont à la base de divers articles de la Charte, notamment l'art. 12, font partie du processus de pondération fondé sur l'art. 7 »¹⁵⁶⁰. Le test du « choc des consciences » n'offre pas beaucoup de lignes directrices et doit être vu comme un moyen pour établir la gravité de la restriction sur le droit affecté. L'enjeu essentiel demeure l'interprétation des principes de justice fondamentale.

La théorie du Pr. Tremblay devient alors particulièrement éclairante au sujet des limites que posent les droits fondamentaux sur la discrétion gouvernementale. Il en ressort deux visions : celle de la déférence judiciaire exprimée à travers la rationalité formelle des interventions gouvernementales (approche *conséquentialiste*) et celle de la correction des décisions en fonction de la contrainte latérale exercée par les droits fondamentaux (*side-constraints*)¹⁵⁶¹. Dans le premier cas, le juge n'intervient que dans la mesure où une valeur clairement établie entre en conflit direct avec la mesure gouvernementale (point i). Alors que dans l'approche dictée par la théorie du fondement légitime, le juge opte pour une analyse des droits fondamentaux exerçant des résistances, plus ou moins élevées et dont la force dépend du contexte, sur la validité de la norme édictée (point ii).

i) L'approche conséquentialiste dans *Suresh* : la torture ne choque pas la conscience des Canadiens si elle est pratiquée sur des criminels étrangers

La Cour, dans *Suresh*, reprend le test constitutionnel portant sur le choc des consciences, à savoir si une mesure est suffisamment grave et inacceptable que si elle était appliquée, elle « choquerait la conscience » des Canadiens¹⁵⁶². Les juges de première instance et en appel, avant

¹⁵⁵⁹ Il s'agit de *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283.

¹⁵⁶⁰ Voir *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 47.

¹⁵⁶¹ Pour plus de détails sur les fondements théoriques de ces deux visions, voir le premier chapitre, à la sous-section 1.2.2.

¹⁵⁶² Les principes de justice fondamentale comprennent une analyse morale de l'exécution des peines ou des conséquences à un renvoi. Depuis 1984, la Cour a posé son analyse sur l'inadmissibilité des normes parce qu'elle contreviendrait à la conscience humaine. En effet, pour conclure à une violation de l'article 7 de la *Charte*, la peine encourue à l'étranger doit « choquer la conscience » (*Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, p. 522) ou être « simplement inacceptable » (*États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564, p. 572). Voir également les sources de

même la tragédie de septembre 2001, avaient conclu que le renvoi de M. Suresh ne « choquerait pas la conscience », même s’il existait des risques de torture (*Suresh*, par. 18-21-22). Les juges de la Cour suprême ont d’abord confirmé l’existence de risque sérieux de torture dans le cas du renvoi de M. Suresh, sur la base de la conclusion de l’agent d’immigration ; évaluation foncièrement factuelle. Ils ont ensuite examiné la question constitutionnelle sur le choc des consciences dans le cas d’un renvoi vers la torture (*Suresh*, par. 27).

Tel que précisé dans les paragraphes introductifs de la sous-section précédente, la Cour dans son examen de l’interdiction de la torture a d’abord analysé le contexte canadien, pour ensuite s’intéresser au droit international¹⁵⁶³. En soi, comme il a été relevé précédemment, il s’agit d’un exercice inutile dans la mesure où la prohibition absolue de la torture s’inscrit dans le droit impératif et doit, par conséquent, être respecté par les États. Toutefois, notre analyse va plus loin et il s’agit à présent de voir si réellement les principes de justice admettent une exception à l’interdit de torture, comme le prétend la Cour. Les juges énoncent l’examen constitutionnel en ces termes :

« À ce stade-ci de l’analyse, il s’agit de se demander si, au regard du contexte canadien, l’expulsion d’un réfugié — pour des raisons de sécurité nationale — vers un pays où il risque la torture viole les principes de justice fondamentale. Diverses expressions sont utilisées pour décrire une conduite qui violerait la justice fondamentale. La plus fréquente est : conduite qui « “choque[rait]” la conscience des Canadiens » (voir *Kindler*, précité, p. 852, et *Burns*, précité, par. 60). Quoi qu’en disent les sondages d’opinion, dont le résultat peut varier au gré de l’humeur de la population au moment pertinent, sommes-nous en présence d’une **conduite fondamentalement inacceptable au regard de notre conception de la justice et d’une pratique équitable?** » (*Suresh*, par. 49).

Au-delà, du fait important que le *Code criminel* interdit le recours à la torture (art. 269.1 *C.cr*), les juges font ressortir deux raisons qui plaident en faveur de la prohibition absolue de la torture, du moins pour les Canadiens. Premièrement, « le fait que les gouvernements et les parlements qui se sont succédé 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 pénale » (*Suresh*, par. 50). Deuxièmement, la pratique de la torture

l’élaboration du critère du choc des consciences à travers le critère du « choc de la collectivité » qu’énonce l’arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, rendu avant l’entrée en vigueur de la *Charte*.

¹⁵⁶³ Voir au troisième chapitre, la sous-section 3.2.2.

viole le principe de dignité humaine¹⁵⁶⁴. En effet, le but poursuivi par l'affliction d'un châtement corporel grave ou de mauvais traitement « ne fait pas partie du domaine légitime du système de justice pénal » canadien (*Suresh*, par. 51).

Ces conclusions appartiennent au droit interne canadien, mais s'appliquent-elles à toute personne se trouvant au Canada ? Cette effrayante question est clairement formulée par la Cour qui affirme que « sur le plan interne, les Canadiens rejettent tout recours à la torture qui serait sanctionné par l'État. Toutefois l'aspect central du présent pourvoi est plutôt la possibilité que le Canada expulse une personne vers un pays où elle risque la torture » (*Suresh*, par. 52). Formulée en ces termes, la question n'est plus de savoir si l'article 7 s'applique à toute personne, mais bien d'exclure des principes de justice fondamentale à une catégorie d'individus que l'on considère à l'extérieur de la définition du mot « personne » ou « chacun ». La question est de savoir si le renvoi vers la torture, autorisé et orchestré par les autorités canadiennes constitue un acte de torture dont l'action directe est imputable à une autre autorité. Si l'on en croit le raisonnement de *Kindler* et de *Burns*, on peut affirmer que le renvoi, plus précisément l'extradition, vers un pays qui viole les droits fondamentaux est interdit, à moins que des assurances crédibles ne soient recherchées et obtenues.

La jurisprudence canadienne a déjà distingué le renvoi à la peine de mort et le renvoi vers la torture. Les conclusions sont différentes dans les deux cas. Si, pour la peine de mort, les tribunaux ont admis la possibilité d'une extradition vers une sentence de peine de mort (*Kindler*), dans le cas de la torture, les conclusions font ressortir l'existence d'un « consensus social » sur la prohibition absolue de la torture (*Burns*)¹⁵⁶⁵. Dans ces deux affaires, les criminels devaient faire face à un procès équitable, à travers des procédures déjà amorcées par les autorités américaines. Le renvoi d'un réfugié présumé terroriste se fait et se fera souvent dans son pays d'origine qui dans la plupart des cas, ne respecte pas la tenue d'un procès équitable. L'exemple du Sri Lanka

¹⁵⁶⁴ L'article 12 de la *Charte* est la consécration de la position canadienne sur la torture, comme étant le châtement le plus sévère et inacceptable qui soit au regard de la prohibition des mauvais traitements. La jurisprudence canadienne est abondante au sujet de l'article 12 surtout en matière pénale et carcérale, le renvoi de criminels fugitifs à l'étranger a toujours été théoriquement prohibé dans le cas de la torture, *Suresh* est le premier dossier où des risques sérieux de torture existent, mais ce n'est pas dans le cadre d'une extradition. La peine de mort n'a jamais été retenue comme une torture, malgré une forte dissidence. Voir entre autres *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283 et plus récemment *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292. Dans cette sous-section, les affaires *Kindler* et *Burns* seront citées par simple référence à leur nom.

¹⁵⁶⁵ *Burns* et *Kindler*. Voir la forte dissidence dans les deux affaires.

illustre bien cette affirmation¹⁵⁶⁶. La Cour reconnaît que « la question de savoir si une expulsion impliquant un risque de torture est incompatible avec les principes de justice fondamentale n’ait jamais été examinée » et souligne que cette même cour « a indiqué à plusieurs occasions que l’extradition d’une personne vers un pays où elle risque la torture serait contraire à ces principes » (*Suresh*, par. 56).

La Cour, dans une formulation maladroite, prétend 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 » (*Suresh*, par. 58). Cette logique s’appliquerait, par exemple, au refoulement de réfugié vers la persécution dans les cas de menace à la sécurité, prévus aux articles 32 et 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés*, et ce, dans des cas très limités où il n’existerait pas de risque de mauvais traitement ou de détention arbitraire. Il est également faux d’appliquer cette conclusion à la torture, alors que la jurisprudence affirme la prohibition absolue au renvoi vers la torture de criminels faisant face à un procès équitable¹⁵⁶⁷. À cet égard, la *Convention relative au statut des réfugiés de 1951* représente une convention des droits de l’homme dépassée, voire archaïque. La doctrine des droits de l’homme a beaucoup évolué depuis cette époque et l’interdiction du renvoi vers la torture a été cristallisée 30 ans plus tard, en 1984, avec l’adoption de la *Convention contre la torture*. Le droit international, mais aussi la Cour dans *Suresh*, admettent le cumul des protections¹⁵⁶⁸. Par conséquent, cette évolution interdit désormais un nombre important de refoulements, même pour des réfugiés se trouvant dans les circonstances de l’article 33(2) de la *Convention de 1951*. Certains juristes vont jusqu’à affirmer que le principe de non-refoulement s’inscrit dans le droit impératif¹⁵⁶⁹.

La Cour consacrera un paragraphe pour annuler les effets du droit interne de la prohibition absolue de la torture et ainsi entériner un « processus de pondération dont l’issue dépend non seulement de considérations inhérentes au contexte général, mais également de facteurs liés aux circonstances et à la situation de la personne que l’État veut expulser » (*Suresh*, par. 58). Ce

¹⁵⁶⁶ Voir, en particulier sur le sort réservé aux Tamouls et aux présumés membres des Tigres, le deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.3.

¹⁵⁶⁷ Sur la réaction des tribunaux européens, sur la même question, qui refusent le renvoi vers la torture sur la base des normes impératives et constitutionnelles voir la sous-section 4.2.1, au point ii).

¹⁵⁶⁸ *Suresh*, par. 72.

¹⁵⁶⁹ Jean ALLAIN, “The jus cogens nature of non-refoulement”, *Int J Refugee Law*, vol 13(4), 2001, 533-558.

faisant, les juges reconnaîtront « 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 », déconsidérant ainsi ce que le droit national et international interdisent (*Suresh*, par. 58).

Il ressort du raisonnement de la Cour une logique *conséquentialiste* que le Pr. Tremblay résume en ces termes : « [u]ne mesure gouvernementale ou une décision politique donnée est ainsi suffisamment justifiée dès lors que les conséquences des actes qui s'y conforment maximisent la production d'un état de choses désirable ou minimisent la production d'un état de choses indésirable »¹⁵⁷⁰. Pour une illustration de cette posture des tribunaux, la Cour d'appel fédérale a, déjà, entériné une retenue judiciaire majorée dans une affaire mettant en cause un résident permanent sujet à un certificat de sécurité¹⁵⁷¹ :

« [À] titre de législateurs ou de membres de l'exécutif, ce sont les parlementaires élus, représentants de la population, qui sont investis du pouvoir de gérer et d'administrer l'intérêt et la sécurité publique. La raison en est bien simple comme l'a énoncé Lord Hoffmann dans l'affaire *Secretary for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 WLR 877, à la page 895, cité avec approbation dans *Suresh c. Canada* ..., paragraphe 33 et repris par notre Cour dans *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, paragraphe 18, permission d'appeler à la Cour suprême du Canada rejetée le 22 octobre 2003. Parlant des événements du 11 septembre à New York et à Washington, Lord Hoffman écrit :

« Ces événements nous rappellent que, en matière de sécurité nationale, le prix de l'erreur peut être très élevé. **Cette constatation fait selon moi ressortir la nécessité pour le pouvoir judiciaire de respecter les décisions des ministres du gouvernement sur la question de savoir si l'appui apporté à des activités terroristes menées à l'étranger menace la sécurité nationale. Non seulement le pouvoir exécutif a accès à des sources d'information et d'expertise particulières en la matière, mais ces décisions, susceptibles d'avoir de graves répercussions sur la collectivité, doivent avoir une légitimité qui ne peut exister que si elles sont confiées à des personnes responsables devant la collectivité dans le cadre du processus démocratique.** Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu'elle peut écarter. »

[...] Au paragraphe 70 :] « Le Parlement a choisi pour une question d'opportunité, de **responsabilité et d'imputabilité de ne pas confier au juge désigné la fonction et le pouvoir de juger du mérite même d'un certificat de sécurité. Compte tenu des propos de Lord Hoffmann dans l'affaire *Rehman*,**

¹⁵⁷⁰ La mise en évidence des termes est de nous. Voir LUC B. TREMBLAY (2002), p. 295.

¹⁵⁷¹ Le régime des certificats de sécurité est prévu aux articles 76 et suivants de la *LIPR*. Pour plus de détails sur les modifications législatives et l'état actuel du droit, voir la discussion en première partie, 3.1.3.

précitée, nous ne doutons ni de la légalité ni de la sagesse de ce choix. »¹⁵⁷²
[Nous soulignons.]

Cette décision de la Cour d'appel confirmait la constitutionnalité du régime propre à l'attestation des certificats de sécurité par le gouvernement. Elle reposait également sur la doctrine des questions politiques, pourtant discréditée dans *Operation Dismantle* en 1985¹⁵⁷³. La Cour suprême a toutefois reconnu l'inconstitutionnalité de certaines procédures en 2007, en appel entre autres de la décision de 2004, précitée¹⁵⁷⁴. Le type de raisonnement de la Cour d'appel, en 2004, suit le « mode normal de justification politique » et semble offrir une certitude suffisante aux juges, lorsqu'il s'agit de trancher en matière nationale, favorisant de ce fait les décisions étatiques. Il ressort de la justification, trop brève, de la Cour suprême dans *Suresh* une logique similaire, c'est-à-dire *conséquentialiste*. En effet, les juges dans *Suresh* reprennent à plusieurs occasions, tout au long de son exposé sur le droit canadien, les propos du juge La Forest dans les affaires *Schmidt et Kindler (Suresh, par. 56-57)*. Cette approche favorise nettement la déférence judiciaire et s'oppose à un deuxième courant qu'est l'approche « contextuelle », qui sera plus longuement détaillée dans le prochain point.

La tendance du juge La Forest à préconiser le mode normal de justification politique, c'est-à-dire l'usage des critères de la théorie du fondement rationnel, se révèle à travers les décisions qu'il a rendues dans divers contextes¹⁵⁷⁵. L'expression la plus affirmative de l'inclination du juge La Forest en faveur d'une intervention limitée des tribunaux se trouve dans

¹⁵⁷² *Re Charkaoui*, [2004] C.A.F. 421, par. 66 et 70.

¹⁵⁷³ La doctrine des questions politiques est un principe de droit constitutionnel américain fondé sur l'existence de « questions politiques » qu'une cour de justice devrait refuser de trancher. La Cour suprême du Canada rejette ce principe et s'intéresse plutôt aux effets d'une mesure, qu'elle soit de nature politique ou autre, sur les droits fondamentaux des individus visés : « (...) **La question dont nous sommes saisis n'est pas de savoir si la politique du gouvernement en matière de défense est saine, mais plutôt de savoir si elle viole les droits des appelants que garantit l'art. 7 de la Charte** canadienne des droits et libertés. C'est là une question totalement différente. Je pense qu'il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'une question relevant des tribunaux. D'ailleurs, le par. 24(1) de la *Charte*, qui fait aussi partie de la Constitution, dit clairement qu'« un tribunal compétent » a la responsabilité de statuer sur cette question. Si le tribunal a le droit d'imposer la réparation qu'il "estime convenable et juste eu égard aux circonstances", je ne pense pas qu'il puisse décliner sa compétence parce que le litige serait en soi non justiciable des tribunaux ou parce qu'il met en cause une prétendue. » [Nous soulignons.] *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, par. 63

¹⁵⁷⁴ Voir *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350.

¹⁵⁷⁵ Voir Luc B. TREMBLAY (2002), pp. 275 et 300 à 304. Ces pages analysent la posture du juge à travers ses décisions et mettent en lumière le jugement *conséquentialiste* de La Forest au sujet des décisions gouvernementales.

l'affaire *R. c. Edward Books and Art Ltd*¹⁵⁷⁶. Dans une tentative de contenir la position du juge La Forest au moyen d'un examen détaillé des affirmations jurisprudentielles de ce dernier, le Pr. Tremblay conclut que la thèse de La Forest porte une interprétation et une application de la Constitution se fondant sur le « caractère pratique que revêt la tâche de gouverner »¹⁵⁷⁷. Toutefois, comme le remarque à juste titre le Pr. Tremblay « le gouvernement ne conçoit pas les raisons qu'il a d'agir en termes de théorie abstraite, il les conçoit en termes conséquentialistes, compte tenu de la nature du domaine particulier à régler »¹⁵⁷⁸.

C'est pour cette raison que les décisions du juge La Forest dans *Schmidt et Kindler* admettent une souplesse plus grande dans la faculté pour le gouvernement de pondérer les intérêts. Néanmoins, le juge La Forest n'admet pas cette possibilité dans les cas où l'affirmation d'une valeur clairement consensuelle favorise le maintien d'un droit fondamental, comme « par exemple, la torture [qui] porterait tellement atteinte aux valeurs de la société canadienne que [le renvoi] serait inacceptable » (*Kindler*, p. 832, citation reprise dans *Suresh*, par. 57). Dans la même décision, McLachlin s'accorde avec le juge La Forest pour affirmer que « [d]ans certains cas, le consensus social peut nettement favoriser l'une de ces valeurs plutôt que l'autre, et la solution du conflit sera alors facile. Ce serait le cas, par exemple, si le fugitif risque la torture s'il est retourné dans son pays. » (*Kindler*, p. 851, juge McLachlin, citation partiellement reprise dans *Suresh*, par. 57). On peut donc se surprendre de lire, dans *Suresh*, que la jurisprudence n'empêche pas le renvoi à un traitement inconstitutionnel pour justifier le retour à la torture (*Suresh*, par. 58).

Dans la vision *conséquentialiste*, la pondération des intérêts prévue par l'article 7 de la *Charte* implique une largesse dans les décisions gouvernementales et insiste sur deux impératifs relevés dans *Suresh*. Il s'agit de deux objectifs endossés par le juge La Forest, soit de dissuader les criminels de trouver refuge au Canada et la capacité d'exclure les étrangers indésirables¹⁵⁷⁹. Cette marge de manœuvre se justifie par le but social légitime et impérieux à atteindre le bien-être de la population. En l'absence de critère objectif indépendant offrant une grille analytique rationnelle, il devient difficile de soumettre quelques normes que ce soit au contrôle judiciaire,

¹⁵⁷⁶ *R. c. Edward Books and Art Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 713. Voir également le *ratio* dans la décision très éclairante sur les convictions de La Forest dans *États-Unis c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469.

¹⁵⁷⁷ Voir Luc B. TREMBLAY (2002), p. 303.

¹⁵⁷⁸ Voir Luc B. TREMBLAY (2002), p. 303.

¹⁵⁷⁹ Voir *Kindler*, pp. 836-837 (juge La Forest). Voir également *Suresh*, par. 58.

puisque toute intervention proportionnée sera valide ou acceptée¹⁵⁸⁰. C'est dire comme l'affirme le Pr. Tremblay au sujet du juge La Forest que certains juges rejettent « l'idée selon laquelle des principes normatifs indépendants ou un ensemble de droits reconnus par les tribunaux peuvent exercer une forme de contrainte sur les mesures législatives »¹⁵⁸¹.

Néanmoins, la position du juge La Forest laisse transparaître une force normative plus grande dans les cas de renvoi vers la torture, admettant une interdiction absolue. Il est bon de souligner le raisonnement entier de La Forest au sujet de la torture, qui à plusieurs reprises dans *Kindler* distingue la peine de mort de l'usage de la torture dans le cas d'une extradition. Le juge La Forest souligne la gravité et le consensus moral établi dans le cas de la torture, lorsqu'il écrit qu'« un vote ait été tenu [récemment] sur la question donne à penser que la peine de mort n'est pas considérée comme un affront à la conscience publique. On ne saurait envisager un vote semblable en vue de savoir s'il faut rétablir la torture. » (*Kindler*, p. 832)¹⁵⁸². Le juge La Forest fait la même constatation au sujet de l'état du droit international, quand il affirme qu'aucun accord international « n'interdit vraiment l'utilisation de la peine de mort. **Cette situation contraste avec la condamnation générale dans le monde de pratiques comme le génocide, l'esclavage et la torture**; voir par exemple, les articles 6 et 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.U.N. 187. » (*Kindler*, p. 833) [Nous soulignons].

Un risque sérieux de torture, selon le juge La Forest, vicie un arrêté d'extradition au point d'être inconstitutionnel (*Kindler*, p. 835). Les exemples analysés par le juge La Forest portaient sur un renvoi vers un procès équitable et le juge insiste sur cet aspect essentiel¹⁵⁸³. Nous ne pouvons affirmer avec certitude la position du juge La Forest dans le cas d'une affaire comme celle de M. Suresh, mais les indices précédents portent à penser qu'il aurait été contre tout renvoi

¹⁵⁸⁰ Voir Luc B. TREMBLAY (2002), p. 303. Voir également *Re Charkaoui* (2004), tel que précédemment cité.

¹⁵⁸¹ Voir Luc B. TREMBLAY (2002), p. 302.

¹⁵⁸² Voir la virulente critique du juge Sopinka (dissident) au sujet de l'opinion publique et de son usage par le juge La Forest dans *Kindler*, p. 791. Sur le renvoi à la peine de mort, pour lequel les juges dissidents Lamer, Sopinka et Cory s'opposent, le juge Cory écrit que sur le débat de la peine de mort entre en jeu deux notions conflictuelles : « soit, d'une part, la notion de dignité humaine et la croyance que celle-ci a une importance primordiale dans une société démocratique et, d'autre part, la notion de justice punitive et la croyance que la peine capitale est nécessaire en vue de dissuader les meurtriers. Un examen historique révèle une tendance croissante à résoudre ce conflit en faveur de la dignité humaine. » (*Kindler*, pp. 799-800 – j. Cory) Il semble que le renvoi vers la torture fait ressortir le même conflit. On a du mal toutefois à concevoir que la sécurité puisse prévaloir sur l'infliction de traitements pouvant mener à la mort ou tout au moins à la destruction partielle sur les plans psychologique et physique d'un individu soupçonné de terrorisme ou de grande criminalité.

¹⁵⁸³ *Kindler*, pp. 834-836 (j. La Forest).

vers la torture à cause des conséquences trop importantes sur la vie d'un individu même étranger, même criminel.

En 2002, la Cour suprême précise que le « but ultime de la torture est de priver une personne de son humanité » (*Suresh*, par. 51). Autoriser des exceptions à l'interdit de torture, c'est admettre que des gens ne méritent pas d'être considérés comme des personnes¹⁵⁸⁴. Ce qui surprend c'est notre indifférence à renvoyer un « important » criminel étranger à la torture, surtout s'il s'agit d'un terroriste étranger, comme si la haine et l'aversion étaient proportionnelles au sentiment impuissant de leur impunité, et contre qui notre conscience ne peut être choquée par l'affliction d'un châtement corporel arbitraire. Une immunité morale qui ne devrait pas avoir sa place, alors que, pour tous les autres criminels, la torture est condamnée. C'est plutôt un acte d'indifférence et de déresponsabilisation que la société canadienne pose en voulant se débarrasser auprès du meilleur preneur celui qui nous dérange. Et si pour écrire ce que la Cour n'a pas osé formuler, mais qu'elle affirme *a contrario*, force est de conclure que le renvoi de certains individus menaçant sérieusement notre sécurité est « une pratique fondamentalement acceptable au regard de notre conception de la justice »¹⁵⁸⁵.

Dans *Suresh*, la Cour a admis qu'un étranger, reconnu réfugié, peut être renvoyé à la torture en fonction de l'importance de la menace qu'il représente pour la nation. Ainsi, l'infliction de la mort est inconcevable pour les Canadiens, mais la cruauté physique d'un présumé terroriste étranger — sur la base d'un processus administratif peu transparent — est acceptable. Sans compter que la torture peut mener à la mort. Logique absurde. L'auditoire dans *Suresh* n'était pas représentatif de tous les intérêts, seuls ceux de l'État ont été retenus. Bien que la condition générale de l'auditoire de la bonne raison ne requière pas la représentation de tous les intérêts, il demeure que celui qui convainc doit également persuader les plus réfractaires de la norme adoptée, ici l'article 115 *LIPR*¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸⁴ Voir la citation de Gaston Miron dans l'introduction du chapitre 2 qui rejoint les propos du juge McIntyre dans l'affaire *Andrews*, lorsqu'il écrit que le droit constitutionnel et les valeurs qu'il défend doivent établir « l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. la certitude que la loi. » *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 171.

¹⁵⁸⁵ Voir ci-haut la citation de la question que pose la Cour suprême dans l'examen concernant l'expulsion de la torture.

¹⁵⁸⁶ Essentiellement, ce sont les parties représentées qui doivent être convaincues par les motifs de la décision. Voir le premier chapitre et la difficulté de la représentativité des migrants à la sous-section 1.2.2.

Selon nous, le degré de probabilité associé au caractère acceptable d'une prémisse devrait être plus élevé lorsque l'intégrité physique et psychique d'une personne est en jeu. Sans faire une hiérarchie des droits fondamentaux, la simple restriction de liberté par rapport à un acte de torture infligée sur une personne nous apparaît plus grave dans le deuxième cas de figure et nécessiterait, selon nous, un degré de probabilité à la prémisse de base qui oppose danger pour la sécurité de la société canadienne avec celui du risque de torture de l'étranger. Le Pr. Tremblay exprime en ces mots la variabilité du degré de probabilité :

« un degré de probabilité plus élevé peut-être exigé pour un jugement qui décrit un lien de causalité entre deux phénomènes isolables et pour un jugement qui traduit un lien de causalité entre deux phénomènes complexes et susceptibles d'être affectés par une multitude de phénomènes concurrents difficilement mesurables. Le degré de probabilité doit finalement dépendre des types de preuve qui sont en principe disponibles pour justifier le jugement particulier. (...) Bref, le caractère acceptable ou non d'une prémisse dont la probabilité est plus ou moins élevée dépend autant du contexte que de critères abstraits. » [Luc B. TREMBLAY (2002), p. 289.]

La sécurité occulte des éléments de preuve difficilement mesurables par le public et même par les intéressés de premier ordre. Elle pose en plus un élément émotionnel qu'est le sentiment légitime de la peur. Toutefois, même dans un contexte aussi dramatique que les événements du 11 septembre (et surtout dans un tel contexte), il convient d'analyser et de soupeser toutes les prémisses affectant le droit à la vie d'une personne.

Aussi la maxime *mieux vaut prévenir que guérir* ne peut pas toujours être justifiée lorsque la sécurité est en jeu, sans avoir la faculté de circonscrire les limites d'une telle intervention. En effet, si l'existence d'une menace pesant contre le Canada repose sur des informations peu fiables ou des suppositions théoriques, cela n'implique pas la passivité du gouvernement à mettre en œuvre les dispositifs nécessaires en vue de se protéger. Les restrictions des droits qui découleront de l'action gouvernementale devront reposer toutefois sur de *bonnes raisons*, ce qui inclut un degré de probabilité suffisant de l'urgence réelle et un degré de précision du but à atteindre. Les lois adoptées suite au 11 septembre ont ceci de dangereux qu'elles s'inscrivent de façon indéterminée et ne sont circonscrites par aucune limite d'action ou de temps. Leur but avoué est la lutte contre le terrorisme dont les paramètres hautement politiques et malléables ont été

précédemment invoqués¹⁵⁸⁷. La Cour suprême avait déjà discuté du critère de précision au sujet de l'objectif législatif en matière de sécurité, en 1992 :

« [S]i la simple détermination du but (sans teneur) de protéger le public contre toute atteinte constitue un objet « urgent et réel », presque toute loi satisferait au premier volet de l'obligation imposée au ministère public en vertu de l'article premier. La justification en vertu de l'article premier exige plus que l'objectif général de la protection contre les préjudices communs à toutes les dispositions législatives de nature pénale ; **elle exige un but précis urgent et réel au point de pouvoir passer outre aux garanties offertes par la Charte.** »¹⁵⁸⁸ [Nous soulignons.]

De plus, la décision *Singh* est venue reconnaître l'exigence d'une portée universelle des droits fondamentaux sur le territoire canadien. C'est dire que les droits à la vie, la liberté et à la sécurité, prévus à l'article 7, n'appartiennent pas qu'aux citoyens, mais à toute personne se trouvant au Canada. Par opposition, l'affaire *Suresh* vient annihiler l'égalité des personnes se trouvant sur le territoire canadien, en admettant une exception à la protection de l'intégrité physique et psychologique d'une personne, et ce, non pas en situation d'urgence ou de guerre, mais en toute occasion où des circonstances exceptionnelles autoriseraient le renvoi vers la torture d'un réfugié menaçant la sécurité du Canada. Dans une telle logique, l'exercice se résume à interpréter les circonstances exceptionnelles et la menace que représente le réfugié. En matière de sécurité nationale ces deux concepts sont interreliés. On peut envisager deux types de scénario. Dans le premier, l'instabilité militaire et politique est telle que la présence d'un présumé terroriste empêche la défense de préserver la sécurité et l'ordre dans le pays. Un deuxième scénario, qui est implicite au raisonnement de la Cour, implique la présence d'un réfugié présumé terroriste comme la source de l'insécurité nationale du pays. Un tel scénario pourrait alors mener à des arrestations et à la poursuite de ces individus¹⁵⁸⁹.

Les circonstances exceptionnelles appartiendront-elles seulement aux événements « comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies »¹⁵⁹⁰ ? Ces exemples

¹⁵⁸⁷ Voir au troisième chapitre, la sous-section 3.2.1.

¹⁵⁸⁸ *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 762.

¹⁵⁸⁹ The so-called Toronto 18. Pour plus de détails sur les accusations et les procès concernant le groupe de 18 individus (dont plusieurs jeunes) ayant participé à une tentative avortée à la bombe à Toronto, voir le dossier étoffé du National Post intitulé « Toronto 18 » et disponible à l'adresse URL suivante : <http://news.nationalpost.com/tag/toronto-18/> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹⁵⁹⁰ Voir le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 518, et *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 99.

semblent se rapporter à des situations où le gouvernement lui-même est en péril et dont la survie dépendra de la mobilisation de la population entière. Nous voyons mal comment, dans un contexte de catastrophes naturelles ou d'épidémie, lequel n'a rien à voir avec la présence d'un réfugié soupçonné de terrorisme ou représentant une menace à la sécurité, l'État aura le temps et les ressources pour renvoyer un étranger dans son pays d'origine. Si plutôt il s'agit d'hostilités internes ou internationales, alors le droit des conflits trouverait son application. Rappelons que le droit humanitaire, c'est-à-dire le droit applicable en temps de guerre, interdit l'usage de la torture¹⁵⁹¹.

De fait, la pratique de la torture remet en cause les méthodes de peine de mort et la présomption d'innocence, même dans les pays dits civilisés. Si nous admettons les circonstances les plus sévères, par exemple en tant de guerre, alors même que les tribunaux civils ne peuvent exercer leur autorité, qu'en est-il de l'article 115 de la *LIPR* qui ne précise aucune circonstance ou état d'urgence et procède plutôt par une application générale¹⁵⁹²? Le renvoi vers la torture d'un individu qui n'a pas subi de procès, et donc pour lequel il n'existe que des « raisons de croire », sur la foi d'une preuve incomplète et protégée, offre de multiples occasions d'une erreur judiciaire. Pourtant, l'approximation de l'évaluation d'un étranger à la participation souvent indirecte à des actes terroristes nous semble un terrain fertile à toutes sortes de faux pas et à une interprétation presque nécessairement biaisée par les préjugés. Sans compter la dimension fortement politisée de la qualification des belligérants opposés à un gouvernement souvent démagogique, au comportement tout aussi condamnable que la radicalisation de certains groupuscules terroristes.

La sécurité exerce, généralement, une grande influence sur les sentiments humains, altérant ainsi l'objectivité du contexte ou du sujet sous étude. Il semble que plus le sentiment de peur est généralisé, plus le caractère objectif de l'interprétation d'une règle de droit devient aléatoire et douteux. Ceci devient particulièrement délicat lorsque vient le temps d'évaluer les prémisses portant sur un jugement de valeur (5^e critère d'une raison valable). Le risque de subjectivité est d'autant plus élevé lorsque l'on examine les critères d'une bonne raison, et plus

¹⁵⁹¹ Voir au troisième chapitre, la sous-section 3.2.2.

¹⁵⁹² Voir le collectif de Kent Roach publié dans la foulée des modifications législatives portant sur le terrorisme en 2001, en particulier l'intervention de Lorne SOSSIN, « The intersection of administrative law with the Anti-Terrorism Bill », in Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH, *The security of freedom, Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, pp. 419-434.

particulièrement le caractère acceptable des prémisses de l'argumentation et le degré de probabilité qu'exige l'intervention étatique en cas de menace physique du territoire. La possibilité d'une évaluation critique de l'auditoire se voit affectée par l'hypersensibilité des sentiments de peur associés à la menace et aux messages médiatiques saturés de scénarios catastrophiques.

Il est difficile de concevoir que les juges puissent avoir une capacité transcendante au point de dépasser les humeurs politiques et sociales, afin de se consacrer à une analyse complètement rationnelle de la menace. Cet exercice exigerait une masse importante de données, de temps et de ressources, et peut-être le résultat serait-il encore mitigé, voire aux conclusions incertaines. Il faut donc être approximatif, mais dans ce domaine, l'approximation coûte cher à l'étranger dont la vie et la sécurité physique et psychologique sont directement affectées, par la décision de le renvoyer à la torture. Dans le contexte sécuritaire, lequel encore aujourd'hui persiste, les décisions politiques et judiciaires pencheront plutôt sur une protection plus grande de la population canadienne, que sur le maintien des droits fondamentaux de la personne visée par le renvoi.

Certains auteurs pensent également que l'usage de la torture est permis pour des criminels notoires¹⁵⁹³. Dershowitz va jusqu'à proposer une situation hypothétique qu'il nomme « ticking bomb terrorist », où un présumé terroriste est interrogé. Selon lui, il serait mieux d'infliger des tortures non létales à cette personne pour lui soutirer des informations que de risquer la mort de centaines de civils¹⁵⁹⁴. Cette posture questionne non seulement notre éthique face à l'humanité et au traitement de la personne, elle procède d'une vision archaïque de la disposition des sujets et des corps par l'autorité. Foucault en dépeint le portrait monstrueux, lorsqu'il décrit entre autres le supplice pratiqué sur le corps des condamnés aux XVIII^e et XIX^e siècles¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹³ Mirko BAGARIC and Julie CLARKE, « Not Enough (Official) Torture in the World? », (2005) 39(3) *U.S.F. L.Rev.* 581-616. Ces deux auteurs prônent l'usage de la torture face à des criminels terroristes. C'est la justification de Jack Bauer qui, pour retracer le danger imminent, possède 24h pour recueillir le maximum, d'information et sauver sa nation. Voir l'excellent récit de l'émission de 24h qu'en fait Stephen Toope dans Jutta BRUNNÉ and Stephen J. TOOPE, *Legitimacy and legality in international law*, New York, Cambridge University Press, 2010, pp. 220-223.

¹⁵⁹⁴ Alan M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven, Yale University Press, 2002, p. 144.

¹⁵⁹⁵ Voir le premier chapitre dans Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 2002, pp. 9-40.

ii) L'approche contextuelle à privilégier comme une réponse légitime à la lutte contre le terrorisme : une interprétation du droit à la vie et à la sécurité des étrangers en fonction du fondement démocratique et du traitement égal (side-constraints)

Dans *Suresh*, la Cour suprême affirme, à plusieurs reprises, utiliser une démarche contextuelle afin de dégager les principes de justice fondamentale et d'interpréter les droits en cause (*Suresh*, par. 45). Le premier point a déjà clarifié la représentation des droits par la Cour suprême dans *Suresh* et a conclu que les juges ont plutôt favorisé une approche *conséquentialiste* accordant une grande déférence judiciaire en ce qui regarde le pouvoir discrétionnaire du ministre et la pondération des risques lorsque la sécurité est en jeu. Afin de distinguer les visions *conséquentialiste* et contextuelle, il convient de revenir sur les fondements de la conception des droits perçus comme *contraintes latérales*, tels que décrits par le Pr. Tremblay dans sa théorie du fondement légitime.

Depuis *Oakes*, il est admis que l'examen des limitations sous l'article premier doit répondre à un objectif réel et urgent et les moyens entrepris doivent être proportionnés, c'est-à-dire être rationnellement fondés, portant une atteinte minimale au droit de même que l'usage de moyens proportionnels à l'objectif recherché. La démystification des enjeux sécuritaires cachent souvent des considérations difficiles à évaluer. Il est certain que l'objectif apparaît *prima facie* urgent et réel, surtout au lendemain de terribles événements comme ceux du 11 septembre. Dans une vision *conséquentialiste*, comme il a été précisé auparavant, la restriction est « justifiée dès lors que les conséquences des actes qui s'y conforment maximisent la production d'un état de choses désirable », ici la paix et la stabilité du Canada¹⁵⁹⁶. La force normative d'une justification *conséquentialiste* puise donc dans la convergence majoritaire des résultats souhaités.

Si la maximisation de la production d'un état des choses est le fondement de la vision *conséquentialiste*, l'approche contextuelle propose de concevoir les droits comme des obstacles plus ou moins résistants à la mise en place des moyens proposés par le gouvernement. Dans une telle perspective, ce sont les droits qui dictent les avenues que doit emprunter l'action gouvernementale afin d'atteindre son but. Les droits fondamentaux agissent donc comme des contraintes latérales ou *side-constraints*, et posséderont une résistance qui dépendra du contexte donné.

¹⁵⁹⁶ Luc B. TREMBLAY (2002), p. 295.

Il semble que la Cour suprême ait adopté une telle posture en 2008, c'est-à-dire une interprétation des droits comme des seuils de résistance aux mesures gouvernementales, lorsqu'elle a dû examiner la constitutionnalité des certificats de sécurité. Dans *Charkaoui* (2007), précédemment décrite dans la première partie de ce chapitre, les juges ont annulé les articles de la *LIPR* portant sur les procédures propres à l'imposition des certificats de sécurité¹⁵⁹⁷. Dans cette affaire, la Cour a accordé une année au gouvernement pour réécrire les procédures portant sur la détention de criminels étrangers ou de résidents permanents qui représentent un danger pour le Canada, mais qui ne peuvent être déportés dans leur pays d'origine à cause de risque de mauvais traitements. Dans cette affaire la Cour procède par une analyse contextuelle des droits fondamentaux :

« Par ailleurs, **ce contexte risque d'avoir des conséquences importantes — en fait, terrifiantes — pour la personne détenue. L'importance des intérêts individuels en jeu fait partie de l'analyse contextuelle.** Comme la Cour l'a affirmé dans *Suresh* : « **Plus l'incidence de la décision sur la vie de l'intéressé est grande, plus les garanties procédurales doivent être importantes** afin que soient respectées l'obligation d'équité en common law et les exigences de la justice fondamentale consacrées par l'art. 7 de la *Charte* » (par. 118)^[1598]. Ainsi, « les tribunaux devront être plus vigilants en ce qui concerne les situations de fait qui se rapprochent davantage des procédures criminelles ou qui leur sont analogues » : *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1077, le juge Iacobucci » [Nous soulignons.]¹⁵⁹⁹.

Cette conclusion de la Cour appartient au courant contextuel et illustre la théorie du fondement légitime développée par le Pr. Luc B. Tremblay. Dans cette optique, le degré de protection dicté par les principes de justice fondamentale varie en fonction du contexte. Ainsi, plus les droits d'un individu sont affectés, plus la protection procédurale et le maintien des droits substantifs, comme le droit à la vie et à la sécurité, doivent être accordés afin de se conformer aux principes soutenus par l'article 7 de la *Charte*. Dans *Charkaoui* (2007), les procédures furent jugées

¹⁵⁹⁷ *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350. Sur les conclusions critiques de la Cour suprême au sujet des procédures liées aux certificats de sécurité, voir le troisième chapitre, à la sous-section 3.2.2.

¹⁵⁹⁸ On peut affirmer que la Cour suprême dans *Suresh* a effectivement respecté la nécessité d'une procédure plus rigoureuse sous l'article 115 de la *LIPR* en renvoyant l'étude du dossier devant le décideur avec un cadre plus détaillé et exigeant.

¹⁵⁹⁹ *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 25. Cette conclusion rappelle l'approche dictée dans *Nicholson* et décrite plus dans la première partie de ce chapitre au sujet de l'importance des droits octroyés et la résistance qu'ils offrent aux justifications avancées par le gouvernement. Voir le troisième chapitre, à la sous-section 3.2.2.

inconstitutionnelles. Selon l'affirmation de la Cour suprême, la même interprétation s'applique aux droits substantifs. Toutefois, la revue jurisprudentielle en matière de sécurité, porte à croire que la Cour semble plus encline à remanier les procédures qu'à favoriser le maintien des droits fondamentaux, comme elle l'a fait dans *Charkaoui* (2008)¹⁶⁰⁰. Par conséquent, la décision *Suresh* continue de faire autorité, même si aucune tendance jurisprudentielle semble se dessiner quant à l'approche *conséquentialiste* ou contextuelle de la Cour en matière de sécurité entre 2002 et 2012¹⁶⁰¹.

Ce dernier point expose l'approche dite contextuelle des droits fondamentaux en fonction de l'importance de ces droits dans un contexte précis, et non pas absolu ou théorique¹⁶⁰². Concrètement, il s'agit de comprendre s'il est possible de violer le droit à la vie et à la sécurité d'un réfugié criminel à travers une loi d'application générale, c'est-à-dire en temps de paix. Nous écartons la possibilité d'une telle restriction en temps de guerre, puisque le droit international humanitaire sanctionne l'usage de la torture¹⁶⁰³. Au point précédent, les défauts et les limites de la logique *conséquentialiste* par rapport à l'admission en droit interne du retour à la torture ont été

¹⁶⁰⁰ Cette affirmation demeure au stade de l'hypothèse. Aucune décision n'a reconnu, par exemple, l'inconstitutionnalité de l'article 115 de la *LIPR*, comme nous le soutenons. Les seules deux décisions, entre 2002 et 2012, émanant de la Cour suprême au sujet de l'expulsion de réfugié ou d'étranger portent sur les mesures transitoires de la *LIPR* dans le cadre d'un renvoi et d'une mesure d'extradition pour cause de grande criminalité *Medovski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539 (décision favorable au ministre, le pourvoi fut rejeté) et sur la raisonnabilité d'une mesure d'extradition d'un couple de rom vers la Hongrie *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] 3 R.C.S. 281 (décision favorable aux appelants, le dossier fut retourné à une nouvelle évaluation ministérielle, pourvoi accueilli). Il faudrait s'intéresser au développement jurisprudentiel de la Cour fédérale d'appel pour comprendre dans quelle mesure la sécurité influence l'interprétation des droits fondamentaux. Il va sans dire que la Cour d'appel demeurera liée aux conclusions de la Cour suprême dans *Suresh*, à moins d'un revirement jurisprudentiel de la part de la plus instance judiciaire.

¹⁶⁰¹ On peut affirmer qu'aucune autre décision n'a marqué le paysage jurisprudentiel confirmant un retour à la torture dans des circonstances exceptionnelles. Mise à part *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2008] 2 R.C.S. 326 qui s'inspire de l'approche contextuelle mentionnée par la Cour dans *Suresh* au sujet de l'application des procédures équitables, seulement trois décisions de la Cour suprême reprennent ou citent le cadre analytique de *Suresh*, mais aucune d'entre elle n'élaborent le concept de « circonstances exceptionnelles », ni ne l'appliquent dans les cas présentés à la Cour : *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72 (rendue le 11 janvier 2002, une semaine après *Suresh* et porte aussi sur le renvoi vers la torture dans un dossier où il n'existe pas de preuve *prima facie* de risque de torture pour un Iranien réfugié au Canada depuis 1991); *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2008] 1 R.C.S. 761 (sur la raisonnabilité de l'extradition d'un trafiquant de drogue canadien vers les États-Unis où les crimes ont été commis); *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] 3 R.C.S. 281 (sur la possibilité d'extrader un réfugié en dehors du cadre législatif de l'article 115 de la *LIPR*, c'est-à-dire en vertu de la loi sur l'extradition). Sur l'usage du pouvoir discrétionnaire et la validité des décisions en dépit de certaines lacunes voir, entre autres, les décisions propres au droit administratif canadien et qui n'impliquent pas le renvoi d'un individu, *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539 (droit du travail) et *Zenner c. Prince Edward Island College of Optometrists*, [2005] 3 R.C.S. 645 (droit administratif dans le cadre d'une pratique professionnelle).

¹⁶⁰² Pour les repères théoriques, voir Luc B. TREMBLAY (2002), pp. 317-324.

¹⁶⁰³ Voir notre discussion et les références du droit international pénal à la sous-section précédente, 4.2.1.

identifiés. En effet, l'absence de référents directeurs, appuyés sur un schème de valeurs et fondés sur des critères indépendants, permet le retournement de la protection des personnes par la *Charte*, contre elles, favorisant ainsi l'action gouvernementale. En se tournant vers la conception des droits comme contraintes latérales du Pr. Tremblay, nous cherchons à révéler la nature et le poids des droits fondamentaux dans un contexte de sécurité nationale. Cet exercice est peu fréquent et ajoute à l'originalité de notre démarche.

Le Pr. Tremblay puise dans la conception *quasi-absolutiste* des droits constitutionnels, tel qu'énoncée par Rawls et Dworkin, pour situer le rôle et l'usage des droits fondamentaux. Cette conception affirme que la protection des droits doit être strictement préservée « sauf dans les situations urgentes et réelles où le respect intégral du droit entraînerait une catastrophe, la violation d'autres droits ou empêcherait la réalisation des buts sociaux fondamentalement importants »¹⁶⁰⁴. Dans sa définition, l'approche des droits comme contraintes latérales des restrictions gouvernementales « présuppose que les droits, même lorsqu'on peut les qualifier de « fondamentaux », peuvent avoir plus ou moins de poids selon l'aspect concret spécifique du droit qui est en cause dans un contexte donné »¹⁶⁰⁵. Ce à quoi le Pr. Tremblay ajoute que « plus l'aspect concret du droit en cause est pesant, plus il a le pouvoir de résister aux restrictions gouvernementales »¹⁶⁰⁶.

À notre avis, la réponse sur la prohibition de la torture dans une analyse strictement constitutionnelle se trouve dans cette affirmation. Dans les faits le retour dans un pays, dépourvu de garanties et de procédures équitables à l'égard d'une minorité en droit à l'autodétermination, affecte de façon si importante le droit à la vie et à la sécurité, que ces droits offrent un seuil élevé qui s'oppose à la limitation de la mesure gouvernementale. Qui plus est dans un pays où la torture est pratiquée contre les opposants et les présumés membres d'un groupe terroriste. La sécurité nationale porte à croire rapidement de l'urgence réelle d'une intervention violant les droits individuels. Dans le cas précis de M. Suresh, la présence en soi d'un présumé terroriste peut avoir des conséquences directes sur la situation interne du pays d'origine de l'étranger qu'au Canada. Par opposition, la présence des groupuscules d'Al-Qaïda aux États-Unis représente, par exemple, une menace beaucoup plus grave et immédiate pour le Canada que les Tigres ou les extrémistes

¹⁶⁰⁴ Sur la conception *quasi-absolutiste* voir Luc B. TREMBLAY (2002), pp. 314-317, citation prise à la page 314.

¹⁶⁰⁵ Voir Luc B. TREMBLAY (2002), p. 317.

¹⁶⁰⁶ Voir Luc B. TREMBLAY (2002), p. 317.

Sikhs¹⁶⁰⁷. L'intervention heureuse des policiers sur les attentats du métro de Toronto, en 2006, a conduit à la poursuite pénale des fautifs à l'intérieur d'une mise en accusation des responsables en conformité avec le droit pénal canadien¹⁶⁰⁸.

Dans *Suresh*, les facteurs favorisant la retenue judiciaire ont été clairement exposés par la Cour au paragraphe 31 de sa décision : 1. Le droit d'appel restreint et le contrôle judiciaire sur autorisation; 2. L'expertise du décideur administratif et l'accès à des sources d'information privilégiée; 3. L'objet de la loi qui vise la pondération des risques entre le risque pour la collectivité versus le risque pour la vie d'une personne. Premièrement, l'intention du législateur de n'accorder aucun appel ne constitue pas un fondement valide à la violation d'un droit fondamental et indique plutôt le pouvoir discrétionnaire octroyé à l'appareil administratif. Plus ce pouvoir est grand plus il doit faire l'objet d'un examen restreint des justifications et des raisons apportés par le gouvernement lorsqu'il y a une restriction des droits fondamentaux, aussi importants que le droit à la vie et à la sécurité¹⁶⁰⁹. Deuxièmement, l'expertise des décideurs en immigration est contestable et l'analyse historique du chapitre 2 en a fait ressortir les lacunes. Troisièmement, la pondération des intérêts entre sécurité nationale et le risque de torture révèle l'inévitable tension entre les droits collectifs et les droits individuels. Cet *équilibre* des divers intérêts n'a de place que dans la mesure où les principes de justice fondamentale sont respectés¹⁶¹⁰.

La notion de sécurité telle qu'elle apparaît à l'article 7 de la *Charte* canadienne inclut la protection contre le renvoi dans le pays d'origine du demandeur qui allège la persécution, la torture ou la commission de traitements cruels, inhumains ou dégradants. Le droit international

¹⁶⁰⁷ Le but avoué d'Al-Qaïda est l'opposition à la culture occidentale alors que les extrémistes Sikhs et Tamouls recherchent l'autonomie de leur population, pour le premier groupe les revendications sont essentiellement religieuses, alors que dans le deuxième, elles sont de nature ethnique.

¹⁶⁰⁸ The so-called Toronto 18 : Les tentatives d'attentats des 18 terroristes ont été perpétrées en 2006 contre le Toronto Stock Exchange, le bureau régional des renseignements et des services secrets de Toronto ainsi que la base militaire des forces armées du sud de l'Ontario. Reconnus coupables en 2010, trois des jeunes jihadistes ont porté appel de leur sentence d'emprisonnement à vie devant la Cour suprême qui a refusé de les entendre le 28 février 2013.

¹⁶⁰⁹ Sur le pouvoir discrétionnaire, voir le développement historique et critique au troisième chapitre, à la sous-section 3.2.1.

¹⁶¹⁰ Le terme équilibre est repris par la Cour dans *Suresh*, au paragraphe 31, en citant l'affaire *Pushpanathan* qui traitait de l'emprisonnement et de la persécution d'un membre tamoul. Voir sur les exclusions prévues par la *Convention relative au statut des réfugiés* et leur utilité dans l'interprétation des droits fondamentaux des réfugiés la Conclusion générale. Voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

éclaire le contenu de la protection de l'article 7, comme le rappellent souvent les tribunaux¹⁶¹¹. L'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* comporte certaines exceptions (exclusions sous 1F et l'alinéa 33(2) de la *Convention relative au statut des réfugiés*), alors la *Convention contre la torture* dicte une protection absolue. C'est la même prohibition de torture qui s'applique à la torture et aux traitements cruels, inhumains et dégradants de l'article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Le préambule de la *Convention relative au statut des réfugiés* et du *Protocole* prévoit ce qui suit :

« Considérant que la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme approuvée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale ont affirmé ce principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales... Considérant que l'Organisation des Nations Unies a, à plusieurs reprises, manifesté la profonde sollicitude qu'elle éprouve pour les réfugiés et qu'elle s'est préoccupée d'assurer à ceux-ci l'exercice le plus large possible des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

La Cour suprême dans *Suresh* reconnaît que la *Convention relative au statut des réfugiés* n'empêche pas l'application d'une norme plus spécifique du droit international, tel que soutenu par les intervenants et admis par la Cour (*Suresh*, par. 61 et 72). L'article 7 de la *Charte* stipule que « 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 ». Les notions de « liberté » et de « sécurité » n'ont pas encore fait l'objet d'un énoncé judiciaire définitif par la Cour suprême. Les juges, à plusieurs reprises, s'efforcent de cerner cette notion. La juge Wilson dans l'affaire *Singh* écrit ceci :

« comme le mot « liberté », l'expression « sécurité de sa personne » peut avoir plusieurs sens. Même si on adopte l'interprétation stricte préconisée par l'avocat des intimés dans la présente affaire, **l'expression « sécurité de sa personne » doit**

¹⁶¹¹ Dans cette thèse nous avons examiné l'affaire *Baker* qui précise l'apport non seulement interprétatif mais substantif du droit international en matière de la mise en œuvre des droits de la personne et des droits fondamentaux reconnus par la *Charte*. Les dossiers *Singh* et *Suresh* reprennent cette conception avec plus ou moins de vigueur. En effet, dans *Suresh*, les juges admettent que les tribunaux fassent « appel au droit international pour dégager le sens de la Constitution du Canada. (...) Nous faisons appel au droit international non pas parce qu'il régit la question, mais afin d'y trouver la confirmation de[s] principes [de justice fondamentale] » *Suresh*, par. 60. Dans le cas de la torture, la norme impérative de l'interdit de torture « régit la question », à savoir qu'elle impose aux États son respect et sa mise en œuvre. Sur l'incorporation du droit international en droit canadien, voir *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 et la réflexion fort pertinente de France Houle et de Noura Karazivan sur la fluctuation de la force normative des normes internationales en droit canadien (soit une force différente attribuée par la jurisprudence canadienne : valeur déterminante, interprétative forte ou informative) dans France HOULE et Noura KARAZIVAN, « Les rapports de relevance juridiques entre les ordres législatifs canadien et international », (2008) 1 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 1-21.

englober tout autant la protection contre la menace d'un châtime corporel ou de souffrances physiques, que la protection contre le châtime lui-même » (*Singh*, p. 177).

Dans le contexte du droit criminel, la Cour sous la plume du même juge dans *Morgentaler* précisait que « [l']article 251 [du *Code Criminel*] prive également une femme enceinte du droit à la « sécurité de sa personne » garanti par l'article 7 de la *Charte*. Ce droit protège à la fois **l'intégrité physique et psychologique** de la personne » [nous soulignons]. Les juges Beetz et Estey diront qu' « en règle générale le droit à la sécurité de la personne **doit inclure une forme de protection contre l'intervention** de l'État lorsque la vie ou la santé d'une personne est en danger »¹⁶¹².

De plus, les conséquences du renvoi vers la torture par le Canada sur sa responsabilité constitutionnelle ne semblent pas être mises en doute (*Suresh*, par. 51 ?). La force du *jus cogens* a été précédemment exposée, mais les États cherchent à déjouer cette norme et les tribunaux sont ambivalents sur la question de l'immunité des États dans le cas de renvoi vers la torture¹⁶¹³. Par conséquent, en l'absence de moyens coercitifs, les gouvernements ne craignent aucune condamnation si ce n'est qu'une réprimande diplomatique exprimée par quelque comité international. L'analyse du juge Dickson dans *Re Public Service Employee Relations Act* sur l'impact du droit international dans l'interprétation de la *Charte* offre quelques pistes de réflexion, par ailleurs retenue par d'autres juges¹⁶¹⁴. En effet, selon le juge Dickson :

« La Charte est conforme à l'esprit de ce mouvement international contemporain des droits de la personne et elle comporte un bon nombre des principes généraux et prescriptions des divers instruments internationaux concernant les droits de la personne. Les diverses sources du droit international des droits de la personne -- les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières -- doivent, à mon avis, être considérées comme des sources pertinentes et persuasives quand il s'agit d'interpréter les dispositions de la Charte. [...]

¹⁶¹² *Morgentaler et autres c. R.*, [1988] 1 R.C.S. 30.

¹⁶¹³ Voir les conclusions de l'affaire *Al-Adasani c. Royaume-Uni*, CourEDH arrêt du 21 novembre 2001 rendue par la CourEDH et son désengagement à élever la responsabilité des États en cas de renvoi au même titre que la prohibition de la torture comme une règle impérative, discussion étayée dans la sous-section précédente 4.2.1, au point i). Voir également François LAROCQUE, « La Loi sur l'immunité des États canadienne et la torture », *McGill Law Review*, vol. 55, 2010, 81-119.

¹⁶¹⁴ *Slaight Communication v. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1056; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 750 et *Canada c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892 et surtout dans le domaine de l'immigration et au sujet des droits pour les enfants voir *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

En outre, le Canada est partie à plusieurs conventions internationales sur les droits de la personne qui comportent **des dispositions analogues ou identiques à celles de la Charte. Le Canada s'est donc obligé internationalement à assurer à l'intérieur de ses frontières la protection de certains droits et libertés fondamentaux qui figurent aussi dans la Charte. Les principes généraux d'interprétation constitutionnelle requièrent que ces obligations internationales soient considérées comme un facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter la Charte.** Comme cette Cour l'a déclaré dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, l'interprétation de la *Charte* doit "viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*". **Le contenu des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne est, à mon avis, un indice important du sens de l'expression "bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte". Je crois qu'il faut présumer, en général, que la Charte accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifié en matière de droits de la personne.** » (par. 57 et 59) [Nous soulignons.]¹⁶¹⁵

S'inscrivant dans le même esprit, il est intéressant de constater dans *Kindler*, la forte dissidence du juge en chef, Lamer, et des juges Cory et Sopinka. Tous les trois en viennent à la conclusion que le retour à la peine de mort d'un criminel fugitif, sans l'obtention de garantie, viole le droit constitutionnel canadien et ne peut se justifier dans les limites d'une société libre et démocratique. La dissidence porte sur des motifs différents et donne sur l'interprétation à la fois des articles 12, par le juge Cory, et 7 de la *Charte*, par le juge Sopinka¹⁶¹⁶. Le raisonnement de Sopinka est particulièrement pertinent lorsqu'il aborde la possibilité d'extrader dans le respect des droits prévus par la *Charte*. Le juge engage une réflexion sur les moyens à prendre pour qu'un individu n'échappe pas à la justice sans, toutefois, faire l'objet d'une violation de ces droits fondamentaux reconnus par le Canada et par le droit international¹⁶¹⁷. Ce raisonnement semble beaucoup plus fidèle à l'esprit de la *Charte* et à une juste conception des principes de justice fondamentale.

¹⁶¹⁵ Le juge Dickson précise qu': « [e]n somme, bien que je ne croie [sic] pas que les juges soient liés par les normes du droit international quand ils interprètent la *Charte*, il reste que ces normes constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette dernière, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne. » *Kindler*, par. 60.

¹⁶¹⁶ Le juge Lamer concorde avec les deux dissidences et admet l'inconstitutionnalité sur la violation des articles 7 et 12 de la *Charte*.

¹⁶¹⁷ Voir en particulier les pages 791 à 793 dans *Kindler* (juge Sopinka, dissident).

Le juge Sopinka concourt avec l'analyse que fait le juge Cory à propos de l'article premier de *Charte*. Il semble que leur position se rapproche de celle que propose la théorie du fondement légitime reflétée dans la conclusion du juge Sopinka quant aux exceptions de l'article 7, qui à son avis doivent être « extrêmement rares »¹⁶¹⁸. Dans l'analyse de l'article premier, le juge Cory se fonde sur le critère de proportionnalité, afin d'abolir l'exercice discrétionnaire du ministre pour décider des cas où il demandera ou non des garanties. Ce critère de proportionnalité est fondamental dans la compréhension des logiques *conséquentialiste* et *contextuelle*. En effet, une vision favorisant l'autonomie gouvernementale concèdera presque automatiquement à la limitation des droits le juste équilibre entre l'objectif recherché et la minimisation des conséquences négatives qui s'en suivent. Par opposition, dans l'approche dite contextuelle, ce sont plutôt les droits affectés qui, selon la gravité de leur négation, pèseront à l'encontre de la limitation.

Dans les années 90, en matière de sécurité nationale, la Cour adopte plutôt une approche *conséquentialiste* dans l'interprétation des droits fondamentaux. Par conséquent, les tribunaux préfèrent de pas intervenir et favoriseront ainsi le maintien des restrictions des droits et libertés pour des raisons de sécurité nationale¹⁶¹⁹. Dans *Orelie c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1992] 1 CAF 581, la Cour d'appel écrivait ceci : « it would be grave, and I hope justiciable matter indeed if Canada were to execute deportation orders in circumstances which breached obligations under international law and put the life, liberty or security of persons in peril. » Cette affirmation inclut à la fois le respect du droit international et vise l'article 7 de la *Charte*. Elle contredit la proposition du paragraphe 58 dans *Suresh* au sujet de la possibilité de renvoyer une personne vers un traitement violant la *Charte*.

¹⁶¹⁸ Littéralement le juge Sopinka écrit ceci : « Les situations dans lesquelles une violation de l'art. 7 peut être justifiée aux termes de l'article premier seront extrêmement rares, et une telle situation ne se présente pas en l'espèce [sur le renvoi vers la peine de mort]. À cet égard, je fais mienne l'analyse du juge Cory en ce qui a trait à l'application de l'article premier dans le présent pourvoi. » *Kindler*, p.793.

¹⁶¹⁹ Voir, entre autres, *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711, aux pages 743 et ss. La Cour suprême dans *Chiarelli* a conclu que le gouvernement pouvait interdire la divulgation de renseignements concernant la sécurité nationale et les méthodes d'enquête et des sources utilisées par la police. L'affaire *Chiarelli* sera confirmée dans *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, quant à la protection de l'information portant sur des intérêts étatiques élevés comme la sécurité nationale et quant au renvoi pour grande criminalité et l'absence d'un droit d'appel voir *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, en particulier le par. 47. Voir également *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84 quant à la portée discrétionnaire de la section d'appel d'immigration et la possibilité par la section de considérer les difficultés rencontrées en cas de renvoi de l'étranger.

La deuxième étape de l'article 7 de la *Charte* est de déterminer si la violation du droit à la vie, la liberté ou la sécurité est contraire aux principes de justice fondamentale, dans leur aspect substantif ou procédural. Dans ces deux aspects, le résultat de la pondération des intérêts de l'État et de ceux de l'individu qu'appellent les principes de justice fondamentale aux termes de l'article 7 dépendra des circonstances et des faits de la cause. Dans l'affaire *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 487, le juge Lamer écrivait, à la page 503, que « les articles 8 à 14 fournissent une indication exceptionnelle quant au sens de l'expression « principes de justice fondamentale ». Plusieurs [de ces principes] ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de *common law*, d'autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne »¹⁶²⁰. Ce qui force la réflexion sur l'apport du droit international dans la compréhension des enjeux nationaux en matière de défense nationale et de protection des réfugiés.

Si le droit international ne comportait auparavant qu'un minimum de règles, dont la principale est l'égalité souveraine des États, la rupture est radicale après la Deuxième Guerre mondiale. L'impuissance devant l'holocauste et l'échec de la coalition des pays occidentaux en Pologne poussèrent la réflexion sur une communauté et une solidarité des membres dans l'atteinte d'un objectif primordial, celui de la paix et de son maintien. Les États, qui jusque-là faisaient de leur liberté un élément intraitable, se devaient de redéfinir de nouveaux critères de coexistence à travers une collaboration réelle entre eux. L'ancien modèle de relations internationales ne pouvait plus se limiter à des conditions de réalisation strictement formelles et exemptes de toute référence morale. L'ordre juridique international devait se reconstruire sur des bases admettant l'éthique dans le droit¹⁶²¹.

Les instigateurs de la *Charte des Nations Unies* avaient senti cette nécessité même si à l'origine les motivations étaient d'abord et avant tout politiques. Leurs propos sont pourtant clairs sur l'orientation du nouveau dessein international: « from the moment when Hitler's invasion of Poland revealed the bankruptcy of all existing methods to preserve peace, it became evident [...]

¹⁶²⁰ Raisonnement repris par Sopinka dans *Kindler*, p. 792 : « Compte tenu de ces considérations [celle du juge Lamer], je suis d'avis qu'il est contraire aux principes de justice fondamentale de ne pas chercher à obtenir des garanties contre la condamnation à une peine qui constituerait une violation de l'art. 12 si elle était exécutée au Canada. »

¹⁶²¹ Le Pr. Dupuy parle d' « incorporation volontaire de l'éthique dans le juridique ». Voir Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 209.

that we must begin almost immediately to plan the creation of a new system. »¹⁶²² Une révolution des mentalités s'est opérée où le droit ne survient plus comme la régularisation des égalités souveraines, mais doit défendre son sujet principal, c'est-à-dire l'Homme. L'humanité entière est interpellée par le droit qui ne doit pas diviser la collectivité par attribut (race, nationalité, allégeance, etc.), mais qui vise l'ensemble des hommes et des femmes poursuivant des objectifs parfois différents et des moyens condamnables contre lesquels il faut sévir.

Désormais, le droit inscrit dans ses fondements la paix entre les hommes et les femmes comme vecteur principal de son action. Le droit international public reconnaît le droit des peuples et il confirme l'interdépendance entre le maintien de la paix, le développement et les droits de la personne¹⁶²³. La *Charte des Nations Unies*, écrit Pierre-Marie Dupuy, a doté l'ordre juridique international « d'une structure normative et de moyens organiques dont le *Pacte de la Société des Nations* n'offrait qu'une ébauche approximative »¹⁶²⁴. Aussi, ce nouvel ordre inscrit-il dans le droit positif un régime normatif qui relève à la fois du politique, de l'idéologie, mais également du juridique. À notre avis ce corpus regroupe toutes les composantes se rattachant au maintien des droits fondamentaux des étrangers et en particulier des réfugiés et donne une cohérence à l'action étatique de sécuriser la population interne et préserver l'asile à ceux et celles qui peuvent légitimement le demander.

En effet, les normes de la *Charte des Nations Unies* sont animées par une logique qualifiée « d'implication »¹⁶²⁵. Cela signifie que les normes créent une fiction juridique s'appuyant sur des considérations éthiques, dont on usera pour refaire une lecture de la réalité permettant ainsi le réajustement des normes¹⁶²⁶. C'est à cette logique que participe le corpus juridique international des droits de l'homme qui sont, pour la plupart, nés dans la période de l'après-guerre. Tel est le cas pour la *Convention relative au statut des réfugiés* adoptée le 28 juillet en 1951 et dont le *Protocole* en 1966 viendra, entre autres choses, clarifier la collaboration des autorités nationales avec le Haut-commissariat aux réfugiés¹⁶²⁷.

¹⁶²² Voir Cordell HULL, *Memoirs*, New York, Macmillan, 1984, 1625, cité dans Antonio CASSESE, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 275.

¹⁶²³ *Chartes des Nations Unies*, préambule et articles 1 et 55. Voir Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 209.

¹⁶²⁴ Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 213.

¹⁶²⁵ Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 209.

¹⁶²⁶ Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 201.

¹⁶²⁷ Protocole relatif au statut des réfugiés, adopté le 16 décembre 1966 par la résolution 2198 (XXI) A.G.N.U., article II.

Ainsi, comme il a été précédemment précisé, ce qu'on nomme le « droit de coopération » n'opère pas à un seul niveau, à titre de régulateur de règles minimales, mais plutôt il est un instrument de promotion d'objectifs supérieurs et déterminés¹⁶²⁸. La norme juridique n'est plus une simple technicalité mais s'exprime dans le vocable éthique. Le juge en chef Dickson intégrait la « dignité inhérente de l'être humain » dans « les valeurs et les principes essentiels à une société libre et démocratique »¹⁶²⁹. La réflexion du juge Cory sur l'évolution au XXe siècle de la protection de la dignité humaine nous apparaît criante de vérité dans le contexte sécuritaire actuel. Après une analyse historique à propos des sentences corporelles et de la peine de mort, de juge Cory conclura que plus une société est évoluée plus sont sens de la dignité prévient l'usage de châtiments corporels et démontre l'impossibilité de sa pratique tant elle est répugnante et inacceptable¹⁶³⁰.

Il devient vite évident que l'introduction du « devoir-être », tel que distingué par le droit positif, dans le droit entraîne une confrontation entre l'objectif éthique qui s'ajuste mais dont la prescription juridique connaîtra des violations. Pour réutiliser l'image de Pierre-Marie Dupuy, la dimension éthique constitue un objectif qu'« il faut inlassablement s'efforcer d'aller sans jamais pouvoir l'atteindre totalement. [...] la norme juridique ne connaît à vrai dire pas d'autres alternatives que celle de l'application ou de la violation; de la conformité ou du manquement »¹⁶³¹. Cette approche trouve une résonance dans l'arrière-plan moral élaboré dans la théorie du fondement légitime du Pr. Tremblay. Le droit des réfugiés s'inscrit dans un corpus général du droit international public et dans le respect des normes impératives tel que l'interdit de torture. Le droit canadien doit nécessairement participer à cette logique et respecter cet ordre. Ces obligations découlent tant par l'engagement du Canada à la *Convention relative au statut des réfugiés* que par la force du droit à la vie et à la sécurité prévue par la *Charte canadienne*.

Bref, la conformité à des principes supérieurs devient l'échelle de légitimation plutôt que celle de la formalité, la technique formaliste que connaît le droit positif en général et celui du modèle de coexistence. Cependant, les frontières entre les deux modèles se font de plus en plus

¹⁶²⁸ Posper WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *Recueil des cours*, tome 237 (1992), p. 311 et Pierre-Marie DUPUY (2003), pp. 54-56.

¹⁶²⁹ Voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136.

¹⁶³⁰ Voir *Kindler*, pp. 804-812 pour l'analyse du droit international et les pages 812-819 pour l'analyse sous la *Charte canadienne* (juge Cory, dissident). Sur l'inacceptabilité de l'affliction de certains châtiments corporels aux yeux de la société canadienne, voir la position du juge Bastarache qui reprend celle du juge Cory dans *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292 et *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

¹⁶³¹ Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 223.

étanches, comme l'observent certains auteurs¹⁶³². D'autres, au contraire, sont préoccupés par la précarité de l'unité juridique provoquée par la multiplication des normes et de systèmes différents que la doctrine appelle le phénomène de fragmentation du droit international¹⁶³³. Aucun système ne peut prétendre à la perfection. Il faut toutefois admettre qu'un contrôle resserré des droits fondamentaux est nécessaire devant ce qui devient l'hégémonie sécuritaire, au nom de laquelle le sur-protectionnisme dévoile la vulnérabilité des réfugiés.

Par conséquent, le problème ne se retrouve pas tellement dans l'articulation du système juridique, mais plutôt dans l'usage impropre d'un pouvoir discrétionnaire historiquement dévolu au gouvernement en matière d'immigration¹⁶³⁴. Plusieurs auteurs, tel que remarqué précédemment, ont eu raison d'attaquer la décision *Suresh* sur cet aspect¹⁶³⁵. L'évaluation des problèmes de sécurité en matière d'immigration, comme il a été relaté dans la première partie de ce chapitre, remonte aux fondations de la constitution du Canada¹⁶³⁶. L'intersection de

¹⁶³² Voir Alexander YANKOV, « Strengthening the process of codification and development of international law : the evolving functions of the international law commission and increasing the commitments of States », dans (s.n.) *International law as a language for international relations – proceedings of the United Nations Congress on Public International Law*, New York, Kluwer Law International, 1996, 230, 236.

¹⁶³³ Discours du président G. Guillaume intitulé « Multiplication des instances juridiques internationales : perspective pour l'ordre juridique international », proclamé devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies le 27 octobre 2000. Voir également les auteurs, G. Hafner et B. Simma sur la fragmentation dans Gerhard HAFNER, « Pros and cons ensuing from fragmentation of international law », (2004) 25(4) *Michigan Journal of International Law* 849-863 et Bruno SIMMA, « Fragmentation in a positive light », (2004) 25(4) *Michigan Journal of International Law* 845-847. Nous ne voulons pas entrer dans cette épineuse question qui requerrait une expertise particulière qui ne s'inscrit pas dans le cadre de la recherche. Précisons, simplement et comme pour toute théorie, que le modèle de coopération possède des détracteurs à tous les niveaux et proviennent surtout des tenants de la fragmentation qui, pourtant menace la cohérence de l'ordre juridique international. Voir l'opposition de Ian BROWNLIE, « The Rights of People in Modern International Law », in J. CRAWFORD, *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press Oxford, 1988, p. 15 et ss et du Pr. Dupuy dans Pierre-Marie DUPUY (2003), « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », dans R. Ben ACHOUR et Sergio LAGHMANI (dirs), *Harmonie et contradictions en droit international*, Pedone, Paris, 1996, p. 19. Enfin, voir la Conclusion générale sur les possibilités offertes par la théorie du Pr. Dupuy et son rapprochement avec la théorie de droit constitutionnel du Pr. Tremblay.

¹⁶³⁴ Thèse également soutenue par Sophie Dorais dans Sophie DORAIS, « Les contrôles migratoires au Canada: le triomphe du discours sécuritaire et néolibéral », (2006) 3(1) *AmeriQuests* 1-23. Article disponible à l'adresse URL suivante: www.ejournals.library.vanderbilt.edu/ameriquests/viewissue.php?id=7 (dernière consultation, le 16 septembre 2013) et Pierre-Olivier MARCOUX, « La lutte au terrorisme international par le Canada : Panopticon ou Banopticon? », (2006) 11(1) *Lex Electronica* 1-45, disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.lex-electronica.org/articles/v11-1/marcoux.htm> (dernière consultation, le 16 septembre 2013). Voir également la thèse originale de Joao Velloso sur l'usage des pouvoirs discrétionnaires en immigration qui emprunte à la théorie germanique des *legal holes* pour comprendre le rôle et l'étendue des pouvoirs discrétionnaires en immigration et l'application des sanctions administratives et punitives aux étrangers voir Joao VELLOSO, « Beyond criminocentric dogmatism : Mapping institutional forms of punishment in contemporary societies », (2013) 15(2) *Punishment & Society* 166-186 et du même auteur Joao VELLOSO, « Au-delà de la criminalisation : l'immigration et les enjeux pour la criminologie », (2013) 46(1) *Criminologie* 55-82.

¹⁶³⁵ Voir en particulier la sous-section 4.1.1 de ce chapitre.

¹⁶³⁶ Plus précisément, voir le troisième chapitre, à la sous-section 3.1.1.

l'immigration et de la sécurité s'est dévoilée à la population entière depuis les événements du 11 septembre. La coalition des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire s'explique par l'énormité et la proximité soudaine d'un danger qu'on ne soupçonnait pas.

La « judiciarisation » des certificats de sécurité démontre bien la tension entre le droit de l'État d'expulser des criminels étrangers et la nécessité d'un traitement juste et équitable à l'égard des personnes suspectées d'actes graves¹⁶³⁷. Le mouvement des personnes et des criminels pose la difficile question de la poursuite et de la sentence. Le droit pénal est mieux équipé pour répondre aux questions de garanties judiciaires, de preuve et de protection de droits fondamentaux, tel que le droit d'être représenté par un avocat et de consulter la preuve contre soi. Les tribunaux tentent ainsi tant bien que mal à trouver une façon pour les étrangers de pouvoir être équitablement entendu, mais entre un demandeur qui n'a pas bénéficié d'une audition orale et un réfugié que l'on pourrait exceptionnellement retourner à la torture, le fossé apparaît dramatiquement distancié. Comment expliquer ce revirement spectaculaire entre 1985 et 2002, si ce n'est par la radicalisation et l'usage renforcé des pouvoirs militaire et administratif ? Ces deux domaines, piliers de l'exercice de la souveraineté étatique, sont tous deux dotés d'une discrétion confortée par le judiciaire et, généralement, admis par la population en quête d'une société sans risque et sans problème.

Il semble donc que la retenue judiciaire, en matière de sécurité nationale, soit plutôt dictée par l'assentiment général que le traitement des informations se fera toujours dans l'intérêt premier de la protection de la nation et fait fi des iniquités et des préjugés qui entachent parfois le processus d'évaluation des données et des enquêtes. Sans exiger de l'État une neutralité et une transparence qu'il ne pourra jamais atteindre, il serait opportun pour les tribunaux d'évaluer le plus correctement possible, à la lumière d'informations privilégiées, les prémisses sur lesquelles se fondent la décision de renvoyer un réfugié, surtout lorsque la vie et la sécurité de cet individu sont en jeu.

Par ailleurs, l'examen qu'adopte la théorie du Pr. Tremblay semble permettre une évaluation plus objective des motivations soutenant la limitations et accorde aux droits affectés le juste poids en fonction par exemple, de retour d'un réfugié dans un pays où il ne comparâtra pas devant un tribunal normalement constitué avec les garanties qu'il est en droit de recevoir, du fait

¹⁶³⁷ Voir la transposition du concept de « judiciarisation » en droit de l'immigration au troisième chapitre, à la sous-section 3.2.1, au point ii).

qu'il ait été reconnu réfugié et aussi pour les activités criminelles qu'il aura poursuivies dans un but souvent politique. Quoi qu'il en soit il ressort des deux approches (*conséquentialiste* et contextuelle), que le droit à la torture est un droit inviolable et ne peut souffrir d'exception que ce soit pour un Canadien, un résident permanent, un réfugié ou un pur étranger.

À la lumière de nos conclusions tirées à travers l'analyse constitutionnelle des fondements judiciaires, il est possible de croire que la Cour n'a pas su soutenir la tension entre l'exécutif et sa réaction face aux événements tragiques du 11 septembre, d'une part, et d'autre part, la préservation des droits fondamentaux dont elle est le gardien. Une tension par ailleurs exprimée par Habermas sur la question nucléaire dans les années 80¹⁶³⁸. C'est précisément dans les cas difficiles ou les cas limites que les tribunaux doivent respecter les droits fondamentaux et affirmer leur indépendance en s'élevant des sentiments et de l'opinion médiatique et politique. Dans un contexte aussi effrayant que le terrorisme, c'est la force de nos fondements démocratiques qui doit guider le jugement judiciaire :

« Par conséquent, le défi qu'un État démocratique doit relever en réagissant au terrorisme **consiste à prendre des mesures qui soient à la fois efficaces et conformes aux valeurs fondamentales de la primauté du droit. Dans une démocratie, tout n'est pas permis pour contrer le terrorisme.** Ce qui peut sembler être un désavantage, au premier abord, n'en est pas un en réalité. La réaction au terrorisme, qui respecte la primauté du droit, protège et renforce les libertés précieuses qui sont essentielles à une démocratie. »¹⁶³⁹ [Nous soulignons.]

Bref, et au risque de se répéter, il ne suffit plus de s'adresser à une part de l'humanité sélectionnée sur la base d'une culture commune, d'une ethnie de couleur ou d'une religion libérale, il faut pour participer à la pleine consécration des principes fondamentaux, édictés par notre droit constitutionnel, traiter chaque individu comme une personne pourvue d'humanité. Ce principe se fonde sur la primauté des rapports équitables en droit et permet une recherche transparente de la

¹⁶³⁸ En 1983, des manifestations sont organisées en Europe, surtout, mais aussi aux États-Unis pour dénoncer l'armement nucléaire. En République fédérale d'Allemagne, dix journées de protestation sont organisées en octobre 1983. Elles culminent le 22 et le 23 octobre avec des manifestations d'envergure qui se déroulèrent dans les grandes villes d'Europe (Bonn, Londres, Paris, Rome, Madrid, Bruxelles) avec parfois une mobilisation de estimée de 100 à 200 milles personnes. Voir la réflexion d'Habermas sur l'usage de la désobéissance civile la vitalité d'une société démocratique en santé dans Jürgen HABERMAS, *Écrits politiques*, Flammarion, Paris, chapitre 5 - Le droit et la force, pp. 115 et ss.

¹⁶³⁹ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 7

vérité. La condamnation doit inculper le responsable et l'innocent ne doit pas être sacrifié sur l'autel de la peur, au motif que la raison fut déjouée par quelques pouvoirs hégémoniques¹⁶⁴⁰.

Le terrain sécuritaire facilite la conviction d'un auditoire quant à l'urgence et aux moyens à prendre que seules peu de personnes ont le bénéfice d'apprécier, à la lumière d'une preuve protégée par le *secrecy*. Par conséquent, au moment des événements tragiques du 11 septembre, plusieurs abus ont été perpétrés à cause de l'urgence et de la gravité des actes commis, dont on ne pourra jamais connaître les fondements tangibles des présomptions portées contre ces individus¹⁶⁴¹. Si la Cour est elle-même influencée par des sentiments ou par l'opinion publique, qu'advient-il de nos dirigeants plongés dans les premiers rangs de l'arène publique¹⁶⁴² ?

Le 11 septembre 2001, le Canada n'a pas été attaqué. La sous-section 3.2.1 insistait sur le caractère de la menace et les prémisses parfois irrationnelles qui mesurent le degré de danger exposant la population. Cette critique ne doit pas conduire à la justification de l'impunité des criminels ou à l'empêchement de leur détention, même à titre préventif. Il s'agit de trouver un équilibre entre la sécurité et la préservation des droits fondamentaux, en prenant les moyens démocratiques adéquats, afin de donner l'opportunité à un innocent de défendre son intégrité. En effet, la qualification de terroristes est pernicieuse et son imprécision englobe ceux et celles qui, par des moyens légitimes combattent des dictatures et luttent, comme pour le cas des Tamouls, à l'auto-détermination de leur peuple.

¹⁶⁴⁰ Voir la citation de Fernand Dumont au premier chapitre, à la page introductive.

¹⁶⁴¹ Voir les conclusions accablantes quant aux actions des autorités américaines dans le rapport volumineux de la commission américaine pour la défense des droits civils : U.S. COMMISSION ON CIVIL RIGHTS, *Civil Rights Concerns in the Metropolitan Washington, D.C., Area in the Aftermath of the September 11, 2001*, State Advisory Committee Reports, en particulier le chapitre 6 : Fears and Concerns of Affected, At-Risk Communities, June 2003, rapport disponible à l'adresse URL suivante : http://www.usccr.gov/pubs/sac/dc0603/ch6.htm#_ftn2 (dernière consultation, le 16 septembre 2013) et également le AMERICAN-ARAB ANTI-DISCRIMINATION COMMITTEE (ADC) RESEARCH INSTITUTE, *Report on Hate Crimes and Discrimination Against Arab Americans September 11, 2001 to October 11, 2002* disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.adc.org/index.php?id=3388> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹⁶⁴² Voir la ferme position du juge Sopinka (dissident) qui s'oppose à l'utilisation des statistiques reflétant l'opinion publique dans *Kindler*, pp. 790-791.

CONCLUSION GENERALE. UNE HIERARCHIE MORALE IMPOSEE PAR L'IMPERATIF HUMAIN – L'EQUILIBRE ENTRE SECURITE NATIONALE ET SECURITE INDIVIDUELLE : UN PARI POSSIBLE

« Aujourd'hui, même au milieu des conflits ethniques qui continuent de sévir un peu partout, il est de mieux en mieux compris que la diversité humaine est tout à la fois la réalité qui rend nécessaire le dialogue, et le fondement même de ce dialogue. Nous comprenons, comme jamais auparavant, que chacun mérite pleinement le respect et la dignité essentiels à notre humanité commune. Nous reconnaissons que nous sommes les produits de nombreuses cultures, traditions et mémoires; que le respect mutuel nous permet d'étudier d'autres cultures et d'en tirer des enseignements; et que nous devenons plus forts en alliant l'étranger et le familier.»
Kofi Annan¹⁶⁴³

Notre réflexion sur la place de la sécurité en droit de l'immigration, à travers une approche à la fois historique et comparative, proposait une analyse critique sur les décisions gouvernementales en ce qui à trait aux étrangers et, plus particulièrement, sur le traitement juridique des réfugiés. En interrogeant les causes des fluctuations dans la protection des droits fondamentaux des réfugiés, il a fallu retracer les concepts de sécurité et saisir la position des tribunaux, lorsque la sécurité nationale est évoquée. En effet, nous cherchions à savoir si le traitement juridique des étrangers, en particulier l'octroi du droit à la vie et à la sécurité des réfugiés, varie en fonction de la perception politique négative et de la construction juridique coercitive autour de l'étranger. Bref, la protection des droits fondamentaux des réfugiés est-elle inégale et discriminatoire? L'hypothèse initiale était donc de démontrer la pénalisation du droit des réfugiés et d'en comprendre les mécanismes.

L'hypothèse s'est avérée confirmée. Il existe un traitement juridique inégal des réfugiés au Canada, et probablement cette conclusion s'applique au monde occidental. Ce traitement se traduit, dans le droit canadien, par une forme de pénalisation du droit de l'immigration. Les tribunaux ont confirmé l'exercice large du pouvoir discrétionnaire du ministre de l'Immigration en 2002 dans *Suresh*, laissant ainsi peu de place à une interprétation en faveur des réfugiés, comme dans l'affaire *Singh* en 1985¹⁶⁴⁴. Les événements du 11 septembre 2001 ont renforcé une

¹⁶⁴³ Kofi ANNAN, lauréat du prix Nobel de la Paix en 2001, discours du prix Nobel, 10 décembre 2001.

¹⁶⁴⁴ Les références exactes sont *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 et *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3. Nous y référerons par *Singh* et *Suresh*.

tendance à l'exclusion des réfugiés aux frontières occidentales. Enfin, la sécurité nationale est venue obnubiler la rationalité des décisions politiques et judiciaires.

Pour démontrer le décalage entre la nécessité de protéger les réfugiés et l'absence de volonté politique de respecter les engagements internationaux en ce sens, le troisième chapitre a relaté les stratégies gouvernementales mises en œuvre dans les années 90 pour empêcher l'arrivée des réfugiés au pays, tactiques déjà pressenties dans les années 80. Outre l'intérêt des États occidentaux à créer des obstacles juridiques à la reconnaissance de la protection des réfugiés, il a été relevé en Introduction générale que les événements du 11 septembre 2001 n'ont fait que renforcer un discours sécuritaire déjà en place, laissant ainsi carte blanche aux gouvernements américain et canadien pour fermer complètement leurs frontières¹⁶⁴⁵.

L'illustration de cette évolution vers la fermeture s'est imposée à travers l'étude comparative des affaires *Singh* et *Suresh*. Dans le cas de l'affaire *Singh*, entre 1977 et 1980, M. Harbhajan Singh et six autres réfugiés d'origine Sikh ont demandé l'asile au Canada en vertu de la loi sur l'immigration de 1976¹⁶⁴⁶. Leurs demandes étaient fondées sur leur crainte de persécution à cause de leur allégeance politique à la défense d'un Pendjab indépendant et de leur obéissance religieuse sikhe. L'asile leur fut refusé par le ministre de l'Emploi et de l'Immigration sur l'avis du Comité consultatif du statut de réfugié¹⁶⁴⁷.

En 1984, les sept demandeurs d'asile déboutés en ont appelé devant la Cour suprême du Canada de la décision ministérielle en invoquant l'inconstitutionnalité des procédures au regard de l'article 7 de la *Charte* et de l'article 2(e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Dans sa défense, le gouvernement a opposé en appel que les demandeurs d'asile ne sont pas assujettis à la *Charte* puisqu'ils sont « sans statut » au Canada. Tous les juges de la Cour suprême ont reconnu l'application des droits fondamentaux à toute personne se trouvant au pays en vertu de la *Charte* et de la *Déclaration canadienne des droits*.

La décision *Singh* se fonde sur l'article 7 de la *Charte* et reconnaît la violation du droit à la sécurité et des principes de justice fondamentale à l'égard des demandeurs d'asile qui n'ont pas

¹⁶⁴⁵ Voir l'Introduction générale, la sous-section 0.1.2 et au troisième chapitre, la sous-section 3.1.2, le point ii).

¹⁶⁴⁶ Seul le dossier de Mme Indrani diffère des six autres appelants puisqu'elle vivait en Guyane et sa crainte était fondée sur ses origines indiennes en Guyane. Pour plus de précision sur son dossier, voir le troisième chapitre, à la sous-section 3.1.1.

¹⁶⁴⁷ Sur le détail des procédures des appelants Singh et al. voir le tableau schématique dans les pages introductives de la première partie du troisième chapitre (3.1).

l'opportunité de présenter leur dossier devant le décideur final. La juge Wilson, écrivant pour la majorité, a imposé l'équité des procédures et la nécessité d'une audience lorsque la crédibilité d'une personne est en cause. La Cour a jugé utilitariste le refus de garantir une audience pour des motifs économiques. En effet, les juges ont affirmé que la préservation des droits sera rarement contrecarrée pour des raisons de convenance administrative¹⁶⁴⁸.

La décision *Singh* fut rendue en 1985, quelques années à peine après l'adoption de la *Charte*. Elle s'inscrit dans une période propice à la promotion des droits de l'homme un peu partout en Occident¹⁶⁴⁹. À cette époque, les mouvements migratoires ne font pas encore pressentir des vagues massives et n'apparaît pas encore à l'agenda des gouvernements. La politique américaine étrangère n'indique pas, non plus, de problème majeur au niveau de sa frontière commune avec le Canada. Pourtant, certains indicateurs, tels que l'imposition de l'interception des sans-papiers et des demandeurs d'asile dans les aéroports étrangers et les tentatives infructueuses d'une entente des pays tiers-sûrs avec l'Angleterre et les États-Unis pour le refoulement des réfugiés, laissent présager une fermeture des frontières qui se concrétisera dans les années 90. Ce repliement frontalier de l'Amérique du Nord, et de l'Occident en général, s'affirmera à la fin de l'année 2001, suite aux événements du 11 septembre. D'ailleurs, l'affaire *Suresh* s'inscrit dans ce contexte et fut entendue par la Cour suprême au printemps 2001 et la décision publiée en janvier 2002.

En effet, dans le cas du dossier de M. Suresh, suite à la reconnaissance de son statut de réfugié due à son appartenance tamoule au Sri Lanka, le gouvernement canadien a exigé son renvoi en 1995, au moment de la demande de résidence de M. Suresh, pour cause de risque à la sécurité nationale. Des informations obtenues par le Service canadien du Renseignement de Sécurité (SCRS) révélaient la participation de M. Suresh à la levée de fonds pour le compte des Tigres au Sri Lanka. En 2006, le Canada ajoutera les Tigres à sa liste d'entités terroristes. Les gouvernements indien et sri lankais condamnaient, déjà au début des années 90, les exactions commises contre la population civile et l'Inde avait banni les Tigres en 1992¹⁶⁵⁰. Toutefois,

¹⁶⁴⁸ La décision parle de considérations utilitaires et de commodité administrative, voir *Singh*, par. 70.

¹⁶⁴⁹ Pour la description du contexte historique des décisions judiciaires examinées, voir l'Introduction générale, à la sous-section 0.2.1 (*Singh*) et 0.2.2 (*Suresh*).

¹⁶⁵⁰ Voir le deuxième chapitre, la sous-section 2.2.2, au point ii).

l'agent d'immigration avait noté des risques probables de torture si M. Suresh retournait au Sri Lanka, étant donné son statut de réfugié et son activité militante pour les rebelles Tigres¹⁶⁵¹.

La Cour, à l'unanimité, a jugé que, dans la plupart des cas, le gouvernement ne peut pas renvoyer une personne dans un pays où elle peut être torturée. Toutefois, si un réfugié représente un grand risque pour la sécurité nationale, dans des « circonstances exceptionnelles », son renvoi pourra être autorisé même s'il existe des risques de torture¹⁶⁵². Dans le cas de M. Suresh, la Cour suprême a conclu que le ministre n'a pas donné suffisamment d'opportunité à celui-ci de faire valoir sa position à l'encontre des conclusions de l'agent d'immigration. De plus, la présence *prima facie* de risques de torture, dans le cas de M. Suresh, et les activités financières de nature non violente ont invalidé la décision ministérielle¹⁶⁵³. Par conséquent, les juges ont trouvé la décision administrative de M. Suresh invalide pour des manquements procéduraux, mais ils ont confirmé la constitutionnalité de l'ancien paragraphe 53(1)b, aujourd'hui l'article 115 de la *LIPR*, admettant ainsi une exception à l'interdit de torture dans les cas graves de sécurité nationale¹⁶⁵⁴.

Dans le but de structurer l'analyse constitutionnelle faite par la Cour suprême dans l'interprétation de l'article 7 de la *Charte*, nous avons opté pour une grille théorique constitutionnelle admettant un référent des valeurs¹⁶⁵⁵. En effet, l'intuition de départ sur la possibilité d'une mise en œuvre inégale de la *Charte* portait à croire en l'existence de valeurs plus ou moins prédominantes dans les choix judiciaires¹⁶⁵⁶. Cette proximité entre le politique et le judiciaire semblait particulièrement vraie dans la décision de *Suresh*. Le recours à une théorie qui explique, à la fois, un penchant pour la retenue judiciaire et pour l'intervention des tribunaux, était donc essentiel dans la compréhension des enjeux posés par l'hypothèse de départ. La réflexion du professeur Tremblay, constitutionnaliste canadien, sur la théorie du fondement rationnel favorisant la retenue judiciaire et la proposition d'une théorie du fondement légitime

¹⁶⁵¹ Sur les abus et les mauvais traitements infligés aux réfugiés de retour au Sri Lanka et les partisans de la cause d'indépendance tamoule, voir le deuxième chapitre, la sous-section 2.2.1, au point ii).

¹⁶⁵² Expression utilisée par la Cour, voir *Suresh*, par. 78.

¹⁶⁵³ Pour plus de détails sur les conclusions de la Cour, voir le quatrième chapitre, la sous-section 4.1.1.

¹⁶⁵⁴ La discussion détaillée sur l'interdit de torture en droit international se trouve au quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.1.

¹⁶⁵⁵ Sur le choix du cadre théorique de la recherche, voir nos motivations dans l'Introduction générale, à la sous-section 0.3.1. Pour les distinctions entre la théorie du fondement légitime et la théorie des valeurs, voir le premier chapitre, la sous-section 1.2.1, au point i).

¹⁶⁵⁶ Sur les prémisses de la problématique de la recherche, voir l'Introduction générale, à la sous-section 0.3.2.

proposant la présence d'un arrière-plan d'ordre éthique (interventionniste judiciaire) semblait répondre aux préoccupations soulevées par notre hypothèse¹⁶⁵⁷.

Du cadre théorique à l'analyse constitutionnelle de l'affaire Suresh : division des chapitres

L'entreprise de cette thèse était de comprendre, à travers l'histoire de la sécurité au Canada et des mesures législatives adoptées, le poids donné à la justification raisonnable et éthique des arguments sécuritaires contre la mise en oeuvre des droits fondamentaux prévus à l'article 7 de la *Charte*, mais également de l'article 12 de la *Charte* sur les mauvais traitements. Alors que le premier chapitre retraçait les critères applicables de la théorie constitutionnelle du fondement légitime et que le deuxième chapitre s'intéressait au volet factuel et historique des affaires *Singh* et *Suresh*, les troisième et quatrième chapitres furent l'occasion d'étudier en détails les critères de légalité et les raisons judiciaires qui ont permis de préserver la constitutionnalité du processus de prépondérance de l'interdit de torture. Dans *Suresh*, la Cour a soupesé le risque de retour d'un réfugié dans son pays d'origine et le danger qu'il ou elle représente pour la sécurité canadienne.

Déjà, le premier chapitre introduisait la notion de la sécurité à travers l'étude du critère de la légalité. La légalité répond aux formalités d'adoption des règles de droit en vigueur. Luc B. Tremblay n'accorde pas beaucoup d'attention à ce critère puisqu'il est essentiellement procédural et ne fait pas l'objet de grand débat judiciaire. Le contexte juridique est, toutefois, un passage obligé dans la compréhension des arguments avancés par les parties devant la Cour suprême, ainsi que les justifications des juges à l'appui de leur décision dans *Suresh*. Les enjeux politiques, qui précèdent l'adoption des mesures en matière d'immigration et de sécurité affectant les réfugiés, deviennent pertinents dans la compréhension des normes adoptées et des choix politiques¹⁶⁵⁸.

Ce détour législatif obligatoire a permis de mettre en évidence deux phénomènes : la « judiciarisation », c'est-à-dire le recours législatif et judiciaire dans la gestion de l'immigration, et la pénalisation du droit des réfugiés à travers la prolifération des mesures d'origine criminelle

¹⁶⁵⁷ Voir, entre autres, au premier chapitre, la sous-section 1.2.2.

¹⁶⁵⁸ Ce contexte permet également de comprendre les intentions du gouvernement lorsqu'une loi passe devant le Parlement et les comités parlementaires. Les techniques d'interprétation des lois et la recherche de l'intention du législateur ont été décrites au premier chapitre, à la sous-section 1.2.1.

dans l'exercice discrétionnaire et la mise en œuvre de normes coercitives menant à la détention et au renvoi des réfugiés¹⁶⁵⁹.

La théorie du fondement légitime du Pr. Tremblay révèle toute sa pertinence et son intérêt lorsqu'il s'agit de confronter l'intervention judiciaire dans le cas de *Singh* et la retenue judiciaire dans le cas de *Suresh*. En effet, la théorie constitutionnelle fait ressortir les interprétations des juges de la Cour suprême s'inscrivant dans deux visions différentes. L'approche préconisée dans *Suresh* s'exprime par la retenue judiciaire où les tribunaux n'interviennent que dans la mesure où la norme adoptée est irrationnelle et disproportionnée par rapport aux objectifs à atteindre. C'est ce que qualifie le Pr. Tremblay d'approche *conséquentialiste*.

Par opposition, l'autre approche propose un rôle dynamique des tribunaux dont le contrôle des normes est imposé par le poids et les balises des droits fondamentaux. Selon nous, cette vision est la plus adéquate et elle considère les droits comme des contraintes pratiquées sur les moyens et les mesures politiques prises pour régler un problème donné. Dans cette conception, l'approche contextuelle dicte le poids et le seuil de résistance exercés par le droit affecté à l'encontre de la norme contestée. Plus les conséquences de la limitation d'un droit sont graves, plus le droit pèsera sur la norme et offrira une résistance qui ne pourra être renversée que par de « bonnes raisons » à l'aide de motifs valables et appuyés sur une preuve solide¹⁶⁶⁰.

L'analyse constitutionnelle dans *Singh* reflète cette dernière approche, c'est-à-dire que le droit à la sécurité des réfugiés, compromis par le renvoi vers la persécution, était suffisamment important pour qu'il exerce un seuil de résistance élevé sur le traitement opéré par le gouvernement pour décider de la demande d'asile d'un réfugié. Dans cette logique, le droit à la sécurité de l'article 7 de la *Charte* exigeait une procédure suffisamment étoffée et équitable, dont la tenue d'une audience. Le même raisonnement fut adopté par la Cour suprême en 2007 dans

¹⁶⁵⁹ Ces deux phénomènes ont fait l'objet d'une analyse détaillée dans la première partie du troisième chapitre, voir les sous-sections 3.2.1 et 3.2.2.

¹⁶⁶⁰ L'expression « bonnes raisons » est utilisée par le Pr. Tremblay pour exprimer un raisonnement rationnel fondé sur des preuves objectives et vérifiables. Pour plus de détails sur le fondement des prémisses et la force des arguments avancés au soutien d'une norme gouvernementale, voir le quatrième chapitre, la sous-section 4.2.2 et le premier chapitre sur la description théorique de la quatrième et cinquième dimensions de la théorie du fondement légitime, la sous-section 1.2.2.

l'affaire *Charkaoui* et a ainsi invalidé les procédures des certificats de sécurité jugés inéquitables¹⁶⁶¹.

En effet, c'est dans l'affaire *Suresh* que la Cour suprême a privilégié l'approche *conséquentialiste* dans son interprétation de l'article 7 de la *Charte*. L'approche *conséquentialiste* n'est pas en soi mauvaise, mais elle est limitée. L'interprétation des droits fondamentaux comme conséquence des décisions politiques ne parvient pas à offrir un cadre normatif et à donner une cohérence interne aux droits fondamentaux et à leur mise en œuvre¹⁶⁶².

La Cour, dans *Suresh*, a erré en droit constitutionnel canadien, de même qu'au regard du droit international, en appliquant une prépondérance des risques sur un droit qui est absolu. En effet, l'interdit de torture ne permet aucune exception et aucun *balancing*. L'analyse du droit international et du droit canadien sur la prohibition de la torture a été longuement détaillée dans la deuxième partie du quatrième chapitre. Le problème, selon nous, réside dans l'impact émotionnel provoqué par les événements du 11 septembre 2001 qui furent concomitants de la rédaction de la décision de *Suresh*¹⁶⁶³. Dans un tel contexte, il est plus aisé de confirmer l'importance de la sécurité nationale que de réaffirmer le droit fondamental à la sécurité physique d'un étranger criminel, voire terroriste.

Le deuxième chapitre insistait sur la difficile tâche dans la démystification des enjeux géopolitiques entourant la qualification des terroristes et de l'affranchissement des minorités sikhe et tamoule face à la persécution du gouvernement. Élément peu considéré, voire délaissé, par la Cour suprême dans le dossier *Suresh*. Cette dernière aurait toutefois eu intérêt de comprendre ce que le gouvernement entendait par sécurité nationale dans le golfe du Bengale et l'impact réel sur la sécurité canadienne, alors qu'aucune menace contre le Canada par les Tigres n'existait, à plus forte raison depuis la fin du conflit en 1999. Il est vrai que l'expertise historique et biographique du demandeur relève de l'agent d'immigration ou du décideur administratif. Toutefois, une courte mise en contexte des événements pertinents au dossier aurait fait ressortir

¹⁶⁶¹ Pour plus d'information sur l'affaire *Charkaoui* et l'approche contextuelle utilisée par la Cour suprême, voir le troisième chapitre, la sous-section 3.2.2.

¹⁶⁶² Voir la réflexion du Pr. Tremblay sur les théories de la cohérence en droit constitutionnel et sur les limites de la théorie du fondement rationnel dans Luc B. TREMBLAY, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel», (1999) 44 *McGill Law Journal* 39-110. Le chapitre premier distingue dans son introduction les deux méthodes d'interprétation des droits fondamentaux et des normes publiques adoptées, soit le fondement légitime et rationnel, voir le premier chapitre, la sous-section 1.2.2.

¹⁶⁶³ Sur le fait que la Cour n'a pas su résister à l'appel d'une concomitance entre les pouvoirs politique et judiciaire sur une question aussi politique que la réponse au terrorisme, voir les pages introductives du quatrième chapitre.

les enjeux politiques et juridiques considérés par le gouvernement. Cette analyse factuelle aurait aussi permis d'évaluer la raisonnable des arguments au soutien de la norme adoptée. Alors qu'il y a peu d'indicateurs permettant une rationalisation des enjeux sécuritaires, il nous apparaît crucial pour les tribunaux de s'intéresser un tant soit peu au contexte historique, lorsque la sécurité nationale est évoquée.

Dans le cas des Sikhs, la radicalisation du mouvement indépendantiste Khalistan fut plus lente et moins spectaculaire que celle opérée par les Tigres libérateurs de l'Eelam tamoul (ci-après le « LTTE » ou les « Tigres »). Les condamnations internationales tant pour le Kalhistan en Inde, que pour les Tigres au Sri Lanka, ne correspondent pourtant pas aux attaques portées par ces derniers à l'étranger dans les années 90. On se souviendra tristement de l'affaire *Air India*, le vol 182 qui explosa près des côtes canadiennes en 1985 et qui conduisit à une poursuite incomplète et infertile devant la Cour fédérale. Ce n'est qu'en 2003 qu'apparaîtront le Babbar Khalsa et la Fédération internationale de la jeunesse sikhe (mouvement Khalistan) sur la liste canadienne des entités terroristes. Il semble que l'incitation politique dans la condamnation des entités terroristes sikhes et tamoules provienne des États-Unis et de la montée de la droite conservatrice au Canada¹⁶⁶⁴.

Les efforts de l'ancien ministre des Affaires étrangères Kadirgamar à l'encontre de l'indépendance tamoule, et en particulier pour faire condamner les rebelles, incitèrent les Américains et les Anglais, respectivement en 1997 et 1998, à déclarer le LTTE organisation terroriste. Cette sanction aura pour effet de limiter considérablement l'action du LTTE du fait du retrait financier de la diaspora tamoule et du gel des comptes bancaires à l'étranger. L'implication de l'Europe dans les pourparlers de paix entre le gouvernement sri lankais et les rebelles Tigres et la forte communauté tamoule au Canada retardèrent leur condamnation qui fut officialisée en 2006. On peut s'étonner du décalage entre l'incrimination de M. Suresh et la réponse diplomatique du Canada au sujet du LTTE. Cet exemple offre une démonstration des considérations subjectives et hautement politiques du monde de la sécurité et de ses mécanismes, comme il a été précédemment souligné et pressenti par l'hypothèse de cette recherche¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶⁴ Sur les revendications des Sikhs et des Tamouls, voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.3.

¹⁶⁶⁵ Sur l'histoire des Tamouls et leur condamnation internationale, voir le deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.2.

Le processus de pénalisation du droit des réfugiés peut être éventuellement contrecarré, dans la mesure, où il existe une volonté d'aller dans ce sens. Trois considérations doivent nourrir la réflexion autour des solutions démocratiques. En premier lieu, la conception extensible de la frontière occidentale protégeant un territoire défini par les ententes et des accords portant sur l'exclusion et le refoulement des réfugiés nuit à la circulation des personnes vulnérables et empêchent la reconnaissance d'une protection internationale des réfugiés. En deuxième lieu, le droit des réfugiés offre déjà des mécanismes juridiques appropriés pour distinguer le réfugié du criminel et propose des solutions démocratiques contre l'impunité de la criminalité internationale. Enfin, en troisième lieu, le droit international public et le droit constitutionnel canadien participent à la construction hiérarchique de la sauvegarde des droits fondamentaux et font du postulat pacifique une réalité possible.

La frontière opposant deux vulnérabilités : la peur des sociétés contre le terrorisme et l'attente légitime des réfugiés d'être protégés

Pour aborder le traitement de l'étranger et celui du réfugié, souvent confondus, nous avons posé la problématique de la migration en termes de frontières. Les frontières se fractionnent et se multiplient, elles empruntent une mécanique de plus en plus administrative et elles tendent à pourchasser le « méchant » en dehors des frontières terrestres reconnues par le droit international public. Cette redéfinition des frontières cache une hypersensibilité au danger, alimentée par les médias et les discours politiques, auprès de la population. De l'autre côté de cette frontière attend, pourtant, celui qui a besoin d'être protégé parce que son pays d'origine le persécute.

La gestion des frontières est justifiée par un discours sur la terreur de l'étranger comme ennemi : une souveraineté exportée (c'est-à-dire transfrontalière) dans les bureaucraties occidentales – échanges de tous genres entre elles pour lutter contre le terrorisme, par exemple – s'élevant ainsi au-dessus des garanties fondamentales reconnues à l'Homme¹⁶⁶⁶. L'ancien président de la République française, Jacques Chirac, à travers son discours « La France pour tous », résume les dangers de la technocratie face aux enjeux démocratiques :

« Une esthétique du pouvoir a remplacé l'exercice du pouvoir concédé à des entourages mondains, des experts technocratiques, des analystes financiers, des

¹⁶⁶⁶ Voir en particulier l'introduction du troisième chapitre et la sous-section 3.1.2, au point ii).

éminences lovées dans des cabinets ministériels plus habiles à flatter qu'à trancher. Peu à peu, des clans parisianistes ont pris le contrôle des leviers de commande de l'État, réduisant toute initiative à un effet d'annonce, la soumettant à l'appréciation des sondages, voire de la mode. **D'où une dictature sournoise de l'émotion, dans une atmosphère de cour ou de Bas-Empire, aggravée par une dérive monarchique dans le fonctionnement des institutions.** »¹⁶⁶⁷ [Nous soulignons.]

Les modes de rationalisation sont eux-mêmes soumis à la violence et l'irrationalité des luttes de pouvoir interne au sein d'une même institution ou de tout un appareil, comme le rapporte Foucault. Il apparaît que l'analyse foucauldienne répond justement à cette confrontation sur le plan idéologique mais aussi personnel dans les choix organisationnels et, de façon plus étendue, dans la gouvernance de l'État. La réflexion de Foucault, lorsqu'il étudie ce qu'il appelle la *gouvernementalité*, porte sur les rapports de force et de domination dans une société et chez son gouvernement. Il transpose les modes de gestion de la guerre et de la défense dans la gouvernance des États. À la lumière de l'histoire canadienne de la sécurité, on peut en effet s'interroger sur la place qu'occupent les préoccupations sécuritaires dans les ministères de l'État.

La prolifération des mesures d'interdiction et de refoulement indique une forme de *surcriminalisation* des enjeux migratoires et illustre le recours croissant aux tribunaux, afin de trancher des questions essentiellement politiques (phénomène de *judiciarisation*). En effet, en profitant du critère de la légalité pour traiter de l'évolution du droit, au troisième chapitre, on a pu également constater les transformations juridiques comme le reflet d'une métamorphose profonde de la portée et des objectifs de la législation canadienne en matière d'immigration. Cette métamorphose se traduit par l'utilisation toujours plus élevée des larges pouvoirs discrétionnaires attribués au ministre de l'Immigration et présents dans la loi depuis 1976, mais peu employés à l'époque.

Ces pouvoirs discrétionnaires sont utiles à la gestion des entrées et des sorties des individus aux frontières canadiennes, mais ne devraient pas répondre aux questions pénales que pose la criminalité internationale. En effet, la problématique entourant la criminalité internationale doit recourir aux mécanismes établis par le droit pénal interne et international. La lutte pour la défense des droits des présumés criminels et la construction des garanties pénales ne doivent pas être annihilées au simple motif que l'étranger n'a pas de statut au Canada ou encore

¹⁶⁶⁷ Il s'agit d'un extrait du livre de campagne à la présidence de 1995 publié dans Jacques CHIRAC, *La France pour tous*, Paris, Nil Eds, 1995, p. 11.

ne mérite pas notre considération. Dans le premier cas de figure, la Cour suprême dans *Singh* a clairement établi que tout individu est titulaire des protections constitutionnelles de la *Charte*. Le deuxième cas de figure, et le plus probable vu la perception fortement négative des étrangers et des réfugiés, cache une déshumanisation d'un groupe de personnes ce qui s'oppose à toute démocratie ou État de droit, digne de ce nom!

Le processus de construction de l'ennemi n'est pas un phénomène nouveau. La participation du politique dans la transformation de la perception de l'étranger et du réfugié comme une menace a marqué notre analyse constitutionnelle. Foucault définit le gouvernement d'une façon très globale afin de pouvoir élargir son étude à des rapports individuels et collectifs ainsi qu'aux processus qui dictent nos existences : « Il faut laisser à ce mot [gouvernement] la signification très large qu'il avait au XVI^e siècle. Il ne se référait pas seulement à des structures politiques et à la gestion des États ; mais il désignait la manière de diriger la conduite d'individus ou de groupes [. . .] Gouverner, en ce sens, c'est structurer le champ d'action éventuel des autres. »¹⁶⁶⁸

À travers l'étude des deux dossiers judiciaires dans *Singh* et *Suresh*, il ressort une contradiction et une tension quant à l'accueil réel réservé aux réfugiés. Les valeurs intrinsèques de l'État et de la sécurité s'opposent à l'ouverture des frontières. En ce sens, la comparaison des affaires *Singh* et *Suresh* montre toute son importance, ne serait-ce que pour illustrer le conflit entre les préoccupations sécuritaires et la protection humanitaire des étrangers. Pourtant, il est difficile de voir comment l'analyse de la sécurité peut faire avancer le débat sur la protection des réfugiés. En effet, la conception libérale de l'État, c'est-à-dire la sécurité comme condition de l'existence de l'État, se limite à une réalité que de nombreux intellectuels ont fait avant nous et mieux que nous¹⁶⁶⁹. Il faut donc également aborder le problème de la sécurité sous un autre angle pour créer une brèche dans la logique sécuritaire et déplacer le débat sur des bases objectives et sur les efforts rationnels, par exemple, d'une coopération policière internationale et la mise en œuvre de poursuites devant la Cour pénale internationale.

L'objectif de rationalisation des relations du pouvoir, chez Foucault, est une piste intéressante afin de dégager un cadre normatif expliquant la dynamique du pouvoir entre son objet et ses sujets, ce qui n'était toutefois pas le but de notre exercice. En nous ramenant aux

¹⁶⁶⁸ Michel FOUCAULT, « Le sujet et le pouvoir », Tome IV *Dits et Écrits*, Paris, Gallimard, 2001, p. 237.

¹⁶⁶⁹ Sur le concept de sécurité, voir le premier chapitre, à la sous-section 1.2.3.

origines du pouvoir, Foucault tente de dégager un modèle empirique applicable à l'organisation contemporaine de l'État¹⁶⁷⁰. Les conclusions de Foucault sont autant utiles que pertinentes pour trouver de nouvelles avenues et redéfinir les dynamiques décisionnelles au sein des ministères impliqués dans la réception des réfugiés et des étrangers en général¹⁶⁷¹.

L'accueil se traduit en une série de mesures bureaucratiques et d'impératifs administratifs et sécuritaires qui parviennent à diviser la relation humaine entre l'hôte et l'étranger. Au moyen d'une distanciation opérée par des mesures technocrates de plus en plus raffinées, le regard de l'hôte se transforme jusqu'à défigurer l'étranger dont les traits vulnérables prennent vite l'apparence du visage hostile et menaçant. Le réfugié rencontre des obstacles majeurs et est humilié, une seconde fois, devant la violence d'un système de détermination de plus en plus arrogant et suspicieux, détenteur du pouvoir de déterminer la vie ou la mort.

Dans la perspective foucauldienne, le troisième chapitre a, entre autres, démontré que la protection octroyée par l'attribution des droits fondamentaux dépend de la perception reflétée par l'État et les médias. Le constat dans *Suresh* est que même le pouvoir judiciaire n'est pas à l'abri des préjugés qui courent à l'encontre des étrangers. La propagande sécuritaire déployée par les autorités américaines et canadiennes s'est infiltrée dans la structure judiciaire qui devra s'extirper avec force des filets d'une construction despotique de l'étranger, en faveur d'un plaidoyer pour une démocratie universelle, qu'il soit pour ou contre l'État.

Ces conclusions reflètent l'affrontement de deux vulnérabilités, aux intérêts souvent opposés. Dans le cas des réfugiés, il s'agit de recourir à une protection étatique subsidiaire au désengagement ou au refus du pays d'origine à protéger les droits fondamentaux. L'État hôte présente son incapacité à s'engager réellement dans la protection des réfugiés à cause des soucis sécuritaires et diplomatiques qui l'entourent. C'est la confrontation de deux intérêts en jeu entre la sécurité nationale de la communauté hôte et la sécurité individuelle du réfugié. Il n'est pas surprenant de constater que, dans la balance des intérêts, c'est la sécurité nationale qui primera surtout dans un contexte aussi terrifiant que le 11 septembre. Toutefois, l'histoire démontre la

1670 Voir en particulier Michel FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population, Cours au Collège de France (1977-1978)*, Paris, Gallimard, 2004, pp. 119 et suivantes. C'est par l'étude du pouvoir « pastoral », qui remonte aux traditions juives de l'organisation du pouvoir, que Foucault cherche à découvrir les différents changements, affectés par les technologies du pouvoir et le savoir, dans la conception de la vérité, l'autorité, l'obéissance et la personne assujettie au pouvoir en question.

1671 Pour une application concrète au domaine de l'immigration, voir l'Introduction générale à la sous-section 0.3.1 et la partie introductive du troisième chapitre.

capacité humanitaire du Canada à se révéler respectueux de notre constitution et des droits fondamentaux, dans l'arrêt *Singh*, mais aussi à travers l'évolution des acquis des droits procéduraux en matière pénale.

Cette constatation porte à croire que les juges dans l'affaire *Suresh* furent fortement impressionnés par les événements du 11 septembre 2001 et ont ainsi favorisé la force de l'État plutôt que le maintien légitime des droits fondamentaux d'un réfugié soupçonné d'avoir participé aux activités d'une organisation définie comme terroriste. Les considérations sécuritaires ne doivent pas être ignorées, mais il s'agit de trouver un équilibre dans l'évaluation des dossiers de sécurité impliquant des réfugiés ou des résidents. Selon nous, le droit des réfugiés répond déjà à cette préoccupation et l'interprétation des exclusions prévues dans la *Convention relative au statut des réfugiés* représente des pistes éclairantes sur la pondération des intérêts et constitue un cadre d'analyse valide pour les individus soupçonnés d'activités criminelles¹⁶⁷². Le refoulement n'est permis que dans la mesure où la persécution appréhendée ne peut être qualifiée de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Dans le but de clore avec une perspective constructive, nous profitons de cette conclusion pour redresser, dans un premier temps, la légitimité du droit des réfugiés dans cet inévitable paradoxe entre sécurité et droits individuels. Cette opposition a été étudiée au quatrième chapitre à travers un examen de la jurisprudence concernant les exclusions de la *Convention relative au statut des réfugiés* et plus particulièrement lorsque des activités terroristes sont évoquées. Ce retour sur les exclusions et la possibilité de refouler un réfugié vers la persécution offre une réponse juridique et permet de réfléchir sur une réponse valable au combat contre le terrorisme soulevée par les préoccupations légitimes des gouvernements.

Cette attention portée sur les solutions juridiques de la *Convention relative au statut des réfugiés* à travers les conclusions tirées dans cette thèse portera, dans un deuxième temps, sur la définition des contours d'un ordre international dicté par des normes impératives indérogeables préservant les droits fondamentaux. Cette réflexion poursuit les conclusions tirées au dernier chapitre concernant la légitimité des décisions constitutionnelles dictées par des considérations morales et éthiques (4.2). La référence à un contenu éthique des normes impératives en droit international donne un relief éclairant sur le droit constitutionnel canadien et jette un éclairage

¹⁶⁷² Voir l'analyse jurisprudentielle des exclusions au quatrième chapitre, à la sous-section 4.1.2.

supplémentaire à la théorie du fondement légitime. L'interaction des deux ordres pourraient permettre une mise en œuvre cohérente des droits fondamentaux et répondre à la difficile tâche de la mise en œuvre du droit international en droit interne.

La détermination des exclusions de la Convention relative au statut des réfugiés et leur interprétation jurisprudentielle : un début pour le combat démocratique contre le terrorisme

La mise en œuvre de l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* relève du pouvoir ministériel et fut introduite par le truchement de l'article 115 de la *LIPR* qui prévoit les exceptions au principe du non-refoulement (chapitre 3). Les exceptions prévues portent sur la grande criminalité. L'analyse de *Suresh* a conclu qu'en règle générale il est interdit de renvoyer un réfugié vers la torture, voire aussi vers la persécution. Toutefois, la Cour s'est hasardée à interpréter le droit international et le droit constitutionnel canadien pour justifier le renvoi vers la torture dans de rares cas, c'est-à-dire lorsque la sécurité nationale le requiert (partie 4.2). La levée de la prohibition absolue de la torture est une erreur en droit. En effet, ce qu'autorise la *Convention relative au statut des réfugiés* c'est le retour vers la persécution, une persécution qui ne doit pas égaler la torture, laquelle est interdite par le *jus cogens* (sous-section 4.2.2). Tel qu'il ressort de l'analyse constitutionnelle au quatrième chapitre, le droit canadien interdit également l'usage de la torture, voire le considère comme un droit absolu, et protège la sécurité physique et psychologique de toute personne.

Le quatrième chapitre a également retracé les interactions entre les exclusions de l'article premier et les articles 32 et 33 permettant le refoulement d'un réfugié pour cause de sécurité. Nous y avons également relaté la jurisprudence interprétant ces clauses. Brièvement, les exclusions 1F s'appliquent avant l'octroi du statut de réfugié, c'est-à-dire qu'elles sont examinées par la Commission au moment de la demande. Les exceptions des articles 32 et 33 sur des actes commis par un réfugié représentant une menace pour la sécurité nationale interviennent après l'octroi du statut de réfugié, afin de couvrir la possibilité de crimes commis post-facto¹⁶⁷³. La

¹⁶⁷³ Cela soulève aussi un problème d'indépendance institutionnelle entre l'agent ERAR (examen des risque avant renvoi) qui évalue les risques de retour et l'agent de l'Agence qui étudie les dangers pour la sécurité du Canada. Toutefois, le ministre ou son délégué qui tranche en dernier lieu doit faire preuve d'une immense impartialité et en oublier presque son rôle (sa posture) politique. Voir sur le programme ERAR, le troisième chapitre, la sous-section 3.2.1.

présence des articles 32 et 33 s'explique également pour les cas où le réfugié a caché ou menti sur son passé criminel. Logiquement, la *Convention relative au statut des réfugiés* n'offre pas une terre d'asile aux criminels, le pays hôte ne pouvant être terre d'impunité.

C'est généralement au moment de la demande de résidence, après trois ou cinq années d'établissement au Canada qu'un examen plus attentif est effectué sur le passé du réfugié. Tout comme dans le cas de M. Suresh, le Ministère de la Sécurité publique procède à des contrôles de sécurité et envoie son rapport au Ministère de l'Immigration. S'il existe des raisons de croire que la personne s'est livrée ou se livre à des actes graves (articles 19 et ss. *LIPR*), alors le processus d'expulsion est enclenché. Seul l'empêchement d'un renvoi ou d'une extradition oblige le gouvernement à demander à un juge de la cour fédérale la permission d'emprisonner ou de mettre en garde à vue un individu jugé dangereux pour la population. Ce sont les cas des certificats de sécurité pour lesquels il existe des raisons de croire que des actes graves ont été commis ou sont sur le point d'être commis. La difficulté de poursuivre les possibles fautifs s'explique, entre autres, par l'impossibilité de transformer des « renseignements de sécurité » en preuves acceptables dans le processus judiciaire et par la mise en œuvre des garanties procédurales offertes dans un procès pénal¹⁶⁷⁴.

Par conséquent des réfugiés, même établis depuis plusieurs années, reçoivent un traitement administratif moins élevé, puisque leurs dossiers sont entièrement gérés par la fonction publique, par rapport aux demandeurs d'asile. Quoi qu'il en soit, les articles 32 et 33 ont un cadre limité de par le vocabulaire utilisé par les rédacteurs, puisque les « États contractants n'expulseront un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public » (article 32 – Expulsion). Des conditions sont également assorties pour la mise en œuvre de l'expulsion (procédures équitables, droit d'opposer les preuves, décision quasi judiciaire ou judiciaire et un délai raisonnable afin de trouver l'admission régulière dans un autre pays). L'article 33 reprend le principe de non-refoulement en son premier paragraphe et précise dans le deuxième paragraphe que le « bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace

¹⁶⁷⁴ Voir le long développement au troisième chapitre, à la sous-section 3.2.2 qui explique les diverses procédures et l'application stricte des règles administratives aux présumés criminels étrangers.

pour la communauté dudit pays ». Seule l'expression « sécurité nationale » demeure ambiguë, comme l'indique les commentaires de Grahl-Madsen :

“In spite of the widespread use of the term, there is little indication to be found as to its exact meaning. The judgement of the French Conseil d'État in the Salom case is rather typical in so far as it declares that when a measure of removal of an alien “est provoquée par des motifs touchant à l'ordre public ou à la sécurité nationale, dont le ministre de l'intérieur et les préfets des départements frontières restent seuls juges”.

But if it is difficult to establish the exact meaning of the term, and even whether it has any exact meaning at all within any given legal reference system, the general meaning conveyed by the expression “national security” is rather clear.

Anything that threatens a country's sovereignty, independence, territorial integrity, constitution, government, external peace, war potential, armed forces or military installations may be construed as a threat to the national security”.¹⁶⁷⁵

Les commentaires de Grahl-Madsen sont précieux et suggèrent l'énumération des crimes se trouvant dans le code criminel norvégien de 1902¹⁶⁷⁶. Malgré l'ancienneté de ces clauses, cette référence demeure valable dans la mesure où elle s'inscrit dans des événements historiques semblables à ceux que nous connaissons aujourd'hui. Les crimes entendus reprennent les actes de terrorisme et portent essentiellement sur le renversement du gouvernement hôte par l'usage de la force et le déclenchement d'hostilités¹⁶⁷⁷. Bien sûr la définition de la « sécurité nationale » ne

¹⁶⁷⁵ Voir UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Commentary on the Refugee Convention 1951, Articles 2-11, 13-37*, by Atle Grahl-Madsen, published by the Division of International Protection, 1997, p. 119. Les commentaires sont disponibles à l'adresse URL suivante : <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4785ee9d2.pdf> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

¹⁶⁷⁶ Voir UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Commentary on the Refugee Convention 1951, Articles 2-11, 13-37*, by Atle Grahl-Madsen, published by the Division of International Protection, 1997, aux pages 117-124 et en particulier la page 119.

¹⁶⁷⁷ Voir UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Commentary on the Refugee Convention 1951, Articles 2-11, 13-37*, by Atle Grahl-Madsen, published by the Division of International Protection, 1997, aux pages 119-120. Nous reproduisons à titre indicatif les crimes mentionnés par Grahl-Madsen à partir du code norvégien : (a) Illegal attempts at (i) bringing the country or any part of it under foreign domination, (ii) incorporating the country or any part of it in a foreign State, or (iii) the secession of any part of the realm (Section 83); (b) Illegal attempts at involving the country in war or hostilities (Section 84); (c) Violation of regulations which are lawfully issued to safeguard the neutrality of the country in a war between foreign powers (Section 85); (d) Illegal publicizing of anything that should be kept secret in order to safeguard the security of the country against another State (Section 90); (e) Illegal taking possession of any such secret, i.e. espionage (Section 91); (f) Public insults of the flag or coats of arms of a foreign State, or of a foreign Head of State (Sections 95 and 96); (g) Wilful public distribution or transmittal to a foreign power of false rumours or untrue information, if it may endanger the internal or external security of the State or its relationships to foreign powers (Section 97b).

s'arrête pas dans le temps et constitue un concept malléable, tel que déjà souligné dans l'Introduction générale :

« In this connection it may be well to remember Bourquin's words "La distinction entre les intérêts essentiels (that is to say those implied in the concept of 'national security') et les autres est plus ou moins arbitraire et nécessairement mouvante. Elle varie suivant les époques et les milieux; elle dépend de la forme du gouvernement et des idées régnantes; elle peut se modifier selon les circonstances et prendre, par exemple en temps de guerre ou de crise aiguë, une consistance toute différente de celle qu'elle possède en temps de paix. Mais, quelles que soient les fluctuations de son contenu, cette distinction est faite partout et repose d'ailleurs sur un fondement logique. Ainsi, la trahison, crimes contre la sûreté de l'État, parce qu'on peut affirmer qu'ils mettent vraiment l'État en péril.»

Si nous insistons sur ces éléments décrivant la sécurité nationale, c'est qu'ils traduisent bien, à notre avis, les préoccupations des États en matière de sécurité. L'analyse sur l'ambiguïté du concept terrorisme et de menace, au quatrième chapitre, faisait ressortir l'incompréhension des enjeux géopolitiques et la confusion autour des moyens pour vaincre l'impunité des crimes se rapportant à la criminalité transnationale. En 2001, il semble que les juges dans *Suresh* aient omis de s'intéresser aux mécanismes déjà en place offerts par le droit des réfugiés. Il est bon de rappeler que ce sont les mêmes États, aujourd'hui occupés à combattre le terrorisme, qui ont rédigé et/ou ont consenti au texte de la *Convention relative au statut des réfugiés*.

Les articles 32 et 33 de la *Convention* recouperont donc les exclusions de 1F et le corpus jurisprudentiel beaucoup plus étoffé des exclusions devient une source d'interprétation pour les

Chapter 9 on crimes against the Constitution and the Head of State comprises among others the following offences:

- (h) Attempts at changing the Constitution by illegal means (Section 98);
- (i) Attempts at preventing the King, the Regent, the Cabinet, the Parliament or any of its Divisions, the Supreme Court or the Constitutional Court by force or other illegal means from the free and undisturbed carrying out of their authority (Section 99);
- (j) Use of armed force or utilisation of fear of intervention by a foreign power to prevent public authorities from carrying out their business, or to commit serious offences against civil servants, the press, associations or institutions, or otherwise to place important public interests in jeopardy (Section 99a);
- (k) Regicide (Section 100);
- (l) Insults, assaults, etc. against the Head of State and members of his family (Sections 101 through 103);
- (m) Organizing of, participation in or support of private organizations of a military nature or which have the purpose to disturb the public order or gain influence in public matters by sabotage, use of force or other illegal means (Section 104 a).

exceptions prévues en cas de menace à la sécurité, tel qu'énoncé au dernier chapitre¹⁶⁷⁸. On peut se surprendre de l'absence de toute référence à ces exclusions prévues dans le droit des réfugiés et dans la *Convention* par la Cour dans l'affaire *Suresh*.

Par conséquent, l'interprétation des exclusions sous 1F de la *Convention relative au statut des réfugiés* en particulier 1Fb) crime de droit commun et 1Fc) actes contraires aux buts et principes des Nations Unies est pertinente. Il faut également s'intéresser au critère du caractère politique de 1Fb) dans la perspective d'obtenir le statut. Ce critère est plutôt utilisé à l'encontre du réfugié lorsqu'il s'agit d'analyser 115 de la *LIPR* et le danger qu'il constitue pour le Canada. En effet, on peut penser que le ministère se constitue en juge et partie lorsqu'il évalue les risques pour la sécurité des citoyens que représente un étranger reconnu réfugié.

Distinction entre crime politique, auto-détermination des peuples et radicalisation terroriste pour une justification rationnelle à la sanction des criminels transnationaux

La jurisprudence sur le droit des réfugiés, relatée dernier chapitre, a voulu distinguer la commission de crimes violents par délinquance (crime de droit commun), des actes qui visent l'affranchissement d'une collectivité par des moyens de violence possédant un caractère ou poursuivant un but politique d'un individu ou d'un groupe de personnes (crime politique). Cette distinction apparaît dans les exclusions prévues par la *Convention relative au statut des réfugiés* à l'article 1F. Le paragraphe (b) différencie l'objectif politique, c'est-à-dire des actes violents sans gravité ou qui ne soient pas sérieux au niveau de la menace (par. 1Fb)) et les autres actes sérieux et graves contraires aux principes des Nations Unies (par. 1Fc)).

Tel que précisé dans l'Introduction générale et démontré au deuxième chapitre, le caractère politique du crime est particulièrement pertinent en matière du droit des réfugiés puisqu'il trace la frontière entre la possibilité de recevoir la protection de la *Convention relative au statut des réfugiés*, si les autres critères sont respectés, et l'exclusion fondée sur la commission d'un crime de droit commun. En effet, la *Convention* ne prémunit pas un criminel – qui peut être persécuté pour d'autres raisons – d'être jugé et de purger sa sentence. Le problème se pose dans

¹⁶⁷⁸ Sur le recouplement des exclusions et du paragraphe 33(2) de la *Convention*, voir Goeff GILBERT, *7.1 Current issues in the application of the exclusion clauses*, Background Paper for the UNHCR expert roundtable discussion on exclusion organized as part of the Global Consultations on International Protection in the context of the 50th anniversary of the *1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, January 2002, pp. 425-478. Ce chapitre est disponible à l'adresse URL suivante: (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

les États qui ne respectent pas le droit ou qui profitent de la commission d'un crime pour punir plus sévèrement, voire menacer, la vie d'un individu dont les convictions politiques, religieuses ou culturelles divergent de la politique gouvernementale. L'exclusion sur le terrorisme existe, sans être explicitement nommée, puisqu'en aucun cas, la *Convention relative au statut des réfugiés* ne protège les auteurs d'actes graves.

L'application des critères jurisprudentiels sous 1F(b) et (c) est une tâche particulièrement difficile. M. Suresh aurait probablement été exclu s'il avait dévoilé ses liens avec le *World Tamil Organisation*, en 1990. Bien que le Canada n'ait inscrit dans son registre d'entités terroristes le LTTE et le *World Tamil Organisation* qu'en 2006, les exactions du LTTE commises à l'égard de la population civile (kamikaze) et l'assassinat du Premier Ministre indien en 1991 constituaient des actes terroristes répugnants et suffisaient à incriminer toute participation passive ou active pour le compte des Tigres¹⁶⁷⁹. Tel qu'indiqué dans l'historique de la radicalisation du mouvement tamoul, au deuxième chapitre (partie 2.2), la sympathie internationale rencontrait son point culminant dans les années 80, et ce sont les échecs successifs des pourparlers de paix entre le gouvernement cingalais et les rebelles qui forcèrent l'Europe et le Canada à condamner les Tigres en 2006¹⁶⁸⁰.

Il va sans dire que les événements du 11 septembre 2001 et la conscientisation américaine de l'existence du terrorisme ont nécessairement joué un rôle important dans l'interprétation du gouvernement canadien des activités de financement, dont la participation de M. Suresh. La levée de fonds visant à appuyer un groupe terroriste pose la délicate question du degré d'engagement des individus dans les crimes commis contre une population civile et, donc la possible complicité à des actes terroristes. Enfin, il convient de préciser que les Nations Unies avaient déjà visité les territoires du nord-est où l'armée sri lankaise sévissait, pour y dénoncer les crimes commis par le gouvernement et les militaires envers les prisonniers et la population tamoule¹⁶⁸¹.

On ne peut guère s'étonner d'apprendre que le terrorisme est contraire aux buts et principes des Nations Unies. Dans l'arrêt *Pushpanathan*, la Cour suprême a décidé que, dans le cas d'un consensus en droit international sur des agissements particuliers qui sont explicitement

¹⁶⁷⁹ Voir le deuxième chapitre, la sous-section 2.2.2, au point ii).

¹⁶⁸⁰ La position du gouvernement sri lankais était ambivalente. La deuxième section du chapitre 2 traite de la stratégie partielle du Sri Lanka face aux rebelles, tantôt pour favoriser le dialogue, tantôt pour mettre de la pression et faire cesser les combats.

¹⁶⁸¹ Pour plus de détails, se référer au deuxième chapitre, à la sous-section 2.2.1.

reconnus comme contraires aux buts et principes des Nations Unies, le paragraphe F(c) de l'article premier s'applique¹⁶⁸². Les hostilités et les crimes commis au Sri Lanka peuvent appartenir à l'exception des crimes de guerre, crimes contre l'humanité (art 1F(a)) ou encore, dans les cas des rebelles Tigres des actes graves commis contre les principes des Nations Unies (art 1F(c)). Il va sans dire que l'exclusion du paragraphe a) est plus précise et réfère à l'état du droit international pénal en vigueur, soit le *Statut de Rome*¹⁶⁸³. La Cour précise dans *Pushpanathan* que :

«[p]lusieurs catégories d'agissements sont visées par ce principe. Premièrement, lorsqu'un accord international généralement accepté ou une résolution des Nations Unies déclare explicitement que certains agissements sont contraires aux buts et principes des Nations Unies, cela constitue une forte indication que ces agissements sont visés par la section Fc) de l'article premier. La *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* (Rés. AG 47/133, 18 décembre 1992, par. 1(1)), la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (Rés. AG 3452 (XXX), 9 décembre 1975, art. 2) la *Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international* (Rés. AG 51/210, 16 janvier 1997, annexe, art. 2) désignent [...] des agissements qui sont contraires aux buts et principes des Nations Unies. Lorsque de telles déclarations ou résolutions représentent un consensus raisonnable de la communauté internationale, il convient de considérer pareille désignation comme décisive. »¹⁶⁸⁴

Pour reprendre l'article 2 de la *Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies* du 17 décembre 1996 qui complète la *Déclaration de 1994* sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international, l'Assemblée générale des Nations Unies condamne « les actes, méthodes et pratiques terroristes » et déclare « contraires aux buts et principes des Nations Unies pour les personnes qui s'y livrent sciemment, le financement et la planification d'actes de terrorisme et l'incitation à de tels actes »¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁸² *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, p. 1030. Voir le quatrième chapitre sur les précisions quant aux conclusions tirées dans *Pushpanathan* par la Cour. Rappelons, ici aussi, l'approche contextuelle de la Cour et l'interprétation des droits fondamentaux comme des vecteurs balisant les décisions politiques.

¹⁶⁸³ Sur les exclusions et en particulier celle qui concernent les alinéas 1Fb) et 1F.C.), voir le quatrième chapitre, à la sous-section 4.1.2.

¹⁶⁸⁴ *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, p. 1030.

¹⁶⁸⁵ Il s'agit de l'Annexe à la résolution de l'Assemblée générale intitulée *Mesures visant à éliminer le terrorisme international*, A/RES/51/210 adoptées le 16 janvier 1997 et l'annexe, c'est-à-dire la *Déclaration complétant la Déclaration de 1994 visant à éliminer le terrorisme international* fut signée le 17 décembre de la même année et annexée à la Résolution 51/210, article 2 (page 6).

Il semble incontestable que cette déclaration représente « un consensus raisonnable de la communauté internationale », tel que requis par la Cour suprême dans l'arrêt *Pushpanathan*, puisqu'il s'agit d'une déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies, organisation composée de 193 États Membres¹⁶⁸⁶. À notre avis, les propositions offertes par les nombreuses déclarations et les résolutions sur le terrorisme au fur et à mesure de son évolution et de ses manifestations ne nuisent pas à la lutte au terrorisme et nous devrions encourager une délimitation toujours plus précise afin d'éviter des interprétations libérales qui sortent du cadre géopolitique et des enjeux fortement biaisés autour des communautés visant leur autonomie. La Cour suprême dans *Suresh* ne devait pas craindre de circonscrire la définition ni même de limiter le pouvoir discrétionnaire du ministre de l'Immigration, alors qu'elle était convaincue que le cas de M. Suresh ne satisfait pas de toute façon aux critères de renvoi.

Dans l'affaire *Suresh*, la Cour en adoptant une position conservatrice, qui favorise l'intervention de l'exécutif en matière de sécurité nationale, a lancé un message diplomatique, certes très positif aux yeux de l'Occident, mais qui n'avait pas sa place. À notre avis, la Cour pouvait clore l'affaire en renvoyant le dossier pour vice de forme, comme elle le fait au début de son arrêt. Les juges ont toutefois voulu commenter l'actualité et se sont aventurés sur un sujet extrêmement délicat, requérant des connaissances qui vont au-delà des compétences judiciaires. Le terrorisme n'est pas un phénomène nouveau, mais l'ampleur des événements du 11 septembre 2001 a provoqué une réaction en chaîne émotive de la part de tous les acteurs de la société. Des informations troublantes sortent encore aujourd'hui sur ce qui s'est réellement passé et toute la lumière sera peut-être dévoilée un jour. Il semble que le tribunal de la plus haute instance au Canada se soit affranchi de son pouvoir judiciaire et a outrepassé son indépendance pour flirter avec la politique. La sagesse exige parfois de se taire au lieu de commenter une situation encore trop fraîche et chargée d'émotions terrifiantes.

Il ne reste plus qu'à souligner la gravité des conséquences du renvoi d'un réfugié lorsque celui-ci représente aux yeux de l'État une menace pour la sécurité nationale. À plusieurs moments, la question du retour à la torture fut soulevée. L'infime possibilité du renvoi vers la torture consentie par la Cour afin d'entériner la constitutionnalité de l'article 115 de la *LIPR*

¹⁶⁸⁶ Par. 9(1) de la *Charte des Nations Unies* signée à San Francisco le 16 juin 1945.

s'inscrit dans la vague précédemment décrite d'une réaction irrationnelle qui va à l'encontre du droit international.

Le droit international public offre, quant à lui, une certaine hiérarchisation de normes considérées impératives, au-dessus desquelles aucun État ne peut s'affranchir. La théorie développée par le Pr. Pierre-Marie Dupuy, et développée dans la deuxième partie du quatrième chapitre, porte sur la possibilité d'un ordre juridique organisé autour du *jus cogens* (normes impératives) et dicté par un référent éthique. L'introduction de l'éthique pour favoriser la cohérence du droit international public rejoint la théorie du fondement légitime du Pr. Tremblay en droit constitutionnel canadien. Il nous semble que ces deux théories, bien que distinctes, permettent la réalisation du postulat pacifique. Un tel progrès n'est possible que s'il existe un désir commun et que l'ensemble des volontés politiques se concertent dans l'atteinte d'un cet idéal.

Les modèles de coexistence et de coopération des États, faire du postulat pacifique un impératif constitutionnel

La seconde partie du troisième chapitre mettait en évidence les incohérences juridiques du jugement de la Cour, dans *Suresh*, tant sur le plan du droit international qu'en droit constitutionnel. L'erreur la plus importante de la Cour au sujet du droit international c'est de l'avoir considéré à titre indicatif. L'inviolabilité de l'interdit de torture affirmée par le droit impératif (ou *jus cogens*) s'impose à tous les États et ne souffre d'aucune exception ou de prépondérance. L'effectivité de la prohibition de la torture se traduit par l'établissement d'un ordre normatif et procède, selon le Pr. Dupuy de la supériorité des normes impératives sur les normes conventionnelles.

Les droits de l'Homme ont comme finalité la personne humaine, c'est-à-dire la conservation et la protection de la vie, le maintien de sa dignité humaine et la promotion de son développement grâce à l'éducation et à un écosystème sain et un environnement sécuritaire¹⁶⁸⁷. La *Charte des Nations Unies*, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948, la *Charte internationale des droits de l'homme* de 1966 et toutes les autres conventions universelles, multilatérales et régionales participent à la reconnaissance de ces droits. Leur mise

¹⁶⁸⁷ Voir le premier chapitre sur l'évolution du concept de sécurité, en particulier la prise de conscience de la globalisation des enjeux et des impacts sur la sécurité civile dans les années 80, à la sous-section 1.2.3.

en œuvre n'est pas toujours effective et les États ont un rôle prédominant dans cette sphère. Leur contenu éthique, dicté par l'impératif humain, propose un regard différent sur le droit, mais aussi sur notre conception générale du monde. L'État n'est plus seul titulaire des droits, il a à ses côtés un nouvel acteur, l'Homme, à qui d'ailleurs l'État doit son existence et son capital.

En 1996, la CIJ dans son *Avis sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, affirmait qu'il ne saurait y avoir de prééminence des « droits de l'État » sur ceux de l'individu¹⁶⁸⁸. C'est ce qui pousse certains auteurs à déclarer que la souveraineté, seule vérité étatique et force de frappe, doit représenter le tremplin de la promotion des droits de l'homme, de leur affirmation, et les normes qui émanent des États doivent tendre à la réalisation de l'être humain¹⁶⁸⁹. Dans cette même lancée, et avec la création des cours pénales internationales, on ne peut s'étonner de constater que l'individu possède des droits, mais qu'il est aussi redevable, en ce sens qu'il est désormais investi d'obligations¹⁶⁹⁰. Cela implique que les individus sont imputables pour leurs actions criminelles quelques soient leur statut et leur origine. En contrepartie, le droit constitutionnel exige la mise en œuvre de garanties similaires, un traitement juridique équitable pour tous. De cette façon, la personne humaine est mise au cœur de l'activité étatique, et peut lui opposer ses droits, lorsque l'État empiète sur son développement.

L'échec du parlementarisme dans les années Trente, exposé au premier chapitre, rappelle l'importance de la suprématie de normes impératives imposées à tous pouvoirs, structure et individus¹⁶⁹¹. La diversité des identités rend difficile une représentation unitaire de la communauté politique et, en conséquence, sa légitimité démocratique, fondée sur le modèle de représentation est contestée par un autre modèle de légitimité appelant à une plus grande participation démocratique des diverses parties prenantes¹⁶⁹².

¹⁶⁸⁸ *Avis sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Recueil de la Cour internationale de justice, 1996, « Avis sur la licéité ».

¹⁶⁸⁹ Voir Pierre-Marie DUPUY (2003), pp. 416 et 417, ainsi que Charles de VISSCHER, *Théorie et réalités en droit international*, Paris, Pedone, 1971.

¹⁶⁹⁰ Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 36.

¹⁶⁹¹ Voir le premier chapitre, à la sous-section 1.2.2.

¹⁶⁹² Voir l'intéressante réflexion de Jules DUCHASTEL, « La citoyenneté multiculturelle comme stratégie politique au Canada », notes de conférence publique prononcée à l'Université de Buones Aires le 2 septembre 2005 et disponible sur le site de l'Université du Québec à Chicoutimi, dans la collection « les sciences sociales contemporaines » à l'adresse http://classiques.uqac.ca/contemporains/duchastel_jules/citoyennete_multiculturelle/citoyennete_multiculturelle.html (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

Ce retour historique sur le droit international public en matière des droits de l'Homme et le droit constitutionnel sert à mieux comprendre l'origine et le contenu des conventions élaborées depuis 1945, comme la *Convention relative au statut des réfugiés*, et la révolution provoquée par la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*. Ce n'est pas sans intérêt que nous proposons ce détour sur la cohérence du droit international public, puisqu'il nous semble que la *Charte canadienne des droits et libertés* est née du fruit de l'élaboration du corpus du droit international des droits de la personne. L'interprétation des droits fondamentaux doit non seulement s'inspirer du cadre normatif du droit international des droits de la personne mais, comme l'a déjà souligné la Cour suprême du Canada¹⁶⁹³, mais elle devra le mettre en œuvre.

Néanmoins, l'exercice devrait aller plus loin et implique que les tribunaux appliquent le cadre normatif des droits de l'Homme en cas de conflit, puisqu'il semble concorder avec la substance normative des droits inscrits dans la *Charte*. En d'autres termes, la théorie du fondement légitime semble rejoindre les critères impératifs dictés par le droit international, en particulier le corpus du *jus cogens*. Cette hypothèse mériterait une longue démonstration dans le cadre d'une deuxième thèse ou d'un post-doctorat. Cette conclusion se limite à offrir quelques pistes de réflexion pour un exercice analytique ultérieur. La théorie du professeur Dupuy propose une construction hiérarchisée du droit international et cette approche rappelle le concept de l'échelle mobile des droits fondamentaux en droit constitutionnel canadien¹⁶⁹⁴. Cet ordre à la « verticale » constitue une interprétation originale et pertinente, dans le contexte sécuritaire, afin de situer la place de l'État et de concevoir une hiérarchie des droits fondée sur l'éthique.

Brièvement, les deux modèles présents en droit international public seront exposés dans un premier temps, soient le modèle de coexistence des États et le système de coopération étatique. Cette description permet de comprendre les fondements de la théorie du Pr. Dupuy qui

¹⁶⁹³ Voir, entre autres, l'affirmation du droit international, par la juge L'Heureux-Dubé, en particulier celui du droit des enfants, en droit canadien dans un dossier d'immigration *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 et la réflexion fort pertinente de France Houle et de Noura Karazivan sur la fluctuation de la force normative des normes internationales en droit canadien dans France HOULE et Noura KARAZIVAN, « Les rapports de relevance juridiques entre les ordres législatifs canadien et international », (2008) 1 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 1-21. Pour plus de détails l'application du droit international en droit interne consulter le quatrième chapitre, la sous-section 4.2.1, au point ii).

¹⁶⁹⁴ Voir sur la description des droits rattachés à une échelle et dont le poids varie en fonction du contexte, les droits s'élèvent tout au long de l'échelle lorsque leur poids est important. Au contraire, le droit se déplacera vers le bas de l'échelle si son importance est moindre et les conséquences limitées selon le contexte donné. Voir Luc B. TREMBLAY (2002), section C. La conception fondée sur le principe de l'échelle mobile pp. 317 et ss.

se conçoivent à partir du postulat du modèle de coopération. Dans un deuxième temps, la conclusion s'arrêtera sur les promesses d'une hiérarchie des droits inaliénables et les difficultés qu'une telle construction suppose. Le parallèle entre les théories du Pr. Dupuy, en droit international, et du Pr. Tremblay, en droit constitutionnel canadien, permet de faire une revue de l'ensemble des concepts étudiés dans cette thèse.

Premièrement, il existe en droit international deux archétypes de société internationale. C'est en 1964 que, pour la première fois, Wolfgang Friedman recense la présence de ces deux archétypes dans son ouvrage sans précédent *The Changing Structure of International Law*¹⁶⁹⁵. Il s'agit du modèle de coexistence et celui de coopération, tous deux formés à des périodes historiques différentes et découlant d'une conception distincte de la finalité du droit international comme « technique de régulation sociale »¹⁶⁹⁶.

Le modèle de coexistence, le plus ancien des deux, apparaît déjà dans les *Traités de Westphalie* (Traité de Munster et d'Osnabrück en 1648)¹⁶⁹⁷ et sera confirmé en 1927 par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du *Lotus*¹⁶⁹⁸. La représentation de la cohabitation des puissances en jeu est fondée sur le principe de l'égalité. Chaque État est placé sur un pied d'égalité face aux autres États. Est-il besoin de dire que ce modèle constitue le modèle le plus communément admis par les internationalistes? Il s'agit d'une conception ultra-formaliste du droit, en ce sens qu'elle repose sur le principe de l'égalité souveraineté formelle des États¹⁶⁹⁹.

Il est vrai qu'au lendemain d'une des guerres de religion les plus terribles, la guerre de Trente ans, les références culturelles, politiques et religieuses ne s'articuleront plus autour d'un même pôle et d'une même vision. L'hégémonie du droit naturel ne peut satisfaire toutes les sociétés de par l'essence judéo-chrétienne dans laquelle baignent fondamentalement ses racines. Dès la moitié du XVII^e siècle, on rejette donc officiellement toute référence idéologique dans le droit international. L'affaire du *Lotus*, précédemment citée, reprendra cette conception

¹⁶⁹⁵ Wolfgang FRIEDMAN, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens and Sons, 1964.

¹⁶⁹⁶ Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 26.

¹⁶⁹⁷ Voir sur l'impact historique des traités de paix la réflexion du politologue Arnaud Blin qui s'intéresse au phénomène du terrorisme et spécialisé dans l'étude des conflits dans Arnaud BLIN, *1648 La Paix de Westphalie ou la naissance de l'Europe politique moderne*, Bruxelles, Éditions Complexe, 2006.

¹⁶⁹⁸ *Affaire du Lotus* (France c. Turquie), « Recueil de la Cour permanente de justice internationale », 1927.

¹⁶⁹⁹ Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 400.

conservatrice du droit international, unidimensionnelle, reposant uniquement sur des conditions formelles¹⁷⁰⁰.

Le modèle de coopération, quant à lui, n'a pas une provenance historique aussi clairement distincte. Pourtant, le *Projet de paix perpétuelle* d'Emmanuel Kant ne semble pas étranger à ses origines. En effet, selon Kant, pour que l'état de paix puisse être mis en place, il faut s'éloigner de l'état de nature où « il ne saurait y avoir d'autre droit qu'un droit privé » dépourvu d'un « *état juridique* qui unit activement les diverses personnes (physiques ou morales) [comme au sein d'une fédération, par exemple] »¹⁷⁰¹. Par conséquent, le modèle de coopération reprend le mythe que le droit puise instituer la paix et la pacification des peuples constitue sa première formulation/affirmation¹⁷⁰².

Toutefois, ce sont les lendemains des guerres mondiales qui opéreront d'une réelle révolution dans la conception de cet ordre international en devenir. Les relations pacifiques et contrôlées sont bien évidemment au cœur des préoccupations en 1945. Le modèle coopération naîtra donc de l'adoption de nouvelles constitutions européennes et l'accroissement des organisations internationales dont les figures centrales seront la Société des Nations, puis l'Organisation des Nations Unies¹⁷⁰³. La reconnaissance de la personnalité juridique des Nations Unies par la Cour internationale de justice contribua à la consolidation des fondements du modèle de coopération¹⁷⁰⁴. De plus, l'échec du parlementarisme en Europe dans les années Trente marquera profondément les esprits en protégeant les individus contre l'arbitraire de certaines

¹⁷⁰⁰ Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 97. Les conditions formelles en droit international public constituent essentiellement les conditions de validité des traités. Elles sont propres au droit international, mais semblent rencontrer les principes de la théorie du fondement rationnel qui rappellent les critères de formalité dans l'adoption des normes législatives.

¹⁷⁰¹ Kant propose l'institution d'une fédération mondiale à l'intérieur de laquelle existe un droit cosmopolitique qui donne la possibilité à toute personne de s'exprimer et d'embrasser une nation ou une autre. Voir KANT, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Vrin, 2002, p. 129. Pour Pierre-Marie Dupuy, qui abonde dans le même sens, « l'état de paix n'est pas un état de nature et l'état de paix doit donc être institué » dans Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 218. Dupuy confirme que Kant « refuse, en effet, de fonder son projet de paix perpétuelle sur les préceptes du droit naturel. » dans Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 266. Voir également Simone GOYARD-FABRE, *La construction de la paix*, Paris, Vrin, 1994.

¹⁷⁰² Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 218.

¹⁷⁰³ Sur l'apparition et le développement du modèle de coopération, voir Pierre-Marie DUPUY (2003), pp. 34 et 35.

¹⁷⁰⁴ Voir l'Avis sur la réparation des dommages subis au service des Nations Unies, « Recueil de la Cour internationale de justice », 1949 (référence *Avis sur les dommages*). Voir également Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), « Recueil de la Cour internationale de justice », 1986 (pour référence l'*Affaire du Nicaragua*). Dans cette affaire, la Cour reconnaît les métamorphoses de la société internationale.

décisions politiques issues de la majorité¹⁷⁰⁵. Cette impulsion participera à l'admission de l'imposition de certains droits fondamentaux au-dessus de l'action politique.

La suprématie des valeurs humanitaires à travers la hiérarchisation des droits fondamentaux

Contrairement, à la coexistence des États, le droit de coopération repose sur l'acceptation d'une communauté internationale qui se doit être solidaire¹⁷⁰⁶. Le professeur Pierre-Marie Dupuy qualifie les interactions du droit de coopération « s'appuyant sur la prise de conscience de solidarités objectives et d'intérêts communs aux différents États qui le composent »¹⁷⁰⁷. Même s'il ne semble pas que le modèle de coopération puisse remplacer la société de coexistence, son dynamisme normatif entache nécessairement l'unité formelle du système international, puisqu'il introduit en droit des vecteurs fondés sur l'éthique et organise dans une hiérarchie plus ou moins souple les droits qu'elle veut protéger : le droit « devient instrument de promotion des objectifs déterminés à partir d'une éthique déclarée commune, fût-ce au gré du recours à quelques fictions juridiques »¹⁷⁰⁸.

Ce qu'il faut comprendre du modèle de coopération, c'est qu'il admet un fondement de légitimité en droit, celui de l'éthique. Ce fondement s'apparente à la théorie développée par le Pr. Tremblay qui propose une rationalité qui puise dans un arrière-plan éthique dont le premier chapitre relate les tenants. Alors que le Pr. Tremblay insiste sur la promotion des valeurs canadiennes dans le maintien des droits fondamentaux, le Pr. Dupuy traduit cette réalité en droit international en affirmant que la coutume « puise [...] dans l'éthique collective un fondement alimentant la conviction juridique des membres d'un groupe ; ils se sentent alors placés les uns et les autres sous son autorité, essentiellement tirée du sentiment partagé de sa nécessité sociale, et l'*opinio juris* se nourrit de solidarité. »¹⁷⁰⁹ C'est là, nous semble-t-il, le but recherché par les constitutions et s'il devait y avoir l'affirmation d'une constitution internationale, on la retrouverait dans le droit impératif (*jus cogens*) constitué de la coutume.

¹⁷⁰⁵ Pour plus de détails sur l'échec du parlementarisme, voir le premier chapitre, la sous-section 1.2.1.

¹⁷⁰⁶ Prosper WEIL, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 311.

¹⁷⁰⁷ Pierre-Marie DUPUY (2003), pp. 54-55.

¹⁷⁰⁸ Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 55. Voir aussi Prosper WEIL, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 311.

¹⁷⁰⁹ Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 55.

Il semble, comme il a été relevé dans l'introduction générale sur les concepts sécuritaires, que nous n'acceptons comme société qu'un seul droit, celui qui émane de l'État. La théorie positiviste veut que le droit reconnu, le « vrai droit », soit celui édicté par le processus législatif en place. Cette vision se reflète dans l'approche *conséquentialiste* admise par le juge La Forest et par l'unanimité des juges de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Suresh*¹⁷¹⁰. La vision dite « conséquentialiste » favorise la retenue judiciaire et se concentre sur les critères formels d'adoption des normes. Elle s'assure également de la proportionnalité des règles édictées devant l'objectif poursuivi. Bref, il suffit pour une société démocratique de remettre au gouvernement élu le pouvoir de légiférer des normes qui soient par la suite mises en œuvre pour que le droit en place soit légitime.

Le vice de forme est impardonnable et remet en question les fondements de notre système législatif, voire de notre démocratie, alors qu'à l'intérieur des conditions de forme imposées, la société civile admet rapidement que le contenu émane tout simplement de la majorité, sans toutefois le questionner. Cette indifférence est particulièrement remarquée pour les mesures concernant les étrangers et les réfugiés qui n'ont pas de canal de représentation ou de « voix » politique au Parlement ou dans la société en général¹⁷¹¹. Cette seule reconnaissance du droit, c'est-à-dire, à travers ses formes et l'autorité gouvernementale qui la dicte, l'État, force le questionnement sur la notion de droit et sur la valeur de la positivité¹⁷¹².

Il se trouve là le « mythe de la volonté de l'État comme origine unique du droit », comme le souligne si bien Roberto Ago¹⁷¹³. Cette association entre positivité et validité formelle n'est pas nouvelle et, au Canada, nous sommes tributaires de la doctrine anglaise et germanique où elle est d'abord apparue¹⁷¹⁴. Elle fut ensuite reprise et développée par l'école italienne¹⁷¹⁵. Le couple,

¹⁷¹⁰ Pour plus de détails, voir le quatrième chapitre, à la sous-section 4.2.2.

¹⁷¹¹ Voir le premier chapitre, à la sous-section 1.1.3.

¹⁷¹² Voir entre autres la réflexion toujours actuelle de Christian ATIAS, « Quelle positivité?, Quelle notion de droit? » dans (s.n.) *Archives de philosophie du droit – 'sources' du droit*, tome 27, Paris, Sirey, 1982, 209.

¹⁷¹³ Roberto AGO, « Droit positif et droit international », *Annuaire français de droit international*, vol. 3, nu. 3, 1957, 14-62, p. 22.

¹⁷¹⁴ Voir les auteurs et penseurs Hobbes et Austin, pour la doctrine anglaise et Hegel et Jellinek pour la doctrine germanique. Ces auteurs sont étudiés par Roberto Ago et cité dans Roberto AGO, « Droit positif et droit international », (1957) 3(3) *Annuaire français de droit international* 14-62, pp. 22 et 23. Voir également, la revue de la notion d'ordre juridique par le Pr. Pierre-Marie Dupuy dans Pierre-Marie DUPUY (2003), chapitre II Conception théoriques de l'ordre juridique internationale, pp. 59-91.

¹⁷¹⁵ Dans la littérature italienne, on retrouve Santi Romano et Del Vecchio. Consulter, en particulier sur l'édification de l'ordre juridique et l'importance du droit international, Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, LGDJ, 1975.

positivité et formalité, puise sur une idée « à la fois jacobine et hégélienne, [qui veut] que ce qui est établi par l'État [comme] étant légal est également légitime en soi, l'on a donc pas à se soucier de la conformité d'une telle norme [au niveau de] l'éthique sociale, puisque celle-ci est réalisée par l'État »¹⁷¹⁶.

Le scénario le plus sombre illustrant une telle idéologie, l'Europe l'a connu dans les années précédant la Seconde Guerre mondiale, lors de la promulgation des lois nazis en 1933 et l'avènement de l'État criminel¹⁷¹⁷. Il semble que, dans une moindre mesure, les divers attentats terroristes fassent ressortir une forme parfois arbitraire de « surcriminalisation » des personnes, dans laquelle la suspicion se pose sur tout ce qui est lointain et différent, qui se traduit par le phénomène de pénalisation du droit des réfugiés¹⁷¹⁸. Évidemment dans cette équation, l'étranger est la première cible. Devant la prolifération des mesures pénalisantes des conservateurs contre les réfugiés, on peut affirmer, comme nous l'avons fait précédemment, que la construction de l'ennemi prend les traits du réfugié. La figure du terroriste s'est déteinte sur le demandeur d'asile dans un couplage qui fragilise la mise en œuvre des droits fondamentaux des réfugiés.

Dans un tel contexte, la juridicité des normes ne peut donc trouver son entière légitimité et la méthodologie positiviste est incapable de fournir un fondement acceptable et complet au phénomène juridique¹⁷¹⁹. Cet échec cuisant du positivisme, à travers le modèle de coexistence, est fatal selon plusieurs auteurs. En effet, la dissociation entre droit *positif* et droit *naturel* que voulait conserver le positivisme juridique ne peut subsister. Le premier est confiné à l'expression – parfois arbitraire – de la volonté formelle du souverain et le droit *naturel* puise dans la réalité du milieu et l'éthique sociale¹⁷²⁰. Les procès des criminels de guerre, dont les procès de Nuremberg et de Tokyo, sont les premières illustrations de l'échec du droit positif où il a fallu

Voir pour une étude approfondie de l'apport théorique de la doctrine italienne, en particulier la conception de Santi Romano, voir Charles LEBEN, « Quelques réflexions sur l'ordre juridique », (2001) Octobre *Droits* 20-39.

¹⁷¹⁶ Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz-Sirey, 1998, p. 28.

¹⁷¹⁷ Chaïm PERELMAN, « Ontologie juridique et sources du droit », dans (s.n.) *Archives de philosophie du droit – « sources' du droit »*, tome 27, Paris, Sirey, 1982, p. 67.

¹⁷¹⁸ Pour plus de détails sur la *surcriminalisation*, voir la réflexion au troisième chapitre au sujet du phénomène de *overcriminalisation* du Pr. Stunz et son application au droit de l'immigration, dans la deuxième partie en 3.2. Voir William J. STUNZ, "The Pathological Politics of Criminal Law", (2001) 100 *Mich. L. Rev.* 505-611.

¹⁷¹⁹ Pierre-Marie DUPUY (2003), pp. 108, 141-142.

¹⁷²⁰ Voir Chaïm PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999, aux pages 70, 86 et 175 et Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 28.

incorporer dans le droit international une forme de constitutionnalisation des droits les plus fondamentaux.

Deuxièmement, la conception du droit fondée sur l'éthique permet d'affirmer clairement et ouvertement l'introduction de valeurs dans la formation des normes¹⁷²¹. Elle offre aussi l'avantage de légitimer le droit en fonction de principes moraux¹⁷²². Bien sûr, cette approche n'est pas sans présenter certaines difficultés et certains obstacles. Le premier vient de la détermination de ce que signifie l'éthique, ou encore, l'édification des valeurs ou la présentation des principes moraux¹⁷²³. Le deuxième obstacle est sans doute la précarité d'un système aussi dynamique, mais surtout il existe de par sa mise en œuvre entravée par l'activité étatique¹⁷²⁴.

« [À] partir du moment où le droit ne se déclare plus volontairement exempt d'une finalité éthique, le droit, et le droit international y compris, cesse alors d'être un pur édifice normatif pour être quelque chose qui n'est pas étranger à la justice. »¹⁷²⁵ Nous ne pouvons mieux exprimer ce que, à notre avis, doit toujours avoir le droit dans sa ligne de mire. Quitter cet objectif reviendrait à compromettre la cohésion du droit et confiner l'intelligence humaine à quelques technicalités juridiques.

Il est vrai que la définition des valeurs sous-jacentes au droit international des réfugiés qui doit insuffler les principes au droit constitutionnel canadien, n'est pas une tâche facile. Néanmoins, il est possible de les identifier, du moins en ce qui concerne le droit des réfugiés. La vie, la liberté et la sécurité des réfugiés étant en jeu, nous suggérons l'égalité, la dignité humaine, la solidarité entre la société hôte et les réfugiés et une plus grande coopération entre Nord-Sud. Concrètement, la promotion de ces valeurs implique deux changements sur le plan juridique soit : premièrement, le redressement du droit de l'immigration dans un contexte de droit pénal ou encore un droit de l'immigration offrant les mêmes garanties, lorsque la criminalité est en cause ; et, deuxièmement, l'admission de la participation politique des réfugiés pour assurer sa représentativité, à travers le concept d'une citoyenneté de type universelle ou d'une identité

¹⁷²¹ Sur les possibilités de cette approche, voir Pierre-Marie DUPUY (2003), p. 237.

¹⁷²² La *Charte* des Nations Unies peut être conçue comme la Constitution des peuples, titulaires des droits. Dans une telle perspective, les rapprochements avec le droit constitutionnel national apparaissent clairement, voir Pierre-Marie DUPUY (2003), pp. 231 et suivants.

¹⁷²³ Cette difficulté est surmontée par l'existence de la norme éthique dans le « devoir-être » inhérente à la norme juridique dans Pr. Dupuy Pierre-Marie DUPUY (2003), pp. 209-210. Voir également pour des illustrations pratiques dans A. PAPAUX et E. WYLER, *L'éthique du droit international*, Paris, PUF, 1997.

¹⁷²⁴ Pierre-Marie DUPUY (2003), pp. 226 et 475.

¹⁷²⁵ Charles LEBEN, « Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice », (1990) 11 *Droits* 35-40, 36.

commune établie à l'aide de critères généraux permettant l'expression des intérêts de ces derniers. Pour reprendre l'idéal kantien, grâce à l'institutionnalisation d'un fédéralisme entre États libres, il faut établir un « droit cosmopolitique [qui] doit se restreindre aux conditions de l'hospitalité universelle » à travers l'expression du droit des gens¹⁷²⁶.

Les réfugiés constituent probablement la catégorie la plus vulnérable qui soit dans nos sociétés de plus en plus riches et globalisantes. En effet, nos communautés souffrent de plusieurs préjugés contre les demandeurs d'asile, souvent perçus comme des menteurs ou des personnes abusant d'un « généreux » système. Ils portent aujourd'hui l'odieux de la criminalité venue d'un ailleurs lointain qui ne mérite pas notre considération. Parmi ces hommes et ces femmes qui fuient, plusieurs d'entre eux ont été trafiqués, certains sont venus à l'aide de passeurs, et d'autres se sont livrées à la prostitution et ont flirté avec la criminalité pour parvenir jusqu'à nos frontières. Cette métamorphose du réfugié, qui autrefois sortait du camp d'extermination, pose des questions troublantes sur notre capacité à respecter nos engagements internationaux envers ceux et celles qui doivent légitimement se prévaloir de la protection¹⁷²⁷. Les mesures de 2012 et 2013 adoptées par le gouvernement conservateur canadien renforcent ces perceptions et insufflent une personnification du criminel chez le réfugié¹⁷²⁸.

Si l'on se permet de proposer l'existence du « vrai » réfugié, comme le suggèrent les politiciens, alors il faut s'interroger sur notre conception du « faux réfugié »? En d'autres termes, qui est celui ou celle qu'on ne veut pas accueillir pour des motifs qui souvent échappent à la raison et se dissimulent derrière des impératifs sécuritaires? Et si les personnes qui souffrent de pauvreté extrême ne sont pas toutes persécutées au sens de la *Convention relative au statut des réfugiés*, il n'en demeure pas moins que les pauvres des pays de ce qu'on appelle l'autre monde,

¹⁷²⁶ KANT, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Vrin, 2002, p. 55.

¹⁷²⁷ Il faut assurément combiner cette métamorphose avec l'arrivée de nouvelles ethnies, dites visibles, qui a eu un impact sur la perception de la population hôte sur les migrants en général. Rappelons le discours du 19 juin 1991, pour le moins provocateur et raciste de Jacques Chirac intitulé le *Discours d'Orléans* et connu sous « le Bruit et l'odeur », dans lequel Chirac affirme que: « Notre problème ce n'est pas les étrangers, c'est qu'il y a overdose. C'est peut-être vrai qu'il n'y a pas plus d'étrangers qu'avant la guerre, mais ce n'est pas les mêmes et ça fait une différence. Il est certain que d'avoir des Espagnols, des Polonais et des Portugais travaillant chez nous, ça pose moins de problèmes que d'avoir des Musulmans et des Noirs ». Le problème de l'aide sociale décrié par Chirac faisait écho aux discours américains, à la même période, qui accusaient les immigrants de la pauvreté des Américains de « souche »! Pour l'extrait cité du discours de l'ancien président de la République (au moment de prononcer son discours Chirac était maire de Paris), voir Franz-Olivier GIESBERT, *Jacques Chirac*, Paris, Seuil, 1995, pp. 418-421. Sur les préoccupations en matière d'immigration à travers les discours politiques voir l'Introduction générale alors qu'il est question de la perception des étrangers en général, à la sous-section 0.1.2.

¹⁷²⁸ Voir au troisième chapitre, la sous-section 3.2.2.

le Tiers-Monde, sont souvent maltraités. La pauvreté est symptomatique d'un problème de corruption et de persécution, puisque les abus raciaux, ethniques et sexistes y sont plus fréquemment répandus. Notre regard doit donc changer, notre sensibilité aussi. Il n'est pas dit qu'il faille se sacrifier pour sauver l'humanité. Toutefois, une compréhension plus subtile et plus approfondie des enjeux internationaux suffit pour comprendre que tout n'est pas blanc et noir, que tous les conflits armés n'opposent pas nécessairement UN méchant et UN bon! La réalité est beaucoup plus complexe¹⁷²⁹.

Il faut nécessairement se camper dans un cadre de référence de valeurs propres à la protection des réfugiés pour éviter de tomber dans un état de méfiance et de peur de l'étranger. Seule la solidarité et la dignité humaine guideront la juste analyse de la situation des demandeurs d'asile et de leur intégration. La perception négative doit s'opérer à travers un changement de mentalité permettant ainsi de rétablir l'image et les droits du réfugié, parce que nous avons conclu que le droit n'est pas hermétique aux influences émotionnelles et aux préjugés.

Sans révolutionner la notion de l'État, il serait bien de relancer le débat, comme certains le font, sur le thème de l'identité et de la citoyenneté¹⁷³⁰. Un repliement identitaire peut difficilement se justifier de nos jours. La protection même de notre identité dépend de l'interaction que nous avons avec les autres. Cette interdépendance s'exprime à travers une diversité à conquérir afin que le dialogue soit possible, en dépit des « conflits ethniques qui continuent de sévir un peu partout, il est de mieux en mieux compris que la diversité humaine est tout à la fois la réalité qui rend nécessaire le dialogue, et le fondement même de ce dialogue. »¹⁷³¹

Comme le remarque Kofi Annan :

« Nous comprenons, comme jamais auparavant, que chacun mérite pleinement le respect et la dignité essentiels à notre humanité commune. Nous reconnaissons que **nous sommes les produits de nombreuses cultures, traditions et mémoires; que**

¹⁷²⁹ Voir au deuxième chapitre, la sous-section 2.2.3.

¹⁷³⁰ Dans ce domaine, la littérature est abondante et se rapport essentiellement à la sociologie et à la philosophie morale, près de nous retenons Charles TAYLOR, *Source of the Self: The Making of the Modern Identity*, Boston, Harvard University Press, 1989 et *Multiculturalism and The Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1992. Citons également Habermas puisqu'il sa théorie a fortement marqué notre réflexion et qu'il est un des grands penseurs contribuant à la question de l'identité communautaire et mondiale, en particulier, voir l'expression d'Habermas du « patriotisme constitutionnel » dans Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1992. Également très pertinent, le dialogue philosophique entre Habermas et Derrida sur le 11 septembre et la place de la philosophie dans un temps de terreur dans Jürgen HABERMAS et Jacques DERRIDA, *Le « Concept » du 11 septembre*, Paris, Galilée, 2004.

¹⁷³¹ Kofi ANNAN, lauréat du prix Nobel de la Paix en 2001, discours du prix Nobel, 10 décembre 2001.

le respect mutuel nous permet d'étudier d'autres cultures et d'en tirer des enseignements; et que nous devenons plus forts en alliant l'étranger et le familier.»¹⁷³² [Nous soulignons.]

Cet amalgame ethnique illustre particulièrement bien la réalité canadienne. Par conséquent, le développement de l'humanité repose sur la capacité de nos sociétés à interagir entre elles, une ouverture qui permet une interprétation des droits fondamentaux dans le sens de la protection et non pas, comme il a été illustré, faire de la protection des réfugiés un objet de la sécurité. En effet, il faut d'abord considérer la problématique du droit des réfugiés pour ce qu'elle est et non pas en sens inverse : le droit des réfugiés est avant tout une situation humanitaire qui requiert la solidarité et l'entraide internationale. Le droit des réfugiés ne doit pas être perçu comme une faille dans un système qui permet à plus de migrants jugés « illégitimes » de traverser les frontières.

L'accueil est sans aucun doute l'expression manifeste de ces valeurs favorisant la protection effective des réfugiés. En effet, un des problèmes soulevés par notre analyse porte sur la propagande sécuritaire où l'accueil devient problématique. Dans un tel contexte, la méfiance et l'incapacité de gérer le système deviennent des sources justificatrices à une inclination vers le refus des demandes d'asile et l'augmentation des ressources pour la mise en œuvre des mesures d'expulsion de la *LIPR*. Lorsque le gouvernement tente d'établir un équilibre entre la sécurité nationale et ses obligations internationales sur le plan des droits de la personne, il introduit dans ses objectifs législatifs la promotion, « à l'échelle internationale, [de] la justice et [de] la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou [qui] constituent un danger pour la sécurité. » [*LIPR*, al. 3(1)i)]

Le droit canadien accepte l'incorporation des normes du droit international sans toutefois se sentir lié. Dans son jugement de 2002 dans l'affaire *Suresh*, la Cour suprême admettait l'importance de trouver l'essence des principes de justice fondamentale et l'influence du droit international pour la *Charte* :

« À proprement parler, le Canada n'est lié par des normes internationales consignées dans un traité que si celui-ci a été incorporé au droit canadien par une

¹⁷³² Citation reprise tête de chapitre, voir Kofi ANNAN, lauréat du prix Nobel de la Paix en 2001, discours du prix Nobel, 10 décembre 2001. L'ex Secrétaire général des Nations Unies, en 2000 en appelait à de « news forms of global governance » qui doit tenir compte, non plus seulement des intérêts strictement étatiques, mais aussi à la protection des collectivités et des individus. Kofi ANNAN, *The Role of the UN in the 21st Century*, 2000, pp. 9-11.

loi. Toutefois, les tribunaux peuvent faire appel au droit international pour dégager le sens de la Constitution du Canada. Notre analyse ne porte pas sur les obligations internationales, mais plutôt sur les principes de justice fondamentale. Nous faisons appel au droit international non pas parce qu'il régit la question, mais afin d'y trouver la confirmation de ces principes. » (*Suresh*, par. 60).

Pourtant, nous avons vu dans cette même affaire la difficulté que représente le respect des droits de l'homme dans un contexte sécuritaire. La Cour suprême affirmera plus loin dans la même décision qu'« [i]l faut interpréter les conventions internationales en tenant compte de la situation actuelle. On a peut-être déjà pu avancer, logiquement, que les actes de terrorisme dans un pays ne touchaient pas nécessairement les autres pays, mais pareille affirmation n'est plus possible depuis 2001. »¹⁷³³ La prépondérance ou le rééquilibrage des droits considérés inaliénables est un jeu dangereux qui fait reculer l'État de droit le rapprochant d'un état de barbarie dont il veut s'affranchir.

Dès lors, il faut comprendre, que l'instabilité politique et militaire dans un État donné, peut nous rendre tout aussi alerte et va jusqu'à justifier le rejet du respect d'un droit individuel, tel que le droit à l'intégrité physique au nom de la sécurité d'une société dont la menace existe dans un autre pays, sans pourtant être corroborée dans le nôtre¹⁷³⁴. Toutefois, c'est dans un dialogue constant entre les différents corps dirigeants – législateur, exécutif et judiciaire – que s'établira l'expression des droits fondamentaux. Quant aux valeurs, elles nous semblent déjà une réalité juridique qui s'affirme dans les principes fondateurs de la société canadienne.

L'originalité de la théorie du Pr. Dupuy est qu'elle fait ressortir l'impérativité de certains droits, qui en fonction de leur contenu éthique, prévaudront sur d'autres droits conventionnels. Cette disposition des droits, entre les droits impératifs et les droits conventionnels, rappelle la construction du droit constitutionnel canadien. Cette suprématie des droits découlant du *jus cogens* fut fortement fragilisée par l'adoption de mesures draconiennes qui ont suivi le 11 septembre 2001 et par une pratique du retour à la torture des États. Toutefois, avec un recul de dix ans après les événements tragiques du 11 septembre 2001, il semble que la Cour suprême du Canada n'admette plus la sacralisation du *secrecy* autour des renseignements sécuritaires visant

¹⁷³³ Voir dans *Suresh*, par. 87.

¹⁷³⁴ Cette conception de la sécurité omniprésente est expliquée par la sociologie et la société à risque zéro exposée au troisième chapitre, à la sous-section 3.1.2. En ce qui concerne l'évaluation judiciaire plutôt sommaire des atteintes immédiates et sécuritaires que présentait M. Suresh, voir la sous-section 3.2.1.

l'étranger soupçonné de grave criminalité¹⁷³⁵. Il faut donc espérer que les tribunaux mettent de côté l'autorité de l'affaire *Suresh* et ne reconnaissent plus aucune exception à la pratique de la torture, incluant le renvoi des étrangers criminels à la torture.

Les moyens démocratiques qui caractérisent l'État de droit canadien doivent permettre de trouver d'autres solutions afin de répondre aux actes terroristes, particulièrement lorsque les cibles sont occidentales. Ainsi, les dangers du monopole étatique de la violence peuvent être contrés par l'admission d'un cadre éthique au cœur duquel se trouvent les valeurs découlant d'une égale protection des droits fondamentaux et d'une imputabilité effective pour toutes leurs violations.

¹⁷³⁵ Voir *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350. et les détails sur cette affaire dans l'introduction de la deuxième partie au troisième chapitre 3.2.

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation et réglementation

1.1 Législation et réglementation canadiennes

Accord Canada-Québec relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubins, entré en vigueur le 1er avril 1991.

An Act respecting Quarantine, chapitre 68, 1892.

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

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Déclaration canadienne des droits, S.C.R. 1970, App. III.

Décret modifiant le Décret concernant le Programme fédéral de santé intérimaire (2012), C.P. 2012-945, TR/2012-49.

Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict, c. 3 (R.-U.).

Loi concernant l'immigration au Canada, 1976, chap. 52, 25-26 Elisabeth II.

Loi modifiant la Loi sur l'immigration et le statut de réfugié, L.C. 2011 ch. 8.

Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur les secrets officiels, la Loi sur la preuve, la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et d'autres lois, et édictant des mesures à l'égard de l'enregistrement des organismes de bienfaisance, en vue de combattre le terrorisme, S.R.C.2001, c.41.

Loi sur des mesures de réformes équitables concernant les réfugiés, L.C. 2010 ch. 8.

Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics, L.R.Q., chapitre A-2.01.

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

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C.2001, ch. 27.

Loi sur la sûreté du transport maritime, L.C.1994, ch. 40.

Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, ch. 17.

Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000 ch. 34.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7.

Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada, L.C. 2012 ch. 17.

Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2004-217, Gazette du Canada, Partie II, vol. 138, no. 22.

Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.U., c.11)].

Projet de loi S-7 : *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la preuve au Canada et la Loi sur la protection de l'information* (vote favorable le 25 avril 2013)

Statut de Westminster de 1931, officiellement la Loi de 1931 visant à donner effet aux résolutions adoptées lors des conférences impériales de 1926 et 1930, fut adopté le 11 décembre 1931

Statutes passed by the colonies to restrict pauper immigration: Immigration Act, R.S.C. 1886, c. 65.

Treaty of Washington, done in duplicate with Washington on May 8, 1871 (Article XLIII).

1.1.1 Directive et instruction canadiennes

COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Directive sur les enfants qui revendiquent le statut de réfugié* et la *Directive sur les revendicatrices craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*, Directives no. 3 et 4 données par la présidente en application de l'alinéa 65(3) de la *Loi sur l'immigration*, Ottawa, 30 septembre 1996 et 13 novembre 1996.

COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Directives concernant la mise au roole et changement de la date ou de l'heure d'une procédure*, Directive no. 6 donnée par le président en application de l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, Ottawa, 15 décembre 2012.

COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la section de la protection des réfugiés*, Directive no. 7 donnée par le président en application de l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, Ottawa, 1 décembre 2003.

COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Directives sur les procédures concernant les personnes vulnérables qui comparaissent devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada*, Directive no. 8 donnée par le président en application de l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, Ottawa, 15 décembre 2012.

COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Instructions pour recueillir et communiquer des renseignements pour les procédures de la Section de la protection des réfugiés*, Instructions données par le président en application de l'alinéa 159(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, Ottawa, 15 décembre 2012.

COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Instructions régissant la gestion des demandes d'asile en attente du contrôle de sécurité préliminaire*, Instructions données par le président en application de l'alinéa 159(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, Ottawa, 15 décembre 2012.

1.2 Législation et réglementation américaines

Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act of 2002 (Pub.L. 107-173)

Foreign Terrorist Organizations Sanctions Regulations, Title 31 Part 597 of the U.S. Code of Federal Regulations

Immigration Act of 1990 (Pub.L. 101-649, 104 Stat 4978)

Military Commissions Act of 2006 (Pub.L. 109-366)

Real ID Act of 2005 (Pub.L. 109-13)

Terrorism Sanctions Regulations, Title 31 Part 595 of the U.S. Code of Federal Regulations

Terrorism List Governments Sanctions Regulations, Title 31 Part 596 of the U.S. Code of Federal Regulations

United States Refugee Act of 1980 (Pub.L. 96-212)

1.3 Législation et réglementation européennes et asiatiques

1.3.1 En Angleterre

Immigration, Asylum and Nationality Act 2006, c.13.

Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc) Act 2004, c.19.

Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, c.41.

Immigration and Asylum Act 1999, c.33.

Human Rights Act 1998, c.42.

European Communities (Amendment) Act 1998, c.21.

Special Immigration Appeals Commission Act 1997, c.68.

Asylum and Immigration Act 1996, c.49.

Asylum and Immigration Appeals Act 1993, c.23.

Immigration Act 1988, c.14.

Immigration (Carrier's Liability) Act 1987, c.24.

European Communities Act 1972, c.68.

Immigration Act 1971, c.77.

Immigration Rules HC 395.

Terrorism Act of 2000, ch11, 21.7.2000.

The Asylum (Designated States) Order 2003, SI 2003 No.970. *The Asylum (Designated States) (n° 2) Order 2003* SI 2003, No.1919.

The Immigration and Asylum Appeals (Procedure) Rules 2003, SI 2003/652.

The Immigration and Asylum Appeals (Fast Track Procedure) Rules 2003, SI 2003/801.

UKBA, *Enforcement Instructions and Guidance*, en ligne :

<<http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/policyandlaw/guidance/enforcement/>>.

1.3.2 En France

Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, entrée en vigueur le 1er mars 2005.

Décret n° 2006-1708 du 23 décembre 2006 modifiant la partie réglementaire du code de justice

administrative, JORF 29.12.2006.

Décret n° 2006-1433 du 23 novembre 2006 relatif à l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, JORF 25.11.2006.

Décret n° 2004-814 du 14 août 2004 relatif à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et à la Commission des recours des réfugiés, JORF 18.8.2004.

Décret n° 2001-481 du 5 juin 2001 portant publication du protocole additionnel au protocole de Sangatte entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif à la création de bureaux chargés du contrôle des personnes empruntant la liaison ferroviaire reliant la France et le Royaume-Uni, signé à Bruxelles le 29 mai 2000, JORF 6.6.2001.

Décret n° 93-1136 du 24 septembre 1993 portant publication du protocole entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif aux contrôles frontaliers et à la police, à la coopération judiciaire en matière pénale, à la sécurité civile et à l'assistance mutuelle, concernant la liaison fixe transmanche, signé à Sangatte le 25 novembre 1991, JORF 2.10.1993.

Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, JORF 21.11.2007.

Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi 52-893 relative au droit d'asile, JORF 11.12.2003.

Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, JORF 12.5.1998.

Loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 relative aux zones d'attente dans les ports et aéroports, JORF 9.7.1992.

1.3.3 Inde

An Act to make further provision with respect to the Government of India, 9 & 10 Geo. 5c. 101, 23 December 1919.

Criminal Law (Amendment) Act, Act No. 31 of 1972

Delegated Legislation Provisions (Amendment) Act, Act No. 4 of 1986

Indian and Pakistani residents (Citizenship) Act of 1949

Prevention of Terrorist Activities Act (2000-2004)

Terrorist and Disruptive Activities (Prevention) Act (1985-1995)

Unlawful Activities Prevention Act, Act No. 37 of 1967

Unlawful Activities (Prevention) Amendment Act, Act No. 29 of 2004

Unlawful Activities (Prevention) Amendment Act, Act No. 35 of 2008

1.3.4 Sri Lanka

Act for Safeguarding the Motherland, Act of 2011.

Emergency (Miscellaneous Provisions and Powers) Regulations, Regulations of 1983.

Prevention Terrorism Act, Act of 1979, 1983, 2011.

Prevention of Terrorism (Proscription of the Liberation Tigers of Tamil Eelam), Regulations No. 1 of 2011

Prevention of Terrorism (Extension of Application), Regulations No. 3 of 2011.

Prevention of Terrorism (Temporary Provisions), Regulations No. 4 of 2011

Prevention of Terrorism (Surrendees Care and Rehabilitation), Regulations No. 5 of 2011.

2. Traités et autres instruments internationaux

2.1 Nations-Unies

Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Doc.off.AGNU, 56e sess., supp.n° 10, Doc.NU A/56/10 (2001).

Charte de l'Organisation des Nations Unies, Article 1; *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés.AG 217(III), Doc.Off.AGNU, 3e sess., supp.n°13, Doc.NU.A/810 (1948) 71.

Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, R.T. Can. 1965 no 20 (signé par le Canada le 8 décembre 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, ratifié par le Canada le 14 mai 1965).

Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, R.T. Can. 1965 no 20 (signé par le Canada le 8 décembre 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, ratifié par le Canada le 14 mai 1965).

Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, R.T. Can. 1965 no 20 (signé par le Canada le 8 décembre 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, ratifié par le Canada le 14 mai 1965).

Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, R.T. Can. 1965 no 20 (signé par le Canada le 8 décembre 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, ratifié par le Canada le 14 mai 1965).

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée Générale dans sa Résolution 39/46 du 10 Décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987, conformément aux dispositions de l'article 27 (1).

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (mieux connue sous Convention européenne des droits de l'homme), Rome, 4.XI.1950.

Convention de Vienne sur les traités, Doc.N.U.A/Conf.39/27 (1969).

Convention internationale contre la prise d'otages, G.A. Res. 146 (XXXIV), U.N. GAOR, 34th Sess., Supp. No. 46, at 245, U.N. Doc. A/34/46 (1979), entrée en vigueur le 3 juin 1983.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 660 U.N.T.S.195, entrée en vigueur le 4 janvier, 1969.

Convention internationale pour la répression du terrorisme à l'explosif, G.A. Res. 164, U.N. GAOR, 52nd Sess., Supp. No 49, at 389, U.N. Doc. A/52/49 (1998), entrée en vigueur le 23 mai 2001.

Convention pour la répression d'actes d'illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, 27 I.L.M. 685, 10 mars 1988.

Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, 860 U.N.T.S. 105, entrée en vigueur le 14 octobre 1971, art. 7. *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, 974 U.N.T.S. 177, (1971).

Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection diplomatique, 1035 U.N.T.S. 167, 13 I.L.M. 41, entrée en vigueur le 20 février 1977.

Convention relative au Statut des Réfugiés, 189 U.N.T.S.150, entrée en vigueur le 22 avril 1954.

Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international, Rés. AG 51/210, 16 janvier 1997, annexe.

Déclaration sur l'asile territorial, A.G.res.2312 (XXII), 22 U.N.GAOR Supp.(N° 16) à 81, U.N.Doc.A/6716 (1967).

Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent, A.G.res.40/144, annexe, 40 U.N.GAOR Supp.(N° 53) à 252, U.N.Doc.A/40/53 (1985).

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G.Res.217A (III), U.N.Doc A/810 à 71 (1948).

Final Act of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, le 17 Juillet 1998 U.N. Doc. A/CONF.183/10*, Annex I) E.

Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié, Genève, 1979.

HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale n° 7. Application de l'Article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés aux victimes de la traite et aux personnes risquant d'être victimes de la traite*, HCR/GIP/06/07, Genève, 7.4.2006.

HCR, Comité exécutif, *Conclusion sur les garanties de protection dans les mesures d'interception*, N° 97 (LIV), Genève, 2003.

HCR, Comité exécutif, *Conclusion sur l'accueil des demandeurs d'asile dans le cadre des différents systèmes d'asile*, N° 93 (LIII), Genève, 2002.

International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, G.A. Res. 109, U.N. GAOR, 54th Sess., Supp. No. 49, at 408, U.N. Doc. A/54/49 (Vol. I) (1999).

La menace à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes, Rés.CS 1373(2001), Doc.Off.CSNU, 4385e séance, 28 septembre 2001.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, A.G.res.2200A (XXI), 21 U.N.GAOR Supp.(N° 16) at 52, U.N.Doc.A/6316 (1966), 999 U.N.T.S.171, c le 23 mars 1976.

Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels, Rés. A.G. 2200A (XXI),

U.N. GAOR Supp. (N° 16) p. 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 R.T.N.U. 171, entrée en vigueur le 23 mars 1976.

Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, adoptée par l'OACI, 27 I.L.M. 627, 24 février 1988.

Protocole relatif au statut des réfugiés, 606 U.N.T.S.267, entrée en vigueur le 4 octobre 1967.

Recueil des traités de l'OEA N° 36, 1144 R.T.N.U. 123, entré en vigueur le 18 juillet 1978, réimprimé dans Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser.L.V/II.82 doc. 6 rév. 1 (1992).

Recueil de Traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées, vol.1 et 2, publié par la Division de la protection internationale de l'Office du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, Genève, 1997.

Statut de l'Office du Haut Commissariat des Nations-Unies pour les réfugiés, adopté le 14 décembre 1950 sur la Résolution 428 (V) de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Statut de la Cour Internationale de Justice, 1 R.T.N.U.XVI.

Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, A/CONF. 183/9, en date du 17 juillet 1998, et amendé par les procès-verbaux en date des 10 novembre 1998, 12 juillet 1999, 30 novembre 1999, 8 mai 2000, 17 janvier 2001 et 16 janvier 2002.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Res. 31/102, 1976.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Res. 32/147, 1977.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Res. 34/145, 1979.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Res. 36/109, 1981.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Res. 38/130, 1983.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Res. 44/29, 1989.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Res. 46/51, 1991.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Res. 48/122, 1993.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Res.56/1,18Sept.2001.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Res. 61/40, 1985.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Res. 3034(XXVII),1972.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, Res. 1368, 12 Sept. 2001.

2.2 Afrique

Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entrée en vigueur le 21 octobre 1986.

2.3 Amériques

Convention américaine des droits de l'homme, San José, Costa Rica, 1969.

Convention américaine relative aux droits de l'homme, O.A.S.Treaty Series N° 36, 1144 U.N.T.S.123, entrée en vigueur 18 juillet 1978.

Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié par des ressortissants de pays tiers, signé le 5 décembre 2002, e.e.v. le 29 décembre 2004. (Accord connu sous L'entente sur les « tiers pays sûrs » entre le Canada et les États-Unis d'Amérique)

2.4 Union Européenne

Accord entre la Pologne et les gouvernements de Belgique, Allemagne, France, Italie, Luxembourg et Pays-Bas sur la réadmission des étrangers illégaux, signé le 29 mars 1991.

Accord entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé le 14 juin 1985, JO L 239 22.9.2000.

Acte du Conseil du 26 juillet 1995, portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (convention Europol), JO C 316 27.11.1995.

Acte unique européen, signé le 28.02.1986, JO L 169 29.6.1987.

Action commune 98/429/JAI du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, instituant un mécanisme d'évaluation collective de l'adoption, de l'application et de la mise en œuvre effective par les pays candidats de l'acquis de l'Union européenne dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, JO L 191 7.7.1998

Action commune 98/244/JAI, du 19 mars 1998, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne instaurant un programme de formation, d'échanges et de coopération dans les domaines de l'asile, de l'immigration et du franchissement des frontières extérieures (programme Odysseus) - (1998-2002), JO L 99, 31.3.1998.

APCE, Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Les « boat people » de l'Europe : arrivée par mer en Europe du Sud de flux migratoires mixtes, rapporteur : M.MORTEN ØSTERGAARD, Doc.11688, Strasbourg, 11.7.2008.

APCE, Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Rapport sur la politique de retour pour les demandeurs d'asile déboutés aux Pays-Bas, rapporteure : Rosmarie ZAPFL-HELBLING, Doc.10741, Strasbourg, 15.11.2005.

APCE, Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie, Procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, rapporteure: Ruth-Gaby VERMOT-MANGOLD, Doc.9196, Strasbourg, 10.9.2001.

APCE, Recommandation 1624 (2003) politique commune en matière de migration et d'asile, Strasbourg, 30.9.2003.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 364/18.12.2000.

COMITÉ DES MINISTRES, Recommandation no R (99) 12 aux États membres sur le retour des demandeurs d'asile déboutés, 670e réunion des Délégués des Ministres, Strasbourg, 18.5.1999.

COMITÉ DES MINISTRES, *Recommandation n° R (98) 13 du Comité des ministres aux États membres sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 18.9.1998.

Communication du Conseil sur le Programme de La Haye : renforcer la Liberté, la Sécurité et la Justice dans l'Union européenne, JO C 53/1 3.3.2005.

Conseil européen, *Conclusions de la Présidence*, Bruxelles, 15-16 octobre 2008.

Conseil européen (JAI), *Pacte sur l'immigration et l'asile*, Cannes, 7-8 juillet 2008.

Conseil européen de Bruxelles, *Conclusions de la présidence*, Bruxelles, 20 juin 2008.

Council of the European Union, *Frontex work programme 2007*, 6642/07, Bruxelles, 22 février 2007.

Conseil européen de Thessalonique, *Conclusions de la présidence*, 19 et 20 juin 2003.

Conseil européen de Séville, *Conclusions de la présidence*, 21 et 22 juin 2002.

Conseil européen de Laeken, *Conclusions de la présidence*, 14 et 15 décembre 2001.

Conseil européen de Santa Maria de Feira, *Conclusions de la Présidence*, 19 et 20 juin 2000.

Conseil européen de Tampere, *Conclusions de la présidence*, 15-16 octobre 1999.

Conseil européen de Copenhague, *Conclusions de la Présidence*, 21-22 juin 1993.

Conseil européen d'Édimbourg, *Conclusions de la Présidence, Déclaration sur les principes relatifs aux aspects externes de la politique migratoire*, 11-12 décembre 1992.

Conseil européen de Rhodes, *Conclusions de la Présidence*, 2 et 3 décembre 1988.

Conseil européen de Fontainebleau, *Conclusions de la présidence*, 25 et 26 juin 1984.

Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO L 239 22.09.2000.

Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ETS No. 5, 213 U.N.T.S. 222, entrée en vigueur le 3 sept. 1953 et les *Protocoles* no 3, 5, 8, et 11 qui sont entrés en vigueur le 21 septembre 1970, le 20 décembre 1971, le 1er janvier 1990 et le 1er Novembre 1998.

Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes, signée à Dublin le 15 juin 1990, JO C 254 19.8.1997.

Convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un office européen de police (convention Europol), JO C 316 27.11.1995.

Décision 2005/267/CE du Conseil, du 16 mars 2005 établissant un réseau d'information et de coordination sécurisé connecté à l'internet pour les services des États membres chargés de la gestion des flux migratoires, JO L 83 1.4.2005.

Décision 2004/927/CE du Conseil, du 22 décembre 2004 visant à rendre la procédure définie à l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne applicable à certains domaines

couverts par la troisième partie, titre IV, dudit traité, JO L 396 31.12.2004.

Décision 2004/904/CE du Conseil, du 2 décembre 2004 établissant le Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2005-2010, JO L 381 28.12.2004.

Décision 2004/867/CE du Conseil, du 13 décembre 2004 modifiant la décision 2002/463/CE portant adoption d'un programme d'action concernant la coopération administrative dans les domaines des frontières extérieures, des visas, de l'asile et de l'immigration (programme ARGO), JO L 371 18.12.2004.

Décision 2004/573/CE du Conseil, du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus, JO L 261 6.8.2004.

Décision 2004/191/CE du Conseil, du 23 février 2004, définissant les critères et modalités pratiques de la compensation des déséquilibres financiers résultant de l'application de la directive 2001/40/CE relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO L 60 27.2.2004.

Décision-cadre 2003/80 du Conseil, du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JO L 29 5.2.2003.

Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil, du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328 5.12.2002.

Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, JO L 203 1.8.2002.

Décision 2002/463/CE du Conseil, du 13 juin 2002 portant adoption d'un programme d'action concernant la coopération administrative dans les domaines des frontières extérieures, des visas, de l'asile et de l'immigration (programme ARGO), JO L 161 19.6.2002.

Décision 2002/16/CE du Conseil, du 27 décembre 2001 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE, JO L 006 10.1.2002.

Décision 2001/886/JAI du Conseil, du 6 décembre 2001 relative au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 328 13.13.2001.

Décision 2000/365/CE du Conseil, du 29 mai 2000 relative à la demande du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, JO L 131 1.6.2000.

Décision SCH/Com-ex (99) 7 rév.2 du Comité exécutif de Schengen, du 28 avril 1999 concernant les fonctionnaires de liaison, JO L 239 22.9.2000.

Décision du Conseil, du 20 mai 1999 relative à la définition de l'acquis de Schengen en vue de déterminer, conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions qui constituent l'acquis, JO L 176 10.7.1999.

Décision SCH/Com-ex (98) 37 déf.2 du Comité exécutif de Schengen, du 27 octobre 1998 concernant l'adoption des mesures visant à lutter contre l'immigration clandestine, JO L 239 22.9.2000.

Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JO L 326 13.12.2005.

Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO L 304/12 30.9.2004.

Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, JO L 261 6.8.2004.

Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO L 31 6.2.2003.

Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO L 212 7.8.2001.

European Convention on the Suppression of Terrorism, opened for signature, in Strasbourg, ETS No. 90, on 27 January 1977 and Protocol amending the European Convention on the Suppression of Terrorism, opened for signature in Strasbourg on 15 May 2003 (ETS No. 190).

Pacte européen sur l'immigration et l'asile, Conseil européen des 15 et 16 octobre 2008, Bruxelles.

Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JO C 019 23.1.1999.

Plan pour la gestion des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, FRONT 58, Bruxelles, 14.06.2002.

Protocole relative à l'article 67 du Traité instituant la Communauté européenne, JO C 80/69 10.3.2001.

Règlement (CE) no 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 381/4 28.12.2006.

Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (Code frontières Schengen), JO L 105 13.4.2006.

Règlement (CE) n° 851/2005 du Conseil du 2 juin 2005 modifiant le règlement (CE) no 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation en ce qui concerne le mécanisme de réciprocité, JO L 141/3 4.6.2005.

Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JO L 349 25.11.2004.

Règlement (CE) n° 871/2004 du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au Système d'information Schengen, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, JO L 162 30.4.2004.

Règlement (CE) n° 491/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 établissant un programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile (AENEAS), JO L 80/1 18.3.2004.

Règlement (CE) n° 377/2004 du Conseil du 19 février 2004 relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison "Immigration", JO L 064 2.3.2004.

Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50 25.2.2003.

Règlement (CE) n° 407/2002 du Conseil du 28 février 2002 fixant certaines modalités d'application du règlement (CE) n° 2725/2000 concernant la création du système "Eurodac" pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, JO L 62 5.3.2002.

Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 081 21.3.2001.

Résolution du Conseil, du 30 novembre 1992 sur les demandes d'asile manifestement infondées, Résolution du 30 novembre 1992 sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers d'accueil, Conclusions du 30 novembre 1992 concernant les pays où, en règle générale, il n'existe pas de risque sérieux de persécution, adoptées par les Ministres des États membres des Communautés européennes responsables de l'immigration, Londres, 30 novembre-1er décembre 1992, non publiées dans le Journal officiel.

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé le 13 décembre 2007, JO C 306 17.12.2007.

Traité entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas et la République d'Autriche relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale, Prüm (Allemagne), ouvert à la signature le 27 mai 2005.

Traité instituant une Constitution pour l'Europe, signé le 29.10.2004, JO C 310 16.12.2004.

Traité modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, signé le 26.02.2001, JO C 80 10.3.2001.

Traité modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes - Protocoles annexés au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne - Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, signé le 02.10.1997, JO C 340 10.11.1997.

Traité sur l'Union européenne, signé le 07.02.1992, JO C 191, 29.07.1992.

2.5 Communications et autres documents de l'Union européenne

Accompanying document to the Policy Plan on the Common European Asylum System, Staff working document, Impact assessment, Bruxelles, 2008.

Annex to the Communication on general overview of instruments and deadlines provided for in the Hague Programme and Action Plan in the fields of justice, freedom and security for 2007 (Institutional Scoreboard), Staff working document, SEC(2008) 2049, Bruxelles, 2.7.2008.

Annex to the Communication on common principles for the further development of the Common Immigration Policy: a platform for a new European approach, Staff working document, Impact assessment, SEC (2008) 2026 final, Bruxelles, 2008, 17.6.2008.

Communication au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions – Examen de la création d'un système européen de surveillance des frontières (EUROSUR), SEC(2008) 151. 152, COM(2008) 68 final, Bruxelles, 13.2.2008.

Communication au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions – Préparer les prochaines évolutions de la gestion des frontières dans l'Union européenne, SEC(2008) 153. 154, COM(2008) 69 final, Bruxelles, 13.2.2008.

Communication au Parlement européen et au Conseil sur le programme thématique de coopération avec les pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile, COM(2006)26final, Bruxelles, 25.1.2006.

Communication au Conseil et au Parlement européen sur les priorités d'action en vue de relever les défis liés aux migrations : première étape du processus de suivi de Hampton Court, COM(2005) 621 final, Bruxelles, 30.11.2005.

Communication au Conseil et au Parlement européen sur une stratégie relative à la dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, COM(2005) 491 final, Bruxelles, 12.10.2005.

Communication au Conseil et au Parlement européen sur une politique commune de l'immigration pour l'Europe: principes, actions et instruments, COM(2008) 359 final, Bruxelles, 17.6.2008.

Communication au Conseil et au Parlement européen établissant un programme-cadre de solidarité et de gestion des flux migratoires pour la période 2007-2013. Proposition de Décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général «Solidarité et gestion des flux migratoires», SEC(2005) 435, Bruxelles, 6.4.2005.

Communication au Conseil et au Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine. « Améliorer l'accès à des solutions durables », COM(2004) 410 final, Bruxelles, 4.6.2004.

Communication on immigration and asylum policies, COM(94) 23 final, Bruxelles, 23.2.1994.

Communication au Conseil et au Parlement européen sur le droit d'asile, SEC/91/1857 final, Bruxelles, 23.10.1991.

Document de stratégie pour l'élargissement, COM(2005) 561 final, Bruxelles, 9.11.2005.

Document de stratégie pour le programme thématique de coopération avec les pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile 2007 – 2010, Bruxelles, mai 2007.

Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun, COM(2007) 301 final, Bruxelles, 6.6.2007.

Proposition pour un Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, COM(2008) 820, Bruxelles, 3.12.2008.

Rapport au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système de Dublin, SEC(2007) 742, COM(2007) 299 final, Bruxelles, 6.6.2007.

Rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection, COM(2001) 743 final, Bruxelles, 05.12.2001.

3. Jurisprudence des tribunaux nationaux

3.1 Jurisprudence canadienne

2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool), [1996] 3 R.C.S. 919.

A.G.(Canada) v. Cain, [1906] A.C.542 (P.C.), 546.

Abdelrazik v. Canada (Foreign Affairs), 2009 FC 580.

Adler c. Ontario, [1996] 3 R.C.S.609.

Amax Potash Ltd. Etc. c. Le gouvernement de la Saskatchewan, [1977] 2 R.C.S. 576.

Andrews c. Law society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S.143.

Apaolaza-Sancho c. Director of Établissement de détention de Rivière-des-Prairies, 2008 QCCA 1542.

Aubry c. Éditions Vice-Versa inc., [1998] 1 R.C.S. 591.

B.(R.) c.Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 R.C.S.315.

Baker c.Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration), [1999] 2 R.C.S.817.

Bazargan v. Canada (Minister of Employment and Immigration), (1995) 117 F.T.R. 188.

Bazargan v. Minister of Employment and Immigration (1996), 205 N.R. 232 (F.C.A.).

Beauregard c. Canada, [1986] 2 R.C.S. 56.

Boun-Leua c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1981] 1 C.F. 259.

Bourbonnais c. Canada (Procureur général), [2006] CAF 62.

Canada c. Conseil canadien pour les réfugiés, [2008] CAF 229.

Canada c. M. Untel et al., [2008] CAF 40.

Canada c. Taylor, [1990] 3 R.C.S. 892.

Canada c. Schmidt, [1987] 1 R.C.S. 500.

Canada (Justice) c. Kadhr, [2008] 2 R.C.S. 143.

Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration) c. Chiarelli, [1992] 1 R.C.S.711.
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass, [1997] 3 R.C.S. 391.
Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S.689.
Canada (Premier ministre) v. Khadr, [2009] F.C.J. No. 893.
Canada (Premier ministre) c. Khadr, [2010] 1 S.C.R. 44.
Canadian Council of Churches c. Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration), [1990] 2 C.F.534.
Canadian Council of Churches c. Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration), [1992] 1 R.C.S.236
Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne), [1990] 2 R.C.S.489.
Chan c. Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration), [1995] 3 R.C.S.593.
Chaoulli c. Québec (Procureur général), [2005] 1 R.C.S. 791.
Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2007] 1 R.C.S 350.
Chieu c. Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration), [2002] 1 R.C.S.84
Conseil pour les réfugiés c. Canada, 2007 CF 1262.
Corbiere c. Canada (Ministre des affaires indiennes et du nord canadien), [1999] 2 R.C.S.203.
Cunningham v. Tomey Homma, [1903] A.C. 151 (P.C.)
Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 1 R.C.S. 1053.
Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re), [2004] 2 R.C.S. 248.
Deutsch v. Law Society Legal Aid Fund (1985), 48 C.R.166 (Ont.D.C.).
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.
Duke c. La Reine, [1972] R.C.S. 917.
Edgar Schmidt v. Attorney General of Canada, FC T-2225-12.
Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1980] 1 R.C.S. 639.
États-Unis c. Burns, [2001] 1 R.C.S. 283.
Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2013 CSC 40.
Gil c. Canada, [1995] 1 C.F. 508.
Grewal c. Canada (Ministère de l'emploi et de l'immigration), [1992] 1 C.F.581 (C.A.).
Ha, Ha, Ha v. Canada (Citizenship and Immigration Canada), [2004] F.C.A.49.
Haig v. Canada (1992) 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).
Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2003] FCA 39.
Harkat (Re), 2009 CF 553 (28 mai 2009).
Harkat (Re), 2009 CF 659 (23 juin 2009).
Harkat (Re), 2009 CF 1050 (15 octobre 2009).
Harkat (Re), [2012] 3 R.C.F. 635.
Harry c. Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration), IMM-5248-00, le 20 octobre 2000 (C.A.).
Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145.

Idziak c. Canada (Ministre de la Justice), [1992] 3 R.C.S. 631.

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927.

Jaballah(Re), [2003] 1 F.C.J.No 822 (Q.L.).

Kanesharan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1996), 120 F.T.R. 67.

Khadr v. Canada, [2006] 2 F.C.R. 505.

Khadr v. Canada (Prime Minister), [2010] 4 F.C.R. 36.

Khadr v. Canada (Prime Minister), [2012] 1 F.C.R. 396.

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

Kwiatkowski c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1982] 2 R.C.S. 856.

Lake c. Canada (Ministre de la Justice), [2008] 1 R.C.S. 761.

Lavoie c. Canada, [2002] 1 R.C.S. 769.

Law c. Canada [1999] 1 R.C.S. 497.

Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357.

M.C.I. v. Sumaida, Hussein Ali (F.C.A., no. A-800-95), Létourneau, Strayer, Noël, January 7, 2000.

Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui, [1980] 1 R.C.S. 602.

McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, [1983] 1 R.C.S. 704.

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

Miron c. Trudel, [1995] 2 R.C.S. 418.

Mohammad v. Minister of Employment and Immigration, (1995), 115 F.T.R. 161 (j. Reed).

Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1994] 1 F.C. 298 (C.A.).

Morgentaler et autres c. R., [1988] 1 R.C.S. 30.

Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2005] 2 R.C.S. 100.

Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et Immigration), [2009] 2 R.C.F. 52.

Németh c. Canada (Justice), [2010] 3 R.C.S. 281.

New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative), [1993] 1 R.C.S. 319.

Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, [1979] 1 R.C.S. 311. Officials in Relation to Maher Arar, 2009 FC 1317, [2011] 1 F.C.R. 105.

Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada, [1980] 2 R.C.S. 735.

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

Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh, [2002] 4 R.C.S. 325.

Operation Dismantle c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 441.

Penate et al. c. Ministère de l'Emploi et de l'Immigration (1993), 71 F.T.R. 171.

Pushpanathan c. Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration), [1998] 1 R.C.S. 982.

Quong Wing v. The King, (1914) 49 R.C.S. 440.

R. c. Big M Drug Mart Ltd, [1985] 1 R.C.S. 295.

R. c. Bourbonnais, 2006 QCCS 5758.
R. c. Cook, [1998] 2 R.C.S. 597.
R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713.
R. c. Généreux, [1992] 1 R.C.S. 259.
R. c. Harrer, [1995] 3 R.C.S.562.
R. c. Hebert, [1990] 2 R.C.S. 151.
R. c. Jones, [1986] 2 R.C.S. 284.
R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697
R. c. Lippé, [1991] 2 R.C.S. 114.
R. c. Malmo-Levine. R. c. Caine, [2003] 3 R.C.S.571.
R. c. Matheson, [1994] 3 R.C.S.328.
R. c. Mills, [1999] 3 R.C.S. 668.
R. c. Morgentaler, [1993] 3 R.C.S.463.
R. c. Morgentaler (No. 2), [1988] 1 R.C.S. 30.
R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606.
R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.
R. c. Prosper, [1994] 3 R.C.S.236.
R. c. S. (R.D.), [1997] 3 R.C.S. 484.
R. c. Smith (Edward Dewey), [1987] 1 R.C.S. 1045.
R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S. 933.
R. c. Terry, [1996] 2 R.C.S.207.
R. c. Smith, [1987] 1 R.C.S. 1045.
R. c. Zundel, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 762.
R. v. Rowbotham (1989), 35 C.R.R.207 (Ont.C.A.).
Ragupathy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2007] 1 R.C.F. 490.
Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 2 F.C. 306 (F.C.A.).
Re Charkaoui, [2004] CAF 421.
Re ss. 193 et 195.1 du Code Criminel [1990] 1 R.C.S. 1123.
Reference re Education System in Island of Montreal, [1926] R.C.S. 246.
Reference Re Ng Extradition (Can.), [1991] 2 S.C.R. 858
Reference re Waters and Water-Powers, [1929] R.C.S. 200.
Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, [1980] 1 R.C.S. 54.
Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721.
Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753.
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123.
Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.), [1991] 2 R.C.S. 858.

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S.313.

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3.

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.

Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services, [1992] 2 R.C.S. 445.

Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 R.C.S. 698.

Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] 2 R.C.S. 525.

Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 486.

RJR- MacDonald Inc v Attorney General of Canada [1995] 3 SCR 199.

Rodriguez c.Colombie-Britannique (Procureur général), [1993] 3 R.C.S.519.

Ruby c. Canada (Solliciteur général), [2002] 4 R.C.S. 3.

Ruparel c.Ministère de l'Emploi et de l'Immigration, [1990] 3 C.F.615.

Ruparel c.Ministère de l'Emploi et de l'Immigration, [1990] 36 F.T.R.140 (C.A.).

S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail), [2003] 1 R.C.S. 539.

Saridag Ahmet c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, IMM-5691-93, 5 octobre 1444 (j. McKeown).

Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679.

Schreiber c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 841.

Seyed Hassan c. M.C.I., IMM-1371-97, 1er avril 1998 (j. Teitelbaum)

Shamlou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1995), 103 F.T.R. 241.

Singh c.Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration), [1985] 1 R.C.S.177.

Sivakumar c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] 1 F.C. 433 (CA).

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.

Toussaint c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2011] CFA 146.

Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque, [1993] 1 R.C.S. 471.

Valente c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 673.

Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493.

Zenner c. Prince Edward Island College of Optometrists, [2005] 3 R.C.S. 645.

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

3.2 Jurisprudence américaine

Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006).

Hamdan v. Rumsfeld, 126 S. Ct. 2749 (2006).

I.N.S. c. Aguirre-Aguirre, 119 S.Ct. 1439 (1999), pp. 1447-1448.

O.K. v. George W. Bush, Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004).

Railway Express Agency Inc v New York 336 US 106, 112-113 (1949).
Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004).
Salas v. Secretary for Home Department, [2002] E.W.J.No.4340.
T. v. Secretary of State for the Home Department, [1996] 2 All ER 865, p. 899.
West Virginia State Board of Education v. Barnette 319 US 624 (1943).

3.3 Jurisprudence australienne

Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh, [2002] HCA 7.

3.4 Jurisprudence européenne

3.4.1 Europe continental (France et Suisse)

ATF, 109 Ib 64(72) [Tribunal fédéral de justice et de police suisse].
CONS.CONST., 4 décembre 2003, décision n° 2003-485 DC, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, JORF 11.12.2003.
CONSEIL D'ÉTAT, 13 février 2008, *Forum des réfugiés*, AJDA 2008, p.326.
CONSEIL D'ÉTAT, 5 avril 2006, *Groupement d'information et de soutien des immigrés (GISTI), Amnistie Internationale, LDH, Acat, Gas, FTDA, Forum réfugiés*, AJDA 2006, p.789.

3.4.2 Royaume-Uni

A v Secretary of State for the Home Department (N° 2) [2005] UKHL 71, [2006] 2 A.C.221.
AA (Involuntary returns to Zimbabwe) v Secretary of State for the Home Department [2006] Civ 401.
Ahmedi v Secretary of State for the Home Department [2005] EWCA Civ 1721.
Bagdanvicius v Secretary of State for the Home Department [2003] EWCA Civ 1605.
BK v Secretary of State for the Home Department (Failed asylum seekers) DRC CG [2007] AIT00098 (AIT).
de Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing [1999] 1 AC 69.
H (Iran). Zego (Eritrea). Kadir (Iraq) v. Secretary of State for the Home Department [2008] EWCA 985.
Huang (FC) v Secretary of State for the Home Department and Kashmiri (FC) v Secretary of State for the Home Department (Conjoined Appeals) [2007] UKHL 11.
Khawaja v Secretary of State for the Home Department [1983] 1 All ER 765 at 782. [1984] AC 74.
Matadeen v Pointu [1999] 1 AC 98.
N v Secretary of State for the Home Department [2003] EWCA Civ 1369.

R (Daly) v Secretary of State for the Home Department [2001] UKHL 26.
R (Daly) v Secretary of State for the Home Department [2001] 2 AC 532.
R (on the application of Lubana) v Governor of Campsfield House [2003] EWHC 410.
R (on the application of Refugee Legal Centre) v Secretary of State for the Home Department [2004] EWCA Civ 1481.
R (on the application of Khadir) v Secretary of State for the Home Department [2005] UKHL 39.
R.v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International and Others intervening) (No. 3) [1999] 2 All E.R. (H.L.).
R v Governor of Durham Prison, Ex p Hardial Singh [1984] 1 WLR 704.
R v Director of Public Prosecutions, Ex p Kebilene [2000] 2 AC 326.
R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan (Lul Omar), Secretary of State for the Home Department v Aitseguer. R v Secretary of State for the Home Department Ex p.Aitseguer [1999] 3 W.L.R.1274. [1999] 4 All E.R.774. [1999] I.N.L.R.362, CA. *Adan and Aitseguer v Secretary of State for the Home Department* [2000] UKHL 67. [2001] 2 WLR 143. [2001] 1 All ER 593.
Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Es Parte Pinochet Ugarte (No. 3), [2000] AC 147.
Secretary of State for the Home Department v Rehman [2001] UKHL 47, [2003] 1 AC 153.
Tan Te Lam v Superintendent of Tai A Chau Detention Centre [1997] AC 97.
T v. Home Secretary, [1996] UKHL 8. [1996] AC 742.

4. Jurisprudence internationale

4.1 Commission interaméricaine des droits de l'homme

Kindler c. Canada, Communication No. 829/1998, Comité des droits de l'Homme, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998 au par. 10.6 (2003).
Chitat Ng c. Canada, Communication No 469/1991, Comité des droits de l'Homme, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991.
Kindler c. Canada, Communication No. 470/1991, Comité des droits de l'Homme, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1990.

4.2 Comité contre la Torture

Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Canada 07/07/2005, 34^{ième} session, CAT/C/CR/34/CAN (Concluding Observations/Comments), 2005.
Dadar c. Canada, Communication No. 258/2004 : Canada. 05/12/2005, CAT/C/35/D/258/2004.
Khan c. Canada, Communication No. 15/1994 : Canada. 18/11/94, CAT/C/13/D/15/1994.
Tapia Paes c. Suède, Communication No 39/1996, Comité contre la Torture, 18e sess., CAT/C/18/D/39/1996.

4.3 Cour européenne des droits de l'Homme

Al-Adasani c. Royaume-Uni, CEDH arrêt du 21 novembre 2001, par. 61.

Aksoy v Turkey (1996) 23 EHRR 553.

Amuur c. France, Reports 1996-III, Cour européenne des droits de l'Homme, Arrêt du 25 Juin 1996.

Belgian Linguistic Case (No 2) (1968) 1 EHRR 252.

Brannigan and McBride v United Kingdom (1993) 17 EHRR 539.

Brogan v United Kingdom (1988) 11 EHRR 117.

Chahal v. United Kingdom, (1996) 23 EHRR 413.

Chassagnou v France (1999) 29 EHRR 615.

Conka c. Belgium, CEDH, Requête No.51564/99, Arrêt du 5 Février 2002.

El Haski c. Belgique, CEDH, no. 649/08, le 25 septembre 2012.

Fox, Campbell & Hartley v United Kingdom (1990) 13 EHRR 157.

Fretté v France (2002) 38 EHRR 438.

Garcia Alva v Germany (2001) 37 EHRR 335.

Gaygusuz v Austria (1996) 23 EHRR 364.

Greek Case (1969) 12 YB 1.

Handyside v United Kingdom (1976) 1 EHRR 737.

Hatton v United Kingdom (2003) 37 EHRR 611.

Ireland v United Kingdom (1978) 2 EHRR 25.

Lawless v Ireland (No 3) (1961) 1 EHRR 15.

Libman v Attorney General of Quebec (1997) 3 BHRC 269.

Korematsu v United States 584 F Supp 1406 (1984).

Kurt v Turkey (1998) 27 EHRR 373.

Marshall v United Kingdom (10 July 2001, Appn No 41571/98).

Murray v United Kingdom (1994) 19 EHRR 193.

Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom, ECHR appl. 8139/09, 17 January 2012.

Saadi v. Italy, ECHR, no. 37201/06, 28 February 2008.

Smith and Grady v United Kingdom (1999) 29 EHRR 493.

T.I. c. Royaume-Uni, décision d'irrecevabilité du 7 mars 2000, CEDH, requête n° 43844/98.

The Ireland v. The United Kingdom, judgment of 18 January 1978, ECHR 1, Series A no. 25.

The Tomasi v. France, judgment of 27 August 1992, 15 EHRR 1, Series A no. 241-A.

4.5 Cour internationale de Justice

Avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ recueil 1996.

Barcelona Traction, CIJ Recueil 1970.

Belgium v. Spain, [1970] ICJ: Barcelona Traction case.

Cas concernant les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Rapports de la Cour Internationale de Justice, 1986.

Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), CIJ Recueil 1949.

Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, CIJ Recueil, ordonnance du 15 décembre 1979.

Timor oriental (Portugal c. Australie), CIJ Recueil 1996.

4.6 Tribunaux pénaux internationaux

Affaire No. IT-95-17/1-T, Chambre de première instance, 10 décembre 1998.

Duko Tadic', Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction before the Appeals Chamber of ICTY, Case No. IT-94-1-AR72, 1995.

Le procureur c. Anto Furundzija, IT-95-17/1-T.

4.7 Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples

Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme c. Angola, Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples, communication No.159/96.

Organisation mondiale contre la torture c. Rwanda, Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples, communications Nos.27/89, 46/91 et 99/93.

Rencontre africaine pour la défense des droits de l'homme c. Zambia, Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples, communication No.71/92.

5. Doctrine

5.1 Monographies et recueils

ADDA, Jacques, *La mondialisation de l'économie. De la genèse à la crise*, Paris, La Découverte, 2012.

AGAMBEN, Giorgio, *État d'Exception*, trad. Joël Gayraud, Paris, Seuil, 2003.

ALI, Chaudhri Ahmad, *The Emergence of Pakistan*, Lahore, University of Punjab, 1979.

ALLEN ENGLE, Eric and Aron PING D'SOUZA, *Lex Naturalis, lus naturalis : Law as positive reasoning & natural rationality*, Elias Clark Group, coll. « The Elias Clark Law Series », New York, 2010.

ARBOUR, Jean-Maurice, *Droit international public*, 4^e éd., Cowansville, Editions Yvon Blais 2002.

ARENDR, Hannah, *Du mensonge à la violence*, Pocket, Paris, 1972.

ARENDR, Hannah, *La condition de l'homme moderne*, Paris, Calmann-Levy, 1983.

- ARISTOTLE, *De Interprétation (On Interpretation)*, Translated by E.M. EDGHILL, The Basic Works of Aristotle, Edited by Richard McKEON, New York, Random House, 1941.
- ARISTOTLE, Nichomacean Ethics, Book III, 1287, a 32.
- ARON, Raymond, *La sociologie allemande contemporaine*, Paris, PUF, 2007.
- AUST, Antony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- BACHE, Ian, *Europeanization and multilevel governance. Cohesion policy in the European Union and Britain*, Plymouth, Littlefield Publishers, 2008.
- BADIE, Bertrand, *La diplomatie de connivence : Les dérives oligarchiques du système international*, Paris, Les éditions La Découverte, 2011.
- BAGARIC, Mirko, Kim BOYD, Penny DIMOPOULOS, Sue TONGUE and John VRACHNAS, *Migration and refugee law in Australia : cases and commentary*, Melbourne, Cambridge University Press, 2007.
- BALASINGHAM, Anton (1938-2006), *War and Peace – Armed Struggle and Peace Efforts of Liberation Tigers* (1st ed.), London, Fairmax Publishing Ltd., 2004
- BALASINGHAM, Adele, *The Will to Freedom – An Inside View of Tamil Resistance* (2 ed.), London, Fairmax Publishing Ltd., 2004.
- BALLENTINE, Karen and Jake SHERMAN (eds.), *The political economy of armed conflict : Beyond greed and grievance*, London, Lynne Rienner Publisher, 2003.
- BANDARAGE, Asoka, *The separatist conflict in Sri Lanka – Terrorism, ethnicity, political economy*, New York, Routledge, 2009.
- BANDES, Susan (ed), *The passion of law*, New York, New York University, 1999.
- BARRIER, Norman G., Verne A. DUSENBURY, *The Sikh diaspora: migration and experience beyond the Punjab*, New Delhi, Chanakya Publications, 1989.
- BASRAN, Gotham S. and B. SINGH BOLARIA, *The Sikhs in Canada : Migration, race, class and gender*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- BASS, Daniel, *Everyday ethnicity in Sri Lanka. Up-country Tamil identity politics*, London, Routledge, 2013.
- BASSIOUNI, M. Cherif (ed.), *Legal responses to international terrorism: U.S. Procedural aspects*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.
- BASU, Durga Das, *Constitutional Aspects of Sikh Separatism*, New Delhi, Prentice Hall, 1985.
- BAUMAN, Richard W., *Ideology and community in the first wave of critical legal studies*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.
- BAYEFSKY, Anne Fruma and FITZPATRICK, Joan M., *Human rights and forced displacement*, The Hague, Kluwer Law International , 2000.
- BEAUDET, Normand, *Le mythe de la défense canadienne*, Montréal, Écosociété, 1993.
- BECCARIA, Cesare, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1991.
- BECK, Ulrich, *Risk Society. Towards a New Modernity*, Londres, Sage Publications, 1992.
- BENYEKHFLEF, Karim, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville, Yvon Blais, 1988.

- BERG, Eugène, *Non-alignement et nouvel ordre mondial*, Paris, PUF, 1980.
- BERTHELET, Pierre, *Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne*, Bruxelles, Presses Interuniversitaires Européennes, 2003.
- BEREZOWSKI, Nan M. and BENJAMIN J. Trister, *Citizenship 1996*, Scarborough, Ontario, Carswell, 1996.
- BIANCHI, Andrea (ed.), *Enforcing international law norms against terrorism - Studies in International Law*, Portland, Hart Publishing, 2004.
- BIGO, Didier, *Polices en réseaux, l'expérience européenne*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des sciences politiques, 1996.
- BLANC-CHALÉARD, Marie-Claude, *Histoire de l'immigration*, Paris, La Découverte, 2001.
- BONNET, Baptiste, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013.
- BOSSUET, Jacques Benigne, *Œuvres de Bossuet*, Tome troisième, Paris, Firmin Didot Frères, 1841.
- BOURQUE, Gilles et DUCHASTEL, Jules, *L'identité fragmentée*, Montréal, Fides, 1996.
- BRAUD, Philippe, *Penser l'État*, Paris, Seuil, 2004.
- BROWN, Michael E., Owen R. COTÉ Jr., Sean M. LYNN-JONES and Steven E. MILLER (eds.), *Contending with terrorism – Roots, strategies, and responses*, Massachusetts, MIT Press, 2010.
- BRUBAKER, Rogers, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Boston, Harvard University Press, 1992.
- BRUNNÉ, Jutta and Stephen J. TOOPE, *Legitimacy and legality in international law*, New York, Cambridge University Press, 2010.
- BUCHANAN, Allen, *Justice, legitimacy and self-determination: moral foundations for international law*, Oxford, Oxford University press, 2007.
- BUCHIGNANI, Norman and Doreen M. INDRA, *Continuous journey: A social history of South Asians in Canada*, Toronto, McClelland and Stewart, 1985.
- BULLION, Alan J., *India, Sri Lanka and the Tamil crisis 1976-1994: An international perspective*, London, Pinter, 1995.
- BURKE, Jason, *Al Qaeda. The true story of radical Islam*, London, Penguins Book, 2004.
- CALAVITA, Kitty, *Immigrants at the margins, Law, Race and Exclusion in Southern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- CALHOUN, Craig J., Paul PRICE and Ashley S. TIMMER, *Understanding September Eleven*, New York, New Press, 2002.
- CARLIER, Jean-Yves, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2007.
- CARRERA, Sergio (ed), *Security versus Freedom ? A Challenge for Europe's Future*, London, Ashgate, 2006.
- CARTUYVELS, Yves et MARY, Philippe (dirs), *L'État face à l'insécurité. Dérives politiques des années 90*, Bruxelles, Labor, 1999.
- CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

- CASSESE, Antonio, *Self-determination of peoples: a legal reappraisal*, Cambridge University Press, 1999.
- CHEYHAN, Ayes et PÉRIÈS, Gabriel (dirs), *Construire l'ennemi intérieur*, Paris, L'Harmattan, 2001.
- CHALIAND, Gerard, *The History of Terrorism : From Antiquity to al Qaeda*, Berkeley, University of California Press, 2007.
- CHANG, Nancy, *Silencing political dissent: How Post September 11 anti-terrorism measures threaten our civil liberties*, New York, Seven Stories Press, 2002.
- CHEBEL D'APPOLLONIA, Ariane, *L'Extrême-droite en France. De Maurras à Le Pen*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1996.
- CHEMUS, Ira, *Monsters To Destroy : The Neoconservative War on Terror and Sin*, Boulder, Paradigm Publishers, 2006
- CHEMUS, Ira *Apocalypse Management : Eisenhower and the Discourse of National Insecurity*, Stanford University Press, 2008.
- CHENOT, Bernard, *Organisation économique de l'État*, Paris, Dalloz, 1965.
- CHESTER, Lucy P. *Borders and Conflict in South Asia: The Radcliffe Boundary Commission and the Partition of Punjab*, Manchester, Harvard University Press, 2009.
- CHIMNI, Bhupinder Singh (éd.), *International refugee law. A reader*, New Delhi, Londres, Sage Publications, 2000.
- CHOLEWINSKI, Ryszard, *Migrants irréguliers : l'accès aux droits sociaux minimaux*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005.
- CHOMSKY, Noam, *La guerre comme politique étrangère des États-Unis*, Québec, Agone, 2001.
- CHOMSKY, Noam, *Power and Terror: Post-9/11 Talks and Interviews*, Seven stories press, 2002.
- CHOMSKY, Noam and Gilbert ACHCAR, *Perilous Power: The Middle East and U.S. Foreign Policy: Dialogues on Terror, Democracy, War, and Justice*, London, Penguin, 2008.
- CHOMSKY, Noam, MCCHESENEY, Robert W., *Propagande, médias et démocratie*, Montréal, Ecosociété, 2000.
- COHEN, Scott, *No one is illegal, asylum and immigration control past and present*, Oakhill (England), Trentham Books Limited, 2003.
- COLLIOT THELENE, Catherine, *Études wébériennes*, PUF, 2001,
- COLLIOT THELENE, Catherine, *Sociologie de Max Weber*, Paris, La Découverte, 2006.
- COLLANGE, Jean-François, *Théologie des droits de l'homme*, Paris, Cerf, 1989.
- COMMAILLE, Jacques, DUMOULIN, Laurence et ROBERT, Cécile (dirs), *La juridicisation du politique*, L.G.D.J., Paris, 2010.
- COMMAILLE, Jacques et KALURZINSKI, Martine (dirs), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007.
- CONNORS, Michael K., DAVISON, Remy and DOSCH, Jorn, *The new global politics of the Asia-Pacific*, New York, Routledge, 2011.
- COTTERRELL, Roger, *The politics of jurisprudence. A critical introduction to legal philosophy*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992.

- CREPEAU, François, *Droit d'asile: De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruyant, 1995.
- CRÉPEAU, François, NAKACHE, Delphine et ATAK, Idil (dirs), *Les migrations internationales contemporaines – Une dynamique complexe au cœur de la globalisation*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009.
- CURRIE, John, *Public International Law*, 2nd Édition, Toronto, 2008.
- DANG, Satyapal, *Genesis of terrorism, an analytical study of Punjab terrorists*, Delhi, Patriot, 1988.
- DANIELS, Ronald J., MACKLEM, Patrick and ROACH, Kent (eds), *The security of freedom, Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001.
- DAUVERGNE, Catherine, *Humanitarianism, identity and nation. Migration laws in Canada and Australia*, Vancouver, Toronto, UBC Press, 2004.
- DEBUYST, Christian, DIGNEFFE, Françoise et PIRES, Alvaro P., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine 2*, Bruxelles, Editions Larcier, 2008.
- DERSHOWITZ, Alan M., *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven, Yale University Press, 2002.
- DESAI, Akshayakumar Ramanlal, *Social background of indian nationalism*, Mumbai, Popular Prakashan Publications, 2006.
- DESILVA, K. M., *History of Sri Lanka*, London, C. Hurst&Company, 1981.
- DEVOTTA, Neil, *Blowback: Linguistic Nationalism, Institutional Decay, and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, California, Stanford University Press, 2004.
- DEVOTTA, Neil, *From Civil War to Soft Authoritarianism: Ethnonationalism and Democratic Regression in Sri Lanka*, London, Routledge, 2012.
- DEVOTTA, Neil, *Sinhalese Buddhist nationalist ideology: Implications for politics and conflict resolution in Sri Lanka*, Washington, East-West Center, 2007.
- DELMAS-MARTY, Mireille et DE LEYSSAC, C.L. (dirs), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 2002.
- DELUMEAU, Jean, *Rassurer et protéger. Le sentiment de sécurité dans l'Occident d'autrefois*, Paris, Fayard, 1989.
- DERSHOWITZ, Alan M., *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven, Yale University Press, 2002.
- DIAZ-PANIAGUA, Carlos, *Negotiating terrorisms : the negotiation dynamics of four UN counter-terrorism treaties, 1997-2005*, New York, New York University Press, 2008.
- DONNELLY, Jack, *Universal human rights in theory and practice*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1989.
- DOOMERNIK, Jeroen, PENNINX, Rinus and VANAMERSFOOT, Hans, *A migration policy for the Future : possibilities and limitations*, Brussels, Migration Policy Group, 1997.
- DOWLING, A. and XAVIER INDA, Jonathan (eds), *Governing immigration through crime*, Stanford University Press, Chicago, 2013.

- DOUZINAS, Costas and GEAREY, Adam, *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*, New York, Hart Publishing, 2005.
- DUBUC, Alain, GRIFFITHS, Rudyard, ERASMUS, Georges et SAUL, John (dirs), *Dialogue sur la démocratie au Canada*, Montréal, Boréal, 2003.
- DUFOURCQ, Elisabeth, *L'invention de la loi naturelle*, Bayard, Paris, 2012.
- DUHAMEL, Alain, WEINSTOCK, Daniel et TREMBLAY, Luc B. (dirs.), *La démocratie délibérative en philosophie et en droit. Enjeux et perspectives*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001.
- DUMONT, Fernand, *Le sort de la culture*, Editions Typo, Québec, 1995.
- DUPUY, Pierre-Marie, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2005.
- DUPUY, Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », dans *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, Tome 297, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 2003.
- DUSENBERY, Verne A. and Darshan S. TATLA (eds.), *Sikh Diaspora Philanthropy in Punjab: Global Giving for Local Good*, Oxford, Oxford University Press, 2009 .
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue : The theory and practice of equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- DYCK, Rand, *The Charter of rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Wall and Thompson, 1994.
- EMMANUELLI, Claude, *Droit international public*, 2 éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004
- ENGLE, Eric, *Lex Naturalis, Jus Naturalis: Law as positive reasoning and natural rationality*, Melbourne, Elias Clark, 2010.
- FAVELL, Adrian, *Philosophies of Integration : Immigration and the Idea of Citizenship in France and Britain*, London, Macmillan, 1998.
- FEENEYY, Brian, *Sinn Féin : a Hundred Turbulent Years*, The O'Brien Press, Dublin, 2002.
- FELLER, Erika, Volker TÜRK et Frances NICHOLSON (dirs), *La protection des réfugiés en droit international*. Bruxelles, Larcier, 2008.
- FENSTERMACHER, Laurie, KUZNAR, Larry, RIEGER, Tom and SPECKHARD, Anne (eds), *Protecting the Homeland from International and Domestic Terrorism Threats: Current Multi-Disciplinary Perspectives on Root Causes, the Role of Ideology, and Programs for Counter-radicalization and Disengagement*, Arlington, Office of Secretary of Defense, Director, Defense Research & Engineering, 2010.
- FERNANDO, Jude L., *The political economy of NGOs: State formation in Sri Lanka and Bangladesh*, London, Pluto Press, 2011.
- FERRERO, Guglielmo, *Pouvoir : les génies invisibles de la cité*, Paris, Librairie Générale Française, 1988.
- FREEMAN, Michael D.A. (ed.), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London, Sweet & Maxwell, 2001.

- FORCESE, Craig and CRÉPEAU, François (eds.), *Terrorism, Law and Democracy : 10 Years after 9/11 – Terrorisme, Droit et Démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001*, Montreal, Canadian Institute for the Administration of Justice, 2011.
- FOUCAULT, Michel, *Dits et Ecrits*, vol. 2 : 1976-1988, Paris, Gallimard, 2001.
- FOUCAULT, Michel, *Folie et déraison. Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1972.
- FOUCAULT, Michel, *Les Anormaux*, Paris, Gallimard, 1999.
- FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975.
- FOUCAULT, Michel, *Sécurité, Territoire et Population : Cours au Collège de France (1977-1978)*, Paris, Seuil, 2004.
- FUKUYAMA, Francis, *America at the Crossroads : Democracy, Power and the Neoconservative Legacy*, Yale University Press, 2006.
- GADAMER, Hans George, *La philosophie de l'herméneutique*, PUF, Paris, 1996.
- GANDHI, Indira , *Speeches and Writings*, Harper & Row, New York, 1975.
- GANDINI, Jean-Jacques, *Les droits de l'Homme*, Paris, Flammarion, 1998.
- GEDDES, Andrew, *The politics of migration and immigration in Europe*, London, Sage Publications, 2003 (reprinted 2005).
- GEDDES, Andrew, *Immigration and European integration: Towards fortress Europe?*, Manchester, Manchester University Press, 2000.
- GIBNEY, Matthew J., *The ethics and politics of asylum*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- GIBSON, Dunn, *The Law of the Charter : Equality Rights*, Toronto, Carswell, 1990.
- GOODWIN-GILL, Guy S. and MacADAM, J., *The Refugee in International Law*, 3rd Édition, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- GOODWIN-GILL, Guy S., *The Refugee in International Law*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- GOUGH, John W., *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, Paris, PUF, 1992.
- GOULBORNE, Harry, *Ethnicity and Nationalism in Post-Imperial Britain*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- GRANT, Patrick, *Buddhism and Ethnic Conflict in Sri Lanka*, Albany, State University of New York Press, 2008.
- GREISCH, Jean, *L'Age de l'herméneutique de la raison*, Le Cerf, Paris, 1985.
- GREISCH, Jean, *Le Buisson ardent et les lumières de la raison, Tome III Vers un paradigme herméneutique*, Le Cerf, Paris, 2004.
- GRENIER, Emilie, *Le Canada face au terrorisme*, Harmattan, 2011.
- GREWAL, J.S., *The Sikhs of the Punjab*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.
- GRISSET, Pamala L. and MAHAN, Sue, *Terrorism in perspective*, London, Sage publications, 2012.

- GROENENDIJK, Kees, GUILD, Elspeth, and MINDERHOUD, Paul, *In Search of Europe's Borders*, The Hague, Kluwer Law International, 2003.
- GRONDIN, Jean, *L'Horizon herméneutique de la philosophie contemporaine*, Vrin, Paris, 1993,
- GRONDIN, Jean, *L'Universalité de l'herméneutique*, PUF, 1993.
- GUGGENHIEM, Paul, *Droit international public*, t.1, Genève, 1953.
- GUILD, Elspeth, *European Community Law from a Migrant's Perspective*, Dordrecht, Kluwer, 2000.
- GUILD, Elspeth, *The legal elements of European Identity. EU citizenship and migration law*, The Hague, Kluwer Law International, 2004.
- GUILD, Elspeth, *The developing immigration and asylum policies of the European Union. Adopted Conventions, resolutions, recommendations, decisions and conclusions*, The Hague, Kluwer Law International, 1996.
- GUNASINGAM, Murugar, *Sri Lankan Tamil nationalism: A study of its origins*, Sydney, MV publications, 1999.
- GUNARATNA, Rohan, *Indian Intervention in Sri Lanka, The Role of India's Intelligence Agencies*, Colombo, Singapour, South Asian Network on Conflict Research, 1994.
- HABECK, Mary, *Knowing the enemy : Jihadist ideology and the war on terror*, Boston, Yale University Press, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, *Écrits politiques. Culture, droit, histoire*, Paris, Flammarion, 1990.
- HABERMAS, Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.
- HABERMAS, Jürgen, *Droit et morale. Tanner Lectures (1986)*, Paris, Seuil, 1997.
- HABERMAS, Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Gallimard, 1973.
- HABERMAS, Jürgen, *Théorie de l'agir communicationnel*, tome 2, Paris, Fayard, 1997.
- HABERMAS, Jürgen, Will KIMILCKA et DUHAMEL, Alain, WEINSTOCK, Daniel et TREMBLAY, Luc B., *La démocratie délibérative en philosophie et en droit. Enjeux et perspectives*, Montréal, Éditions Thémis, 2001.
- HADDAD, Emma, *The refugee in international society. Between sovereigns*, New York, Cambridge University Press, 2008.
- HAMILTON, Dwight and RIMSA, Kostas, *Terror threat: International and homegrown terrorists and their threat to Canada*, Toronto, Dundurn Press, 2007.
- HANNIKAINEN, Laurie, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law : Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Co., 1988.
- HARDIN, Russell, *Trust and Trustworthiness*, New York, Russell Sage Foundation, 2002.
- HATHAWAY, James, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991.
- HATHAWAY, James, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005
- HAJNA, Peter I., *The G8 system and the G20 : Evolution, role and documentation*, London, Ashgate, 2007.

- HAWKINS, Freda, *Canada and Immigration : Public policy and public concern*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1988.
- HEATH, Ian, *The Sikh Army 1799-1849*, London, Osprey Publishing, 2005.
- HELLER, Agnes and Sonja Puntischer RIEKMANN (eds), *Biopolitics. The politics of body, race and nature*, Avebury, Vienna, 1996.
- HELLMANN-RAJANAYAGAM, Dagmar, *The Tamil Tigers: armed struggle for identity*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- HENKIN, Louis, « General Course on Public International Law », dans *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, Tome 216(4), Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 1989.
- HENNIS, Wilhem, *La problématique de Max Weber*, Paris, PUF, 1996.
- HERSHBERG, Eric and Kevin W. MOORE, *The critical views on September 11: Analyses from around the world*, New York, New Press, 2006.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan: Or the Matter, Form, and Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civil*, Boston, Yale University Press, 2010.
- HODSON, Henry Vincent, *The great Divide: Britain-India-Pakistan*, Hutchinson, London, 1969.
- HOERL, Christoph, MCCORMACK, Teresa, and BECK, Sara (eds.), *Understanding counterfactuals, understanding causation: Issues in philosophy and psychology*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- HOFFMAN, Bruce, *Inside Terrorism*, New York, Columbia University Press, 1988.
- HOGG, Peter, *Constitutional Law of Canada*, 2003 Student Ed. Scarborough, Ontario, Thomson Canada Limited, 2003.
- HOGG, Peter W. , *Constitutional Law of Canada*, Student Édition, Scarborough, Carswell, 2011.
- HOLLOWAY, Steven Kendall, *Canadian Foreign Policy defining the National interest*, Peterborough, Broadview Press, 2006.
- HUDSON, Dennis, *Arumuga Navalar and Hindu Renaissance amongst the Tamils (Religious Controversy in British India: Dialogues in South Asian Languages)*, New York, University of New York, 1992.
- HUGO, Victor, *Œuvres complètes de Victor Hugo. Actes et paroles 1 (1841-1951)*, monographies, Paris, Edition Ne Varietur, 1882 (version numérisée: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k374560/f235.image>).
- HUNT, Barry Dennis and HAYCOCK, Ronald G. (eds), *Canada's defence. Perspective on policy in Twentieth Century*, Toronto, Copp Clark Pitman, 1993
- HUNT, Alan, *Explorations in law and society. Toward a constitutive theory of law*, New York, Routledge, 1993.
- HUNTFORD, Rolland, *Nansen*, London, Abacus, 2001.
- ISRAEL, Liora, SACRISTE, Guillaume, VAUCHEZ, Antoine et WILLEMEZ, Laurent (dirs), *La portée sociale du droit*, Paris, PUF, 2005.
- JAFFRELOT, Christophe (dir.), *L'Inde contemporaine. De 1950 à nos jours*, Fayard, Paris, 2006.
- JALANDHRI, Surjeet, *Bhindranwale*, Jalandhar, Punjab Pocket Books. 1984.

- JAYAKAR, Pupul, *Indira Gandhi*, trad. A. Lewin, Plon, Paris, 1992.
- JOCKEL, Joseph T., *No boundaries upstairs*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1987.
- JOPPKE, Christian (dir.), *Challenge to the Nation-State : Immigration in Western Europe and North America*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- JOPPKE, Christian, *Immigration and the Nation-State*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- KANSTROOM, Daniel, *Deportation nation : outsiders in American history*, Boston, Harvard University Press, 2007.
- KANT, Emmanuel, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, Florence, Nabu Press, 2010.
- KALSI, Sewa Singh, *Sikhism (Religions of the World)*, Chelsea, Chelsea House Publications, 2005.
- KARIM, Afsir, *Counter Terrorism, the Pakistan factor*, Delhi, Lancer, DATE.
- KARTHIGESU, Sivathamby, *Sri Lankan Tamil society and politics*, New Delhi, New Century Book House, 1995.
- KARTHIGESU, Sivathamby, *Sri Lankan Tamil society and politics*, Chennai, New Century Book House, 1995.
- KAUR, Rajinder, *Sikh and National Integration*, New Delhi, Intellectual Publishing House, 1992.
- KEITH AXEL, Brian, *A review of The Nation's Tortured Body: Violence, Representation, and the Formation of the Sikh "Diaspora"*, London, Duke University Press, 2001.
- KHUSHWANT, Singh, *The Illustrated History of the Sikhs*, Oxford University Press, 2006.
- KELLEY, Ninette and Michael TREBILCOCK, *The Making of the Mosaic. A History of Canadian Immigration Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 2000.
- KELMAN, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Boston, Harvard University Press, 1987.
- KENNEDY, Duncan, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System: A Critical Edition*, New York University Press 2004.
- KNOWLES, Valerie, *Strangers a tour gates, Canadian immigration and immigration policy, 1540-2007*, Toronto, Dundurn Press, 2007.
- KNOX, Robert (1681), *An historical relation of the Island Ceylon*, London, printed for Joseph Mawnam by J. F. Dove, St-John's Square, 1817.
- KOLB, Robert, *Théorie du jus cogens international*, Paris, PUF, 2001.
- KOTHARI, Rajni, *Politics in India*, New Delhi, Orient Longman, (reprinted) 2005.
- KYMLICKA, Will, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- LAFONT, Jean-Marie, *La présence française dans le royaume sikh du Pendjab (1822-1849)*, PEFEO, Paris, 1992.
- LAFONT, Jean-Marie, *Maharaja Ranjit Singh, Lord of the Five Rivers*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- LAJOIE, Andrée, *Quand les minorités font la loi*, PUF, Paris, 2002.

- LATOUR, Bruno, *La fabrique du droit. Ethnographie du conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002.
- LAURENS, Henri et Mireille DELMAS-MARTY (dirs), *Terrorismes : Histoire et droit*, Paris, CRNS, 2010.
- LAUVAUX, Philippe, *Les grandes démocraties contemporaines*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 2004.
- LAUVAUX, Philippe, *Parlementarisme rationalisé et stabilité du pouvoir exécutif : quelques aspects de la réforme de l'État confrontés aux expériences étrangères*, Paris, Bruylant, 1988.
- LAVENEX, Sandra, *The Europeanisation of refugee policies: between human rights and internal security*, Burlington, Ashgate, 2001.
- LEDEEN, Michael A., *The War Against the Terror Masters*, New York, St-Martin's Press, 2002.
- LEFFLER, Melvyn P. and LEGRO, Jeffrey W. (eds), *To lead the world, American strategy the Bush doctrine*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- LEGAULT, Albert et FORTMANN, Michel, *Une diplomatie de l'espoir. Le Canada et le désarmement 1945-1988*, Québec, PUL-CQRI, 1989.
- LEVI, Primo, *Se questo è un uomo*, Torino, Einaudi, 2005.
- LÉVINAS, Emmanuel, *Le Temps et l'Autre*, Paris, PUF, 1983.
- LILLICH, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984.
- LOESCHER, Gil, *Beyond charity: International cooperation and the global refugee crisis*, Oxford, Oxford University Press, 1993.
- LOESCHER, Gil, MILNER, James, NEWMAN, Edward and TROELLER, Gary, *Protracted Refugee Situations : Political, Human Rights and Security Implications*, New York, UNU Press, 2008.
- LUHMANN, Niklas, *Risk: A sociological theory*, New York, Aldine De Gruyter, 1993.
- LUHMANN, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- LUHMANN, Niklas, *A Sociological Theory of Law*, London, Routledge & Kegan Paul, 1985.
- MACAULIFFE, Max Arthur, *The Sikh Religion — Its Gurus, Sacred Writings and Authors*, India, Low Price Publications, 2004.
- MACCORMICK, N., et WEINBERGER, O., *Pour une théorie institutionnelle du droit : nouvelles approches du positivisme juridique*, traduction par Odile Nerhot et Philippe Coppens., Paris, E.Story-Scientia, L.G.D.J., 1992.
- MacDONNCHA, Mícheál, *Sinn Féin : A Century of Struggle*, Parnell Publications, Dublin, 2005.
- MAFFI, Alberto, s.v. *Straniero* (dir. rom.), Milano, Ed. XLIII, 1990.
- MAHADEVAN, Iravatham, *Early Tamil Epigraphy: From the Earliest Times to the Sixth Century A.D.*, Boston, Harvard University Press, 2003.
- MALHOTRA, Inder, *Indira Gandhi: A Personal and Political Biography*, London/Toronto, Hodder and Stoughton, 1989.
- MALLESON, Kate and RUSSEL, Peter H. (dir.), *Appointing Judges in the Ages of Judicial Power*, Toronto, University of Toronto Press, 2006.

- MANDEL, Michael, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Éditions du Boréal, 1996.
- MANFREDI, Christopher P., *Judicial power and the Charte : Canada and the paradox of liberal constitutionalism*, 2nd Édition, Toronto, Oxford University Press, 2001.
- MANIN, Bernard, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Éditions Flammarion, 1996.
- MARIETTI, Angèle K., *Michel Foucault, Archéologie et généalogie*, Paris, Livre de Poche, 1985.
- MATRINGE, Denis, *Les Sikhs dans la société indienne, Actes de la recherche en sciences sociales*, EHESS, Paris, 1986.
- MATAS, David, *Closing the doors : the failure of refugee protection*, Toronto, Summerhill Press, 1989.
- MCDERMOTT, Terry, *Perfect Soldiers: The 9/11 Hijackers, Who They Were, Why They Did It*, New York, Harper, 2005.
- McILWAIN, Charles Howard, *The High Court of Parliament*, (1962) Newcastle, Cambridge Scholars Publishing, 2009.
- MC SWEENEY, Bill, *Security, Identity and Interest. A sociology of international relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- MENON, Vappala Pangunni, *The transfer of power in India*, Orient Longman, Bombay, 1993.
- MELIS, Barbara, *Negotiating Europe's immigration frontiers*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2001.
- MONAR, Jorg and MORGAN, Roger (eds), *The third pillar of the European Union : cooperation in the fields of Justice and Home Affairs*, Bruxelles, European Interuniversity Press, 1994.
- MOREL, Christian, *Les décisions absurdes*, Paris, Gallimard, 2002.
- MIRON, Gaston, *Un long chemin – Proses 1953-1996*, Montréal, Hexagone, 2004.
- MITRA, Subrata Kumar, *The puzzle of India's governance: Culture, context and comparative theory*, London, Routledge, 2006.
- MITTAL, Satish Chandra, *Freedom movement in Punjab, 1905-29*, Naryana, Concept publishing 1976.
- MUSGRAVE, Thomas D., *Self-determination and national minorities*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- NASCIMBENE, Bruno, *Diritto degli stranieri* (dir. Internaz. Pubbl.), Padova, CEDAM, 2000.
- NADARAJAN, Vasantha, *History of Ceylon Tamils*, Madurai, Vasantham, 1999.
- NARAYANAN, V. Nayar, *Tryst with terror, Punjab's turbulent decade*, Delhi, Ajanta, 1996.
- NEWMAN, Edward and VANSELM, Joanne (eds), *Refugees and Forced Displacement*, New York, United Nations University Press, 2003.
- NEWMAN, Peter C., *Un pays sans défense. Le Canada et ses forces armées*, Montréal, Primeur, 1983.
- NOIRIEL, Gérard, *Réfugiés et sans-papiers : La République face au droit d'asile au XIXe-XXe siècle*, Paris, Hachette, Pluriel, 1998.

- NUZAN, Barry, *People, states and fear : An agenda for international security studies in the Post-Cold War era*, London, Longman, 1991.
- O'BALANCE, Edgar, *The cyanide war: Tamil insurrection in Sri Lanka, 1973-88*, London, Brassey's, 1989.
- OAKMAN, Daniel (2nd eds), *Facing Asia: a history of the Colombo Plan*, Canberra, (2nd eds), The Australian National University Press, 2010.
- OST, François et Michel VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.
- OWEN, Cole W. and Sambhi PIARA SINGH, *The Sikhs: Their Religious Beliefs and Practices*, London, Routledge & Kegan Paul, 1978.
- OZER, Atila (dir.), *L'État*, Paris, Flammarion, 1998.
- PETTIGREW, Joyce, *The Sikhs of the Punjab: unheard voices of state and guerilla violence*, London, Zed Books, 1995.
- PERELMAN, Charles, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999.
- POSNER, Richard A., *Frontiers of legal theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- PRINSEP, Henry Thoby, *Origin of the Sikh power in the Punjab, and political life of Muha-Raja Runjeet Singh*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- QUOC DINH, Nguyen, DAILLIER, Patrick et PELLET, Alain, *Droit International Public*, Paris, L.G.D.J. 2002.
- RABAULT, Hugues, *L'État entre théologie et technologie – Origine sens et fonction de l'État*, Paris, L'Harmattan, 2007.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- READ, Anthony and FISHER, David, *The Proudest Day: India's Long Road to Independence*, New York, Norton, 1997.
- REEVE, Simon, *One Day in September : the full story of the 1972 Munich Olympic massacre and Israeli revenge operation 'Wrath of God'*, New York, 2001 et John K. COOLEY, *Green March Black September : The Story of the Palestinian Arabs*, London, 1973.
- REUTER, Paul, *La Convention de Vienne sur le droits des traités*, Paris, Armand Colin, 1971.
- RICOEUR, Paul, *A l'école de la phénoménologie*, Paris, VRIN, 2004.
- RICHARDS, John F., *The Mughal Empire in The New Cambridge History of India*, Cambridge University Press, Cambridge 1996.
- ROACH, Kent, *September 11: consequences for Canada*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003.
- ROBERTS, Adam (ed.), *Democracy, Sovereignty and Terror: Lakshman Kadirgamar on the foundations of international order*, London, I.B. Tauris, 2012.
- ROBERT, Philippe et Amedeo COTTINO (dirs), *Les mutations de la justice. Comparaisons européennes*, coll. « Logique Sociales », Paris, L'Harmattan, 2001.
- ROSENAU, James, *Turbulence in world politics: A history of change and continuity*, Princeton, Princeton University Press, 1990

- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contrat Social*, Flammarion, GF, Paris, 2001.
- SARKAR, Sumit, *Modern India : 1885-1947*, Madras, Macmillan, 1984.
- SARVANANTHAN, Muttukrishna, *Economy of the conflict region in Sri Lanka: From embargo to repression*, Washington, East-West Center, 2008.
- SCHMID, Alex P., *The definition of terrorism*, London, Routledge, 2011.
- SEE SENG, Tan, *Bandung revisited: The legacy of the 1955 Asian-African Conference for International Order*, Singapour, Singapour University Press, 2008.
- SENARATNE, Jagath P., *1977-1990: Riots, insurrections, counterinsurgencies, foreign interventions*, Amsterdam, VU University Press, 1997.
- SHAW, Malcolm N., *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- SINGH, Dalip, *Guru Gobind Singh and Khalsa Discipline*, Amritsar, Singh Bros. editions, 1992.
- SINGH DILGEE, Harjinder, *Shiromani Akali Dal (1920-2000)*, Brussels, Sikh University Press, 2001.
- SINGH KAHLON, Swarn, *Sikhs in Latin America: Travels Among the Sikh Diaspora*, New Delhi, Manohar Publishers and Distributors, 2012.
- SINGH, Pritam, *Federalism, Nationalism and Development: India and the Punjab Economy*, Routledge Contemporary South Asia Series, 2008.
- SMITH, Adam, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, Oxford, Clarendon Press, 1976.
- SMITH, David E., *The People's House of Commons : Theories of Democracy in Contention*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.
- SOMMIER, Isabelle et Xavier CRETTEZ (dirs), *Les dimensions émotionnelles du politique*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012.
- SPENCER, Jonathan, *Sri Lanka: History and the Roots of Conflict*, London, Routledge, 1990.
- SPENCER, Mike , *States of Injustice : a guide to Human Rights and civil liberties in the European Union*, London, Pluto Press, 1995.
- STEVENS, Dallal, *UK asylum law and policy : historical and contemporary perspectives*, London, Sweet & Maxwell, 2004.
- STRAUSS, Léo, *Droit naturel et histoire*, Paris, Flammarion, 1999.
- SUBODH, Kapoor, *The Indian Encyclopediadia*, New Delhi, Cosmo Publications, 2002.
- SWAMY, M. R. Narayan, *Tigers of Lanka: from Boys to Guerrillas*, New Delhi, Konark Publishers, 2002.
- TATE, Neal and VALLINDER, Torbjörn (dirs), *The global expansion of judicial power*, New York, New York University, 1995.
- TAYLOR, Charles, *The Malaise of Modernity*, Toronto, Anansi, 1991.
- TEITEL, Ruti, *Humanity's Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- THIREAU, Jean-Louis, *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, 2001.
- TIBURCIO, Carmen, *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, The Hague and Boston, M.Nijhoff Press, 2001.

- TOCQUEVILLE, Alexis de, *Le despotisme démocratique*, Paris, Herne, 2009.
- TREMBLAY, Luc B. et WEBBER, Grégoire C. N. (dirs), *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The limitation of Charter rights : critical essays on R. v. Oakes*, Montréal, Éditions Thémis, 2009.
- TREMBLAY, Luc B., *The Rule of Law, Justice, and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997.
- TULCHINSKY, Gerald, *Immigration in Canada : Historical perspectives*, Mississauga, Copp Clark Longman, 1994.
- UNGER, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, Boston, Harvard University Press, 1983.
- VALLUY, Jérôme, *Rejet des exilés – Le grand retournement du droit d'asile*, Paris, Les éditions du Croquant, 2009.
- VALOIS, Martine, *L'indépendance judiciaire, La justice entre droit et gouvernement*, Montréal, Coédition Éditions Thémis et Schulthess, 2011.
- VANDIJK, Pieter and VANHOOF, Godefridus J.H., *Theory and Practice of the European Convention*, Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.
- VANDENDRIESSCHE, Xavier, *Le droit des étrangers*, Paris, Dalloz, 2005.
- VANKRIEKEN, Peter J., *The Asylum Acquis Handbook*, The Hague, T.M.C.Asser Press, 2000.
- VANIER, Jean, *Accueillir notre humanité*, Québec, Bellarmin, 1999.
- VASAK, Karel, *The International Dimensions of Human Rights*, vol. 1, Connecticut, Greenwood Press, 1982.
- VAUGIER-CHATTERJEE, Anne, *Histoire politique du Pendjab de 1947 à nos jours*, Paris, L'Harmattan, 2001.
- WACQUANT, Loïc, *Les prisons de la misère*, Paris, Liber-Raisons d'agir, 1999.
- WAEVER, Ole, BUZAN, Barry, KELSTRUP, Morten and LEMAÎTRE, Pierre, *Migration and the new security agenda in Europe*, Londres, Pinter, 1993.
- WEBER, Max, *Economie et société (tome I)*, Paris, Pocket, 1995.
- WEBER, Max, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 2003.
- WEBER, Max, *The theory of social and economic organization (1964)*, New York, Free Press, 2009.
- WEIL, Posper, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », dans *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, Tome 237, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 1992.
- WEINRIB, Lorraine, *The structure of Charter rights*, Toronto University Press, Toronto, 1989.
- WELCH, Michael, *Detained: immigration laws and the expanding I.N.S jail complex*, Temple University Press, Philadelphia, 2002.
- WHITAKER, Reginald, *La politique canadienne d'immigration depuis la confédération*, Ottawa, Société historique du Canada, 1991.
- WHITE, Jonathan R., *Terrorism and Homeland Security*, Belmont, Wadworth Publishing Co, 2013.

- WILSON, A. Jeyaratnam, *Sri Lankan Tamil nationalism: its origins and development in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Vancouver, British Columbia University Press, 2000.
- WOUTERS, Kees, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement : A Legal Analysis of the Prohibitions on Refoulement Contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention Against Torture*, Portland, Intersentia, 2009.
- ZEKOLL, Joachim and Mathias REIMANN (eds), *Introduction to German Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2005.
- ZINS, Max Jean, *Histoire politique de l'Inde indépendante*, P.U.F., Paris, 1992.

5.2 Chapitres de livre

- ANDERSON, Malcolm, “The transformation of border controls: what is different about Europe?”, in Joanna APAP (eds), *Justice and Home Affairs in the EU. Liberty and security issues after enlargement*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2004, pp. 287-297.
- ATAK, Idil, « Les droits fondamentaux des migrants irréguliers à l'épreuve des politiques de retour mises en oeuvre en Europe », dans Mehdi LAHLOU (éd.), *Migration, droits de l'homme et développement*, Rabat, Friedrich Ebert Stiftung, 2008, pp. 114-128.
- ATKINSON, William J., « L'indépendance et l'impartialité des tribunaux administratifs sous la Charte des droits et libertés » dans *Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes. Formation permanente du Barreau du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1989, pp. 149.
- AUSTIN, Lisa, “Is privacy a casualty of the war on terrorism?”, in Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH, (eds), *The security of freedom, Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, pp. 251-267.
- BALDACCINI, Anneliese, “The external dimension of the EU's asylum and immigration policies: Old concerns and new approaches”, in Anneliese BALDACCINI, Elspeth GUILD and Helen TONER (eds), *Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 277-298.
- BALDWIN, David A., “Security Studies and the End of the Cold War”, *World Politics*, vol. 48, Octobre 1995, pp. 117-141.
- BALZACQ, Thierry, « Qu'est-ce que la sécurité nationale? », dans *La revue internationale et stratégique*, vol. 52, Hiver 2003-2004, pp. 33-50.
- BALZACQ, Thierry and BENCHIKH, Madjid, « Les accords de réadmission », dans Vincent Chetail (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 665-687.
- BIGO, Didier, “Detention of foreigners, states of exception”, dans Prem KUMAR RAJARAM et Carl GRUNDY-WARR (éd.), *Borderscapes. Hidden geographies and politics at territory's edge*, Minneapolis, London, University of Minnesota Press, 2007, pp. 3-33.
- BIGO, Didier, « Les archipels des professionnels de l'(in)sécurité », dans Michel FORTMANN, Alex MACLEOD et Stéphane ROUSSEL (dir.), *Vers des périmètres de sécurité? La gestion des espaces continentaux en Amérique du Nord et en Europe*, Québec, Athéna Éditions, 2003, pp. 111-148.

- BIGO, Didier, "Frontier controls in the European Union: who is in control?", in Didier BIGO and Elspeth GUILD (dir), *Controlling frontiers. Free Movement into and within Europe*, Cornwall, Ashgate, 2005, pp. 49-99.
- BIGO, Didier, « The Möbius Ribbon of Internal and External Security(ies) » dans Mathias ALBERT, in David JACOBSON and Yosef LAPID (eds.), *Identities, Borders, Orders. Rethinking International Relations Theory*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2001, pp. 91-136.
- BLAKE, Nicholas, "Developments in the case-law of the European Court of Human Rights", in Barbara BOGUSZ, Ryszard CHOLEWINSKI, Adam CYGAN et Erika SZYSZCZAK (eds), *Irregular migration and human rights : theoretical, European and international perspectives*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 431-451.
- BLANCO-BAZÀN, Agustín, "Law of the sea: Places of refuge", in (s.n.) *Globalism: People, Profits and Progress*, New York, Kluwer, 2001, pp. 65-69.
- BOTHE, Michael, "The legitimacy of the use of force to protect peoples and minorities", in Catherine BROLMANN, René LEFEBER and Marjoleine ZIECK (eds), *Peoples and minorities in international law*, Netherlands, Nijhoff, 1993, pp. 289-299.
- BOURGOU, Taoufik et RAMEL, Frédéric, « Les perceptions de la menace en Méditerranée », dans Michèle BACOT-DÉCRIAUD, Jean-Paul JOUBERT et Marie-Claude PLANTIN (dirs) *La sécurité internationale d'un siècle à l'autre*, Québec, L'Harmattan, 2001, pp. 383-411.
- BRAND, Paul, « La formation du système juridique anglais, 1150-1400 », dans A. PADOA-SHIOPPA (dir.), *Justice et législation*, Paris, PUF, 2000, pp. 133-155.
- BROWNLIE, Ian, « The Rights of People in Modern International Law », in James CRAWFORD, *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press Oxford, 1988, pp. 1-40.
- BROUWER, Evelien, "Effective remedies in EU migration law", in Anneliese BALDACCINI, Elspeth GUILD and Helen TONER (eds), *Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 57-83.
- BYRNE, Rosemary, "Changing paradigms in refugee law", in Ryszard CHOLEWINSKI, Richard PERRUCHOUD and Euan MacDONALD (eds), *International migration law. Developing paradigms and key challenges*, The Hague, TMC Asser Press, 2007, pp. 163-175.
- BYRNE, Rosemary, "Future perspectives: accession and asylum in an expanded European Union", in Rosemary BYRNE, Gregor NOLL and Jens VEDSTED-HANSEN (eds), *New asylum countries?, Migration control and refugee protection in an enlarged European Union*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2002, pp. 373-422.
- BYRNE, Rosemary, NOLL, Gregor and VEDSTED-HANSEN, Jens, "Transformation of asylum in Europe", dans Rosemary BYRNE, Gregor NOLL et Jens VEDSTED-HANSEN (eds), *New asylum countries?, Migration control and refugee protection in an enlarged European Union*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2002, pp. 423-431.
- CARENS, Joseph H., "Membership and morality: Admission to citizenship in liberal democracy States", in W.R. BRUBAKER (ed.), *Immigration and the politics of citizenship in Europe and North America*, Lanham, University Press of America, 1989, pp. 31-49.
- CARENS, Joseph H., "Refugees and States: A normative analysis", in Howard ADELMAN (ed.), *Refuge Policy: Canada and the United States*, Toronto, York Lanes Press, 1991, pp. 18-29.

- CARLIER, Jean-Yves, « Introduction. Le développement d'une politique commune en matière d'asile », dans Constança DIAS URBANO DE SOUSA et Philippe DE BRUYCKER (dirs), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1-14.
- CARLIER, Jean-Yves, « L'expulsion collective d'étrangers », dans Pierre LAMBERT et Christophe PETTITI (dirs), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2003, pp.110-113.
- CARTIER, Geneviève, « Les lendemains de l'affaire Baker », dans Michèle JUTEAU (dir.), *Développements récents en droit administratif*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2000, pp. 31-56.
- CASTLES, Stephen, "The migration-asylum nexus and regional approaches", in Susan KNEEBONE and Felicity RAWLINGS-SANAEI (eds), *New Regionalism and Asylum Seekers*, Studies in Forced Migration, Vol.20, New York, Oxford, Berghahn Books, 2007, pp. 25-42.
- CEYHAN, Ayse, « Analyser la sécurité », dans Didier BIGO (dir.), *Cultures & Conflits*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 39-62.
- CHETAİL, Vincent, « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », dans Vincent CHETAİL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 13-133.
- CHOLEWINSKI, Ryszard, "The criminalisation of migration in EU law and policy", dans Anneliese BALDACCINI, Elspeth GUILD and Helen TONER (eds), *Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 301-336.
- CHOLEWINSKI, Ryszard, "Preventing irregular migration", dans François JULIEN-LAFERRIÈRE, Henri LABAYLE et Örjan EDSTRÖM (dirs), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 95-119.
- CHOLEWINSKI, Ryszard, "European Union policy on irregular migration: human rights lost?", in Barbara BOGUSZ, Ryszard CHOLEWINSKI, Adam CYGAN and Erika SZYSZCZAK (eds), *Irregular migration and human rights : theoretical, European and international perspectives*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 159-192.
- CLARKE, James, "The problems of evaluating numbers of illegal migrants in the European Union", dans Philippe DE BRUYCKER (dir.), *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 13-21.
- COSTELLO, Cathryn, "The Asylum Procedures Directive in legal context: equivocal standards meet general principles", dans Anneliese BALDACCINI, Elspeth GUILD et Helen TONER (éd.), *Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 151-193.
- COUTU, Michel et GIROUX, Marie-Hélène, « L'après 11 septembre devant la Cour suprême : situation exceptionnelle et légitimité », *Revue du Barreau*, Numéro spécial, 2003, pp. 237-270.
- CRÉPEAU, François, « Contrôles migratoires aux frontières européennes : l'accélération sécuritaire », dans Michel FORTMANN, Alex MACLEOD et Stéphane ROUSSEL (dir.), *Vers des périmètres de sécurité? La gestion des espaces continentaux en Amérique du Nord et en Europe*, Québec, Athéna Éditions, 2003, pp. 149-187.

- CRÉPEAU, François, « Droits de l'homme et État de droit en Occident : Outils normatifs du pluralisme institutionnel », dans Soheil KASH et Marie-Hélène PARIZEAU (dirs), *Pluralisme, Modernité et Monde arabe - Politique, droits de l'homme et bioéthique*, Québec-Bruxelles-Beyrouth, Presses de l'Université Laval - Bruylant - Delta, 2001, pp. 179-214.
- CRÉPEAU, François, "International Cooperation on Interdiction of Asylum Seekers – A Global Perspective", in CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES, *Interdicting Refugees*, May 1998, pp. 7-20.
- CRÉPEAU, François, « Le contrôle des frontières: le risque d'une mise en cause de l'État de droit » dans Guy BOURGEOULT, Jean RENAUD et Linda PIETRANTONIO (dirs), *Les relations ethniques en question*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2002, pp. 41-62.
- CRÉPEAU, François, « Les réfugiés: l'exclusion par le droit », dans Lucie LEMONDE, (dir.), *Droit et Droits : De l'accès à l'exclusion*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1996.
- CRÉPEAU, François et NAKACHE, Delphine, « Une porte encore entrouverte : L'interprétation téléologique de la définition internationale du réfugié en droit canadien », dans Vincent CHETAIL (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, dans *Publications de l'Institut international des droits de l'homme : Institut René Cassin de Strasbourg*, n° 2, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 325-365.
- CRÉPEAU, François et ATAK, Idil, « La régulation de l'immigration irrégulière dans le respect du droit international des droits de l'homme », dans Jean-François FLAUSS (dir.), *Migrations de populations et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, pp. 219-260.
- DAVIS, Kevin E., « Cutting off the flow of funds to terrorists: Whose funds? Which funds? Who decides? », in Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH (eds), *The security of freedom, Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, pp. 299-319.
- DE BIOLLEY, Serge, « Panorama du droit pénal de l'Union », dans KERCHOVE, Gilles de et WEYEMBERGH, Anne (dir.), *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2003, pp. 105-131.
- DE BRUYCKER, Philippe, "Legislative harmonization in European immigration policy", dans Ryszard CHOLEWINSKI, Richard PERRUCHOU et Euan MacDONALD (éd.), *International migration law. Developing paradigms and key challenges*, The Hague, TMC Asser Press, 2007, pp. 329-348.
- DE BRUYCKER, Philippe, « Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile », dans François JULIEN-LAFERRIÈRE, Henri LABAYLE, Örjan EDSTRÖM (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : Bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 45-75.
- DE BRUYCKER, Philippe, « L'évolution du cadre institutionnel en guise d'introduction », dans DE BRUYCKER, Philippe (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 7-95.
- DE BRUYCKER, Philippe, « Introduction générale : régularisation et politique migratoire » dans DE BRUYCKER Philippe (dir.), *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 1-13.
- DUPUIS, Monique, « Le Canada, pacifiste ou militariste? », dans (s.n.) *Artisans de la paix*, Montréal, Novalis, 1986, pp. 48-71.

- DUPUY, Pierre-Marie, « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », dans Rafea Ben ACHOUR et Slim LAGHMANI (dirs), *Harmonie et contradictions en droit international*, Pedone, Paris, 1996, pp. 17-54.
- FARLADEAU-RAMSAY, Michelle, « L'évolution récente du droit de l'immigration », dans Formation permanente du Barreau du Québec *Développements récents en droit administratif*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1987, pp. 203-222.
- GEDDES, Andrew, "The Europeanization of what? Migration, asylum and the politics of European integration", dans Thomas FAIST et Andreas ETTE, *The Europeanization of national policies and politics of immigration. Between autonomy and the EU*, New York, Palgrave Mac Millan, 2007, pp. 49-69.
- GHANEA, Nazila, "Europeanization of citizenship and asylum policy: a case-study of the U.K.", in Susan KNEEBONE and Felicity RAWLINGS-SANAEI (eds), *New regionalism and asylum seekers*, Oxford, Berghahn Books, 2007, pp. 111-135.
- GILL, K.P.S., « The danger within: Internal security threats », in Bharat KARNAD, *Future Imperilled*, Delhi, Vicking, pp. 119-129.
- GRABBE, Heather, "Stabilizing the East while keeping out the Easterners: internal and external security logics in conflict", in Sandra LAVENEX et Emek M.UÇARER (eds), *Migration and the externalities of European integration*, Lanham, Lexington Books, 2002, pp. 91-117.
- GRANATSTEIN, Jack L., « The American Influence on the Canadian Military, 1939-1963 », in Barry Dennis HUNT and Ronald G. HAYCOCK (eds), *Canada's Defence: Perspectives on Policy in the Twentieth Century*, Toronto, Copp Clark Pitman Ltd., 1993, pp. 63-73.
- GROENENDIJK, Kees, "Synthesis report on the transposition of the Directive on the mutual recognition of decisions on the expulsion of third country nationals", dans Jean-Yves CARLIER et Philippe DE BRUYCKER (dirs), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 181-191.
- GROENENDIJK, Kees, "Mutual recognition of expulsion decisions", dans Philippe DE BRUYCKER (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 447-457.
- GUILD, Elspeth, "The foreigner in the security continuum: judicial resistance in the United Kingdom", in Prem KUMAR RAJARAM and Carl GRUNDY-WARR (eds), *Borderscapes. Hidden geographies and politics at territory's edge*, Minneapolis.London, University of Minnesota Press, 2007, pp. 65-90.
- GUILD, Elspeth, "Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Lessons for the EU asylum policy", dans Constança DIAS URBANO DE SOUSA et Philippe DE BRUYCKER (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 329-343.
- GUILD, Elspeth, "Protection, threat and movement of persons : examining the relationship of terrorism and migration in EU law after 11 September 2001", in François CRÉPEAU et al., (eds), *Forced migration and global processes: a view from forced migration studies*, Oxford, Lexington Books, 2006, pp. 295-317.
- GUIRAUDON, Virginie, "De-nationalizing control: analyzing state responses to constraints on migration control", in Virginie GUIRAUDON and Christian JOPPKE (eds), *Controlling a new migration world*, London, Routledge, 2001, pp. 31-42.

- HALL, Carl, “The salvage operator’s role in the issue of places of refuge”, in (s.n.) *Globalism: People, Profits and Progress*, New York, Kluwer, 2001, pp. 73-75.
- HATHAWAY, James C., “Refugee law is not immigration law”, in (s.n.) *Globalism: People, Profits and Progress*, New York, Kluwer, 2001, pp. 134-157.
- JANIK, Kinga, « La mise en œuvre du Statut de Rome sur le plan national : le processus canadien », dans (s.n.) *Tournés vers l’avenir : Le droit international au 21^{ème} siècle*, New York, Kluwer, 2002, pp. 16-40.
- JOBARD, Fabien, « Le banni et l’ennemi. D’une technique policière du maintien de la tranquillité et de l’ordre publics », dans Ayes CEYHAN et Gabriel PÉRIÈS (dirs), *Construire l’ennemi intérieur*, Paris, L’Harmattan, 2001, pp. 151-182.
- JULIEN-LAFFERIERE, François et JOUANT, Nathalie, « L’éloignement des ressortissants de pays tiers », dans François JULIEN-LAFERRIÈRE, Henri LABAYLE et Örjan EDSTRÖM (dirs), *La politique européenne d’immigration et d’asile : bilan critique cinq ans après le Traité d’Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 203-251.
- JULIEN-LAFERRIÈRE, François, « Pour un protocole à la Convention européenne des droits de l’homme relatif à l’asile », dans Michelle GUILLON, Luc LEGOUX et Emmanuel MA MUNG (dir.), *Asile politique entre deux chaises. Droits de l’Homme et gestion des flux migratoires*, Paris, L’Harmattan, 2003, pp. 115-130.
- KING, Mike, “Policing Refugees and Asylum seekers in “Greater Europe”: towards a reconceptualisation of control” in Anderson DENBOER, *Policing Across National Boundaries*, London, Pinter, 1994, pp. 69-83.
- KUMIN, Judith, « International Refugee Law under strain: Preserving space for Asylum », in (s.n.) *Globalism: People, Profits and Progress*, New York, Kluwer, 2001, pp. 120-124.
- LABAYLE, Henri, « Vers une politique commune de l’asile et de l’immigration dans l’Union européenne », dans François JULIEN-LAFERRIÈRE, Henri LABAYLE et Örjan EDSTRÖM (dir.), *La politique européenne d’immigration et d’asile : Bilan critique cinq ans après le Traité d’Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 11-43.
- LABAYLE, Henri, « Les nouveaux domaines d’intervention de la Cour de Justice : espace de liberté, de sécurité et de justice », dans Marianne DONY et Emmanuelle BRIBOSIA (dir.), *L’avenir du système juridictionnel de l’Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l’Université de Bruxelles, 2002, pp. 73-105.
- LAUTERPACHT, Elihu et Daniel BETHLEHEM, « Avis sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement », dans Erika FELLER, Volker TÜRK et Frances NICHOLSON (dirs), *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 119-206.
- LEYTON-BROWN, David, « Managing Canada-United States Relations in the Context of Multilateral Alliances », in Lauren MCKINSEY and Kim Richard NOSSAL (eds), *America’s Alliances and Canadian-American Relations*, Toronto, Summerhill Press, 1988, pp. 176-207.
- LEBEL-GRENIER, Sébastien, “The Charter and Legitimization of Judicial Activism”, in Paul HOWE and Peter H. RUSSELL (eds), *Judicial Power and Canadian Democracy*, Montréal, McGill-Queens University Press, 2001, pp. 94-98.

- MADAN, T.N., “The double edge sword: Fundamentalism and the Sikh Religious Tradition”, in Martin MARTY and R. Scott APPLEBY (eds.), *Fundamentalism observed*, Chicago, Chicago University Press, 1994, pp. 594-627.
- MANDEL, David R., “Radicalization : What does it mean ? » in Thomas M. PICK, Anne SPECKHARD and Beatrice JACUCH (eds.), *Home-Grown terrorism: Understanding and addressing the root causes of radicalisation among groups with an immigrant heritage in Europe*, Amsterdam, IOS Press, pp. 101-113.
- MCNAUGHT, Kenneth, « From Colony to Satellite », in Stephen CLARKSON, *An Independent Foreign Policy for Canada?*, Toronto, McClelland, Stewart, 1968, pp. 173-183.
- MORISSETTE, Yves-Marie, « Le juge canadien et le rapport entre la légalité, la constitutionnalité et la légitimité », in Ghislain OTIS et Mary Jane MOSSMAN (dirs), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, pp. 28-68.
- MULLAN, David J., “The role of the judiciary in the review of administrative policy decisions : issues of legality”, in Ghislain OTIS et Mary Jane MOSSMAN (dirs), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, pp. 135-201.
- MUNGER, Frank W., « Mapping law and society », in Austin SARAT et al., *Crossing Boundaries: Traditions and transformations in law and society research*, Evanston, Northwestern University Press, 1998, pp. 21-88.
- NARULA, R.S., “The Anandpur Sahib Resolution”, in Patwant SINGH and Harji MALIK (eds.), *Punjab, the Fatal Miscalculation*, New Delhi, Patwant Singh, 1985, pp. 63-77.
- NÍ AOLÁIN, Fionnuala, « Close Encounters of the Female Kind in the Land of Counter-Terrorism », dans Margaret L. SATTERTHWAITTE and Jayne C. HUCKERBY (eds), *Gender, National Security, and Counter-Terrorism: Human Rights Perspectives*, London, Routledge, 2013, pp. 230-250.
- NICOL, Andrew, “From Dublin Convention to Dublin Regulation: a progressive move?”, dans Anneliese BALDACCINI, Elspeth GUILD et Helen TONER (éd.), *Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 265-276.
- NIESSEN, Jan, “Introduction”, in Elspeth GUILD, *The developing immigration and asylum policies of the European Union. Adopted Conventions, resolutions, recommendations, decisions and conclusions*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 3-62.
- NOLL, Gregor, “Return of persons to states of origin and third states”, in Alexander T.ALEINIKOFF et Vincent CHETAIL (eds), *Migrations and international legal norms*, The Hague, T.M.C.Asser Press, 2003, pp. 61-73.
- OAKESHOTT, Nicholas, “The developments in British asylum law in 2003”, dans Jean- Yves CARLIER et Philippe DE BRUYCKER (dirs), *Actualité du droit européen de l’immigration et de l’asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 658-674.
- ODUNTAN, Gbenga, “Arriving before you depart : law in juxtaposed control zones”, in Prakash SHAH and Werner MENSKI (eds), *Migration, diasporas and legal systems in Europe*, London, New York, Roulledge-Cavendish, 2006, pp. 325-352.
- PASCOU, Yves, « France : rapport sur la transposition de la visant à compléter les dispositions de l’article 26 de l’Accord de Schengen du 14 juin 1985 », dans Jean-Yves CARLIER et

- Philippe DE BRUYCKER (dirs), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 447-462.
- PEERS, Steve, "The ECJ's jurisdiction : time for a change?", in Anneliese BALDACCINI, Elspeth GUILD and Helen TONER (eds), *Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 85-108.
- PEERS, Steve, « Les droits de l'homme et le troisième pilier », dans Philip ALSTON (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 167-188.
- PENA-GAIA, Annabelle, « Liberté d'aller et venir », dans Dominique CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO (dirs), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 685-702.
- PERELMAN, Chaïm, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », dans Chaïm PERELMAN et Pierre FORIERS (dirs), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 416-426.
- PINON, Stéphane, « La pensée constitutionnelle de Boris Mirkin-Guetzévitch », in C.M. Herrera (dir.), *Les juristes face au Politique*, tome II, éditions Kimé, 2005, pp. 61-123.
- PIRES, Alvaro P., CELLARD A. et PÉLLETIER, Gilles, « L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien », in P. FRAILE (dir.), *Modelar para gobernar. El control de la población y el territorio en Europa y Canada*, Barcelone, Éditions de l'Université de Barcelone, 2001, pp. 207-231.
- PORRAS, Ileana M., « On terrorism : Reflections on violence and the outlaw », in Dan DANIELSON and Karen ENGLE (eds), *After Identity: A reader in law and culture*, London, Routledge, 1995, pp. 294-313.
- PUÉCHAVY, Michel, « Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », dans Pierre LAMBERT et Christophe PETTITI (dirs), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2003, pp. 75-95.
- RACINE, Jean-Luc, "Punjab, Géopolitique d'une crise", dans Jean Alphonse BERNARD (dir.), *Inde, l'Un et le Multiple*, Paris, CHEAM, 1986, pp. 119-148.
- RODIER, Claire et SAINT-SAENS, Isabelle, « Contrôler et filtrer : les camps au service des politiques migratoires de l'Europe », dans Vincent CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 619-661.
- ROUCHEREAU, Françoise, « Titre VI- Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale », dans Philippe LÉGER (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Paris, Dalloz, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 66-133.
- ROUSSEAU, Cécile and FOXEN, Patricia, "Constructing and deconstructing the myth of the lying refugee: Paradoxes of power and justice in an administrative immigration tribunal", in Els VAN DONGEN (ed.), *Lying and illness: Power and performance*, Her SPINHUIS, Amsterdam, 2005, pp. 56-91.
- ROUSSEAU, Dominique, « La montée en puissance du juge dans le constitutionnalisme contemporain : un phénomène à l'échelle mondiale », dans Ghislain OTIS et Mary Jane

- MOSSMAN (dirs), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, pp. 1-10.
- SCIORTINO, Giuseppe et PASTORE, Ferruccio, “Immigration and European immigration policy: myths and realities”, in Joanna APAP (ed.), *Justice and Home Affairs in the EU. Liberty and security issues after enlargement*, Northampton, Edward Elgar, 2004, pp. 191-208.
- SHETREET, Shimon, “Judicial Independence : New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges” in Shimon SHETREET and Jules DESCHENES (eds), *Judicial Independence : The Contemporary Debate*, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 590-681.
- SINGER, Peter and SINGER, Renata, “The ethic of refugee policy”, in Mark GIBNEY (ed.), *Open borders? Closed societies?*, New York, Greenwood Press, 1988, pp. 111-130.
- SOSSIN, Lorne, « The intersection of administrative law with the Anti-Terrorism Bill », in Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH (eds), *The security of freedom, Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, pp. 419-434.
- ROACH, Kent, “The dangers of a Charter-proof and crime-based response to terrorism”, in Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH (eds), *The security of freedom, Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, pp. 131-147.
- TEITGEN-COLLY, Catherine, « La détention des étrangers et les droits de l’homme », dans Vincent CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l’homme : le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 571-618.
- THANDI, Shinder, « Counterinsurgency and political violence in Punjab », dans Gurharpal SINGH and Ian TALBOT (eds), *Punjabi Identity, Continuity and Change*, New Delhi, Ajanta Publications, 1994, pp. 160-185.
- TSOUKALA, Anastassia, “Looking at migrants as enemies”, in Didier BIGO and Elspeth GUILD (eds), *Controlling frontiers. Free movement into and within Europe*, Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 160-191.
- UÇARER, Emek M., “Guarding the borders of the European Union: paths, portals, and prerogatives”, dans Sandra LAVENEX and Emek M. UÇARER (eds), *Migration and the externalities of European integration*, Lanham, Lexington Books, 2002, pp. 15-32.
- VALLOIS, Élise, « L’asile en France. L’exemplarité d’une politique de non-accueil », dans (s.n.) *Politiques migratoires : grandes et petites manœuvres*, Cahors, Carobella Ex-Natura, novembre 2005, pp. 69-77.
- VASILACHE, Andreas, « Le terrorisme transnational et la politisation de la peur. Réflexions théoriques sur la stratégie terroriste et sur la politique anti-terroriste de l’Union Européenne, de la Russie et des États-Unis », dans K. WESTPHAL (ed.), *A Focus on EU-Russian Relations. Towards a close partnership on defined road maps?*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005, pp. 99-113.
- VILTARD, Yves, « Le cas de McCarthy. Une construction politique et savante », dans Ayes CEYHAN et Gabriel PÉRIÈS (dirs), *Construire l’ennemi intérieur*, Paris, L’Harmattan, 2001, pp. 13-60.

- WAEVER, Oscar, « Securitization and Desecuritization », in Richard LIPSCHUTZ (dir.), *On Security*, New York, Columbia University Press, 1995, pp. 46-86.
- WARK, Wesley, “The Intelligence requirements and Anti-terrorism legislation”, in Ronald J. DANIELS, Patrick MACKLEM and Kent ROACH (eds), *The security of freedom, Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, pp. 287-319.
- WILSHER, Dan, “Immigration detention and the common European Asylum Policy”, in Anneliese BALDACCINI, Elspeth GUILD and Helen TONER (eds), *Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 395-426.

5.3 Articles de revue

- ADJIN-TETTEY, Elizabeth, “Reconsidering the criteria for assessing well-founded fear in refugee law”, (1997) 25 *Man.L.J* 127-151.
- AIKEN, Sharryn J., « Of Gods and Monsters : National Security and Canadian Refugee Policy » (2001) 14 (1) *R.Q.D.I* 1-52.
- AIKEN, Sharryn J., « Manufacturing “Terrorists”: Refugees, National Security and Canadian Law (Part 1) », (2001) 19(3) *Refuge* 54-73.
- AIKEN, Sharryn J., « Manufacturing “Terrorists”: Refugees, National Security and Canadian Law (Part 2) », (2001) 19(4) *Refuge* 116-133.
- ALDEN, Edward and Bryan ROBERTS, “Are U.S. borders secure?”, (2011) 90(4) *Foreign Affairs* 19-26.
- ALEXANDER, Jeffrey, « Max Weber, la théorie de la rationalisation et le marxisme », (1995) 14(2) *Sociologie et Société* 33-43.
- ALEXY, Robert, “Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas’s Procedural Paradigm of Law”, (1994) 7 *Ratio Juris* 227-238.
- ALLAIN, Jean, “The jus cogens nature of *non-refoulement*”, (2001) 13(4) *Int J Refugee Law* 533-558.
- ANDREAS, Peter, “Redrawing the line: borders and security in the 21st century”, (2003) 28 *International Security* 78–111.
- ARULIAH, Arul S., “Accepted on compassionate grounds: An admission profile of Tamil immigrants in Canada”, (1994) 14(4) *Refuge* 10-14.
- ATAK, Idil, « Quels droits pour les étrangers dans les nouvelles politiques de l’immigration et de l’asile de l’Union européenne? », Recension de: Jean-Yves Carlier et Philippe de Bruycker (dir.), *Actualité du droit européen de l’immigration et de l’asile*, 2007 *RQDI* 1-7 (en ligne : <http://www.sqdi.org/import/2007-01.rec.idilatak.pdf>).
- ATAK, Idil, « La coopération policière pour la lutte contre la migration irrégulière au sein de l’Union européenne », (2006) 36 *RGD* 433-481.
- BADHI, Reem A., “Truth and method in the domestic application of international law”, (2002) 15 *Can.J.L.& Juris.* 255-296.
- BALIBAR, Étienne, « Une philosophie des droits du citoyen est-elle possible ? (Nouvelles

- réflexions sur l'Égaliberté) », (2004) 16 *RUDH* 2-6.
- BARSALLO, Lissett, "Visitor visas: the stamp of inequality", (1998) 25 *Man.L.J.* 483.
- BASSAN, Daniela, "The Canadian Charter and public international law: redefining the state's power to deport aliens", (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 583-625.
- BASSIOUNI, M. Cherif, "Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention", (2010) 9(4) *Washington University Global Studies Law review* 575-593.
- BAXTER, Richard, « A skeptical look at the concept of terrorism », (1974) 7 *Akron Law Review* 380-401.
- BAGARIC, Mirko and CLARKE, Julie, « Not Enough (Official) Torture in the World? », (2005) 39 *U.S.F. L. Rev.* 581-616.
- BECK, Ulrich, « D'une théorie critique de la société vers la théorie d'une auto-critique sociale », (1994) 18(3) *Déviance et Société* 333-343.
- BECK, Ulrich, « De la société industrielle à la société à risques. Problématiques de la survie, structures sociales et éveil d'une conscience écologique », (1993) 19 *Revue Suisse de Sociologie* 311-337.
- BELGUENDOZ, Abdelkrim, « Expansion et sous-traitance des logiques d'enfermement de l'Union européenne : l'exemple du Maroc », (2005) 57 *Cultures & Conflits* 155-219.
- BEN-ASHER, Noa, « Legal Holes », (2009) 5(1) *Unbound* 1-20.
- BERGERON, Gérard, « Pouvoir, contrôle et régulation », (1969) 2(1) *Sociologie et Sociétés* 227-248.
- BIGO, Didier, « Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par l'inquiétude ? », (1998) 31 *Cultures & Conflits* 13-38.
- BIGO, Didier, « Security and Immigration : Towards a Critique of the Governmentality of Unease? » (2002) 27 *Alternatives* (Special Issue) 63-92.
- BIGO, Didier et GUILD, Elspeth, « Schengen et la politique des visas », (2003) 49(1) *Cultures & Conflits* 5-21.
- BIGO, Didier et GUILD, Elspeth, « Le visa Schengen : expression d'une stratégie de « police » à distance », (2003) 50(1) *Cultures & Conflits*, 22-37.
- BLOCH, Alice et SCHUSTER, Liza, "At the extremes of exclusion: deportation, detention and dispersal", (2005) 28 *Ethnic and Racial Studies* 491-512.
- BOOTH, K., "Security and Emancipation", (1991) 17(4) *Review of International Studies* 313.
- BOOTH, Ken, "Human wrongs and international relations", (1995) 71(1) *International Affairs* 103-126.
- BORCHELT, Gretchen, "The safe third country practice in the European Union : a misguided approach to asylum law and a violation of international human rights standards", (2002) 33 *Colum.Hum.Rts L.Rev.* 473-526.
- BOSSIN, Michael, "Bill C-31: limited access to refugee determination and protection", (2001) 19(4) *Refuge* 55-61.
- BOUDON, Raymond, « La « rationalité axiologique » : une notion essentielle pour l'analyse des phénomènes normatifs », (1999) 31(1) *Sociologie et Société* 103-117.

- BOURDIEU, Pierre, « Esprits d'État. Genèse du champ bureaucratique », (1993) 96-97 *Actes de la recherche en sciences sociales* 49-62.
- BOURDIEU, Pierre, « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociale* 3-19.
- BOURGON, Stéphane, « The Impact of Terrorism on the Principle of 'Non-Refoulement' of Refugees : The *Suresh* Case before the Supreme Court of Canada » (2003) 1 *Int'l Criminal Just.* 169-185
- BRANDON, Elizabeth, « Does international law mean anything in Canadian courts? », (2002) 11 *J.E.L.P.* 397-443.
- BREUER, Stefan, « La domination rationnelle. À propos d'une catégorie de Max Weber », (2010) 7 *Trivium* 4-32 (en ligne : <http://trivium.revues.org/3758>).
- BRINGHAM, Jeremy, "Anti-anti terror : Color coding and the joke of « homeland security »", (2005) 27 *New Political Science* 481-496.
- BRODIE, Janine and Joanne WRIGHT (eds), *Globalization and the re-constitution of security*, (2005) 10 (1-2) *Review of Constitutional Studies* (Special Issue).
- BROUWER, Andrew et KUMIN, Judith, "Interception and asylum : when migration control and human rights collide", (2003) 21 *Refuge* 6-24.
- BROUWER, Evelien, "Effective remedies for third country nationals in EU law: justice accessible to all?", (2005) 7 *EJML* 219-236.
- BRYDEN, Philip, "Fundamental justice and family class immigration: The example of *Pangli v. Canada* (Minister of Employment and Immigration)", (1999) 41 *U.T.L.J.* 484-532.
- BRYDEN, Philip, "*Blencoe v. British Columbia* (Human Rights Commission): a case comment", (1999) 33 *U.B.C.L.Rev.* 153-167.
- BURLEY, Anne-Marie and MATTLI, Walter, « Europe Before the Court : A Political Theory of Legal Integration », (1993) 47(1) *International Organization* 41-76.
- BYERS, Rod B., « Canadian security and defence : the legacy and the challenges », (1986) 214 *Adelphi Papers* 3-84.
- CALDWELL, Peter, "Perceived' categories of Convention Refugees under the Immigration Act: towards a 'perception of the persecutor' theory on all grounds", (2001) 12 *W.R.L.S.I.* 97-122.
- CANETTA, Emanuela, "The EU policy on return of illegally staying third-country nationals", (2007) 9 *JML* 435-450.
- CAPORASO, James A., "The European Union and forms of state: Westphalian, regulatory or post-modern?", (1996) 34 *Journal of Common Market Studies* 29-52.
- CARENS, Joseph H., "Aliens and Citizens: The case for open borders", (1987) 49(2) *Rev. of Pol.* 251-273.
- CARLIER, Jean-Yves, « La « directive retour » et le respect des droits fondamentaux », (2008) 28 *Europe des Libertés* 13-21.
- CARLIER, Jean-Yves, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1er janvier – 31 décembre 2008) », (2009) 157 *Journal de droit européen* 79-81.
- CARVER, Peter J., « Shelter from the Storm : A Comment on *Suresh v. Canada* (Minister of

- Citizenship and Immigration » (2002) 40 (2) *Alberta. L. Rev.* 465-492.
- CARUSO, B.J., “Supreme Court of Canada elevates rights and best interests of children”, (1999) 11 *Canada’s Immigration and Citizenship Bulletin* 1-3.
- CASSESE, Antonio, “Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law”, 2001 12(5) *European Journal of International Law* 993-1001.
- CASSWELL, D.G., “Case comment: Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)”, (1986) 24 *Alta.L.Rev.* 356-360.
- CEYHAN, Ayse and TSOUKALA, Anastassia, « The Securitization of Migration in Western Societies : Ambivalent Discourses and Policies » (2002) 27 *Alternatives* (Special Issue) 21-39.
- CHANDRAHASAN, Nirmala, “Access to justice and aliens: some insights into refugee groups in India”, (1998) 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 135-148.
- CHARRIÈRE, Emmanuelle, « L’après-tsunami », (2012) *Encyclopédie de l’État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html>
- CHARRIÈRE, Emmanuelle, « Victoire assurée pour Mahinda Rajapakse », (2012) *Encyclopédie de l’État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html>.
- CHINEDU OKAFOR, Obiora and OKORONKWO, Pius Lekwuwa, « Reconfiguring Non-refoulement? The Suresh Decision, ‘Security Relativism’, and the International Human Rights Imperative », (2003) 15(1) *Int’l J. Refugee L.* 30-67.
- CHOLEWINSKI, Ryszard, “The EU acquis on irregular migration : reinforcing security at the expense of rights”, (2000) 2 *EJML* 361-405.
- CHOLEWINSKI, Ryszard, “The need for effective individual legal protection in immigration matters”, (2005) 7 *EJML* 237-261.
- CHOUDHRY, Sujit and Robert HOWSE, “Constitutional Theory and The Quebec Secession Reference”, (2000) 13 *Can. J. L. & Jur.* 143-169.
- CHOUDHRY, Sujit and Claire HUNTER, “Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada: A Comment on Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE”, (2003) 48 *McGill L.J.* 525-562.
- CIPRIANI, Ricardo, “Sikh: Storia e immigrazione - The Sikhs: History and Immigration”, (2006) 21 *International Sociology* 474-476.
- CLARK, Tom, “Roundtable: Changes to Legal Aid: legal aid, international human rights & non-citizens”, (1998) 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 218.
- CLARK, Tom and CRÉPEAU, François, “Mainstreaming Refugee Rights - The 1951 Refugee Convention and International Human Rights Law”, (1999) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 389-410.
- CORDELLIER, Serge, « Non-alignement », in *Encyclopédie de l’État du Monde*, version numérique : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html>.
- CONDORELLI, Luigi, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international? », (2001) 4 *RGDIP* 829-848.
- CORNELISSE, Galina, “Human rights for immigration detainees in Strasbourg : Limited sovereignty or a limited discourse?”, (2004) 6 *EJML* 93-110.

- COURNIL, Christel, « Les droits de l'Homme en zone d'attente: condamnation européenne et résistances françaises », (2008) 71 *Cultures & Conflits* 75-92.
- COUTU, Michel et Marie-Hélène GIROUX, « L'après 11 septembre devant la Cour suprême : situation exceptionnelle et légitimité », (2003) *Revue du Barreau* (Numéro spécial) 237-270.
- CRÉPEAU, François, « Les réfugiés au Canada et au Québec », (1997) 20(5) *Vivre ensemble* 11-13.
- CRÉPEAU, François, "Regional agreements: protection of refugees or protection of states?", (1995) *Can. Council Int.L.*, 168-176.
- CRÉPEAU, François, « L'étranger est-il un justiciable? », (2003) *Mars Canadian Issues / Thèmes canadiens* (Special Issue *Metropolis-Association for Canadian Studies*) 42-43.
- CRÉPEAU, François, CARLIER, Jean-Yves, « Intégration régionale et politique migratoire - Le "modèle européen" entre coopération et communautarisation », (1999) 4 *Journal du droit international* 953-1019.
- CRÉPEAU, François, FOXEN, Patricia, HOULE, France et ROUSSEAU, Cécile, « Analyse multidisciplinaire du processus décisionnel de la CISR », (2001) 19(4) *Refuge* 62-75.
- CRÉPEAU, François, HOLLAND, Leanne, "Temporary protection, continuing insecurity: a regime replacing convention protection of refugees in violation of international law", (1997) 12 *Can. J.L. & Society* 239-261.
- CRÉPEAU, François et NAKACHE, Delphine, "Controlling irregular migration in Canada. Reconciling security concerns with human rights protection", (2006) 12 *IRPP Choices* 3-42.
- CRÉPEAU, François et NAKACHE, Delphine, "Critical spaces in the Canadian refugee determination system : 1989–2002", (2008) 20 *IJRL* 50-122.
- CRÉPEAU, François, NAKACHE, Delphine and ATAK, Idil, "International migration : security concerns and human rights standards", (2007) 44 *Transcultural Psychiatry* 311-337.
- COHEN, Lawrence, "Immigration Law", (2000) 24(6) *Can.Lawyer* 42-47.
- COHEN, Russell, "Fundamental (In)justice: the deportation of long-term residents from Canada", (1994) 32 *Osgoode Hall L.J.* 457-501.
- COMBACAU, Jean, « Le droit international, bric-à-brac ou système? », (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 85-105.
- COMFORT, Louise K., « Rethinking Security: Organizational Fragility in Extreme Events », (2002) 62 Suppl. 1 *Public Administration Review* 98-107.
- COMFORT, Louise K. and KAPUCU, Naim, "Inter-organizational coordination in extreme events : The World Trade center attacks, September 11, 2001", (2006) 39(2) *Natural Hazards* 309-327.
- CROCK, Mary, "Echoes of the old countries or brave new worlds ? Legal responses to refugees and asylum seekers in Australia and New Zealand", (2001) 14 *RQDI* 55-89.
- CURRIE, Robert J., « Charter Without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutionnal Rights and Freedoms », (2004) 27 *Dal. L.J.* 235-284.
- DAUVERGNE, Catherine, "Beyond Justice: The consequences of liberalism for immigration law", (1997) 10 *Can.J.L.& Juris.* 323-342.
- DAUVERGNE, Catherine, "Amorality and humanitarianism in immigration law", (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 597-623.

- DAVIS, Kevin E., « Legislating against the Financing of Terrorism : Pitfalls and prospects » (2003) 10(3) *Journal of Financial Crime* 269-274.
- DEKERCHOVE, Gilles, « Brèves réflexions sur la coopération policière au sein de l'Union européenne », (2004) 3 *RSC* 553-569.
- DEVOTTA, Neil, "Illiberalism and Ethnic Conflict in Sri Lanka", (2002) 13(1) *Journal of Democracy* 84-98.
- DEFLEM, Mathieu, "Bureaucratization and social control: historical foundations of international police cooperation", (2000) 34 *Law & Soc'y Rev.* 739-774.
- DENT, John A., "No appeal right: Bill C-11, criminality, and the human", (2002) 17 *Queen's L.J.* 749-784.
- DEZALAY, Yves, SARAT, Austin et Susan SILBEY, Susan, « D'une démarche contestataire à un savoir méritocratique, éléments pour une histoire sociale de la sociologie juridique américaine », (1989) 78 *Actes de la recherche en sciences sociales* 79-93.
- DOLOWITZ, David et MARSCH, David, "Who learns what from whom: a review of the policy transfer literature", (1996) 44 *Political Studies* 343-357.
- DORAIS, Sophie, « Les contrôles migratoires au Canada: le triomphe du discours sécuritaire et néolibéral », (2006) 3(1) *AmeriQuests* 1-23 (en ligne : www.ejournals.library.vanderbilt.edu/ameriquests/viewissue.php?id=7).
- DIRKS, Gerald, "The Office of the UN High Commissioner for Refugees: continuing challenges after a half century", (2001) 19(5) *Refugee* 14-24.
- DRUKARSH, Marshall, "Immigration Law", (1994) 15(1) *Newsletter*.31.
- DRUMBL, Mark A., "Canada's new Immigration Act: an affront to the Charter and Canada's collective conscience", (1994) 24 *R.D.U.S.* 385-433.
- DUFFY, Aoife, « Expulsion to face torture? *Non-refoulement* in International Law », (2008) 20 *Int'l J. Refugee L.* 373-390.
- DYZENHAUS, David and FOX-DECENT, Evan, "Rethinking the process/ substance distinction: Baker v. Canada", (2001) 51 *Univ.of Toronto L.J.* 193-242.
- DYZENHAUS, David, "Constituting the rule of law: fundamental values in administrative law", (2002) 27 *Queen's L.J.* 445-509.
- EDWARDS, Alice, "Human rights, refugees, and the right to 'enjoy' asylum", (2005) 17 *IJRL* 293-330.
- ELIADIS, Pearl, "The swing from *Singh*: The narrowing application of the Charter in immigration law", (1995) 26 *Imm.L.R.(2d)* 130-147.
- ELLIOT, Robin, "References, structural argumentation and the organizing principles of Canada's constitution", (2001) 80 *The Canadian Bar Review* 67-142.
- ELLIOT, David W., "Suresh and the Common Borders of administrative law: time for the Tailor?", (2002) 65 *Sask.L.Rev.* 469-514.
- EVANS, John, "The principles of fundamental justice: the Constitution and the common law", (1991) 29(51) *Osgoode Hall L.J.* 51-86.
- FAGAN, Jeffrey, ZIMRING, Franklin and KIM, June, "Declining homicide in New York City: A tale

- of two trends”, (1998) 88(4) *Journal of Criminal Law and Criminology* 1277–1324.
- FAVELL, Adrian (ed.), *The European Union : Immigration, Asylum and Citizenship*, (1998) 24(4) *Journal of Ethnic and Migration Studies* (Special Issue).
- FAVELL, Adrian and HANSEN, Randall, “Markets against politics: migration, EU enlargement and the idea of Europe” (2002) 28 *JEMS* 581-601.
- FAVELL, Adrian, « L’européanisation ou l’émergence d’un nouveau « champ politique » : le cas de la politique d’immigration », (2000) 38-39 *Cultures & Conflits* 1-20.
- FELLER, Erika, “Asylum, migration and refugee protection: realities, myths and the promise of things to come”, (2006) 18 *IJRL* 509-536.
- FIORE, Carole, « Commentaire d’arrêt: Ward v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) », (1993) 9 *Rev. lois & Pol. sociales* 290-295.
- FREITAS, Raquel, “Human security and refugee protection after September 11: a reassessment”, (2002) 20(4) *Refuge* 34-44.
- FRIESEN, Tamara, “The right to health care”, (2001) 9 *Health L.J.* 205-222.
- GALICKI, Zdzislaw, « International Law and Terrorism », (2005) 48(6) *American Behavioral Scientist* 743-757.
- GALLOWAY, Donald, “Extraterritorial application of the *Charter* to visa applicants”, (1991) 23 *Ottawa L.Rev.* 335-372.
- GALLOWAY, Donald, “Strangers and Members: equality in an Immigration setting”, (1994) 7 *Can.J.L.& Juris.* 149-172.
- GALLOWAY, Donald, “Immigration law, Concord: Irwin Law, 1997”, (1998) 24 *Queen’s L.J.* 345-353.
- GARAPON, Antoine, « Le législateur irrationnel », (1993) 195 *Esprit* 109-117.
- GARCIA-VILLEGAS, Mauricio, « Symbolic power without symbolic violence? Critical comments on legal consciousness studies in USA », (2003) 53 *Droit et société* 137-161.
- GARIGUE, Philippe, « Intervention-Sanction and « droit d’ingérence » in International Humanitarian Law », (1993) 28(4) *International Journal* 668-686.
- GEDDES, Andrew, « Immigrant and Ethnic Minorities and the EU's Democratic Deficit », (1995) 33(2) *Journal of Common Market Studies* 197-217.
- GEDDES, Andrew, « The Representation of 'Migrants' Interests' in the EU » (1998) 24(4) *Journal of Ethnic and Migration Studies* 695-713.
- GERVAIS, Myriam et Stéphane ROUSSEL, « De la sécurité de l’État à celle de l’individu : l’évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) », (1998) 29(1) *Études internationales* 25-51.
- GIBNEY, Matthew J., “Asylum and the expansion of deportation in the United Kingdom”, (2008) 43 *Government and Opposition* 146-167.
- GILBERT, Geoff, « The ‘Law’ and ‘Transnational Terrorism’ » (1995) 26 *Netherlands Yearbook of International Law* 3-25.
- GOLDER, Ben and Georges WILLIAMS, « What Is ‘Terrorism’? Problems of Legal Definition », (2004) 27(2) *U.N.S.W.L.J.* 270-295.

- GORDON, Robert, "Historicism in Legal Scholarship", (1989) 90 *Yale L.J.* 1017-1056.
- GRANT, Cedric, « Equity in Third World relations: a third world perspective », (1995) 71(3) *International Affairs* 567-587.
- GREEN, Alan G. and David GREEN, "The Goals of Canada's Immigration Policy: A Historical Perspective", (2004) 13.1 *Canadian Journal of Urban Research* 102-139.
- GREEN, S., "Highlights of the new Immigration and Refugee Protection Act", (2001) 13(5) *Canada's Immigration and Citizenship Bulletin* 1-2.
- GREEN, S.T., "Inadmissibility under the Immigration and Refugee Protection", (2002) 14(3) *Canada's Immigration and Citizenship Bulletin* 1-4.
- GREENWOOD, Christopher, "International law and the « War against terrorism »", (2002) 78(2) *International Affairs* 301-317.
- GREY, Julius H., "Case comment: Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)", (1986) 31 *McGill L.J.* 496-507.
- GUILD, Elspeth, « L'état d'exception, le juge, l'étranger et les droits de l'Homme : trois défis des cours britanniques », (2005) 58 *Cultures & Conflits* 183-204.
- GUILD, Elspeth, "Adjudicating Schengen: National Judicial Control in France", (1999) 1 *EJML* 419-439.
- GUILD, Elspeth, « Competence, discretion and third country nationals : The EU's legal struggle with migration » (1998) 24(4) *Journal of Ethnic and Migration Studies* 613-625.
- GUILD, Elspeth, "Exceptionalism and transnationalism: UK judicial control of the detention of foreign "international terrorists"", (2003) 28 *Alternatives: global, local, political*, 495-515.
- GUILD, Elspeth, "The Europeanisation of Europe's Asylum Policy", (2006) 18 *IJRL* 630-651.
- GUILD, Elspeth et BIGO, Didier, « La politique commune des visas : les luttes pour l'homogénéisation ou le maintien d'un réseau hétérogène ? », (2003) 49-50 *Cultures & Conflits* 71-81.
- GUILD, Elspeth et BIGO, Didier, « Le visa Schengen: expression d'une stratégie de "police" à distance », (2003) 49 *Cultures & Conflits* 22-37.
- GUILLAUME, Gilbert, « Terrorism and International Law », (2004) 53 *I.C.L.Q.* 537.
- GUPTA, Sanjeev, CLEMENTS, Benedict, BHATTACHARYA, Rina and CHAKRAVARTI, Shamit, « The elusive Peace Dividend », (2002) 39(4) *Finance & Development* (online: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2002/12/gupta.htm>).
- HAFNER, Gerhard, « Pros and cons ensuing from fragmentation of international law », (2004) 25(4) *Michigan Journal of International Law* 849-863.
- HAIGH, Richard and SMITH, Jim, "Return of the Chancellor's foot? Discretion in permanent resident deportation appeals under the Immigration Act", (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 245.
- HAIGH, Richard, "A Kindler, gentler Supreme Court?: the case of Burns and the need for a principled approach to overruling", (2001) 14 *Sup.Ct.L.Rev.* 139-159.
- HARRELL-BOND, Barbara, "Repatriation : Under what conditions is it the most desirable solution for refugees? An agenda for research", (1988) 32(1) *African Studies Review* 41-69.

- HART, Joshua, SHAVER, Phillip R. and GOLDENBERG, Jamie L., “Attachment, self-esteem, worldviews, and terror management : Evidence for a tripartite security system”, (2005) 88(6) *Journal of personality and Social psychology* 999-1013.
- HATHAWAY, James C., “Selective concern : An overview of refugee law in Canada”, (1988) 33 *McGill Law Journal* 676-715.
- HATHAWAY, James C., “Forced migration studies: could we agree just to « date »?”, (2007) 20 *JRS* 349-369.
- HATHAWAY, James, NEVE, Alex, “Fundamental Justice and the deflection of refugees from Canada”, (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 213-270.
- HATHAWAY, James and HARVEY, Colin, « Framing Refugee Protection in the New World Disorder », (2001) 34(2) *Cornell International Law Journal* 257-320.
- HARVEY, Colin J., “Refugees, rights, and human security”, (2001) 19(4) *Refuge* 94-99.
- HECKMAN, Gerald P., “Unfinished business: Baker and the constitutionality of the leave and certification requirements under the Immigration Act”, (2000) 27 *Queen’s L.J.* 683-748.
- HENNAKKE, Shantha K., “The peace accord and the Tamil in Sri Lanka”, (1989) 29(4) *Asian Survey* 401-415.
- HILY, Marie-Antoinette et Marco MARTINIELLO, « Les immigrés et les minorités ethniques dans les institutions politiques : ethnicisation des systèmes politiques européens ou renforcement de la démocratie ? », (1998) 14(2) *Revue européenne de migrations internationales* 9-17.
- HOGG, Peter W. et Allison A. BUSHELL, “The Charter dialogue between courts and legislatures (or Perhaps the Charter of Rights isn’t such a bad thing after all)”, (1997) 35(1) *Osgoode Hall L.J.* 75-124.
- HOULE, France, « L’arrêt Baker: le rôle des règles administratives dans la réception administratives dans la réception du droit international des droits de la personne en droit de l’immigration », (2002) 27 *Queen’s L.J.* 511-576.
- HOULE, France et Noura KARAZIVAN, « Les rapports de relevance juridiques entre les ordres législatifs canadien et international », (2008) 1 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 1-21.
- HURLEY, Marc C., “Principles, practices, fragile promises : judicial review of refugee determination decisions before the Federal Court of Canada”, (1996) 41 *McGill L.J.* 317-386.
- HUYSMANS, Jef, “The European Union and the securitization of migration”, (2000) 38 *JCMS* 751-777.
- HYNDMAN, Jennifer et MOUNTZ, Alison, “Another brick in the wall? Neo-refoulement and the externalization of asylum by Australia and Europe”, (2008) 43 *Government and Opposition* 249-269.
- IACOBUCCI, Frank, “Articulating a rational standard or review doctrine: a tribute to John Willis”, (2002) 27 *Queen’s L.J.* 859-878.
- JABRI, Viviane, « La guerre et l’État libéral démocratique », (2006) 61 *Cultures & Conflits* 9-34.
- JACKSON, Robert H., « Armed Humanitarianism », (1993) 28(4) *International Journal* 579-606.

- JAEGER, Gilbert, « On the history of international protection of refugees », (2001) 83(843) *International Red Cross Review* 727-738.
- JANIK, Kinga, « L'étrange étranger : l'avenir incertain de l'immigration canadienne », (2004) 22(1) *Refuge* 71-82.
- JEMINEZ, Estibalitz et François CRÉPEAU (dirs), *La criminalisation de l'immigration*, (2013) 46 *Criminologie* (Numéro spécial).
- JOCKEL, Joseph T. and SOKOLSKY, Joël J., « Dandurand Revisited ; Rethinking Canada's Defence Policy in an Unstable World », (1993) 48(2) *International Journal* 380-401.
- JOFFE, Paul, "Assessing the Delgamuuk principles : national implications and potential effects in Québec", (2000) 45 *McGill L.J.* 150-208.
- JOHN-HOPKINS, Michael, "The emperor's new safe country concepts: a UK perspective on sacrificing fairness on the altar of efficiency", (2009) 21(2) *Int. J. Refugee Law* 218-255.
- JOHNSON, Léonard, "Military Coopération with the United States and Canadian Independence", (1986) 3 *International Perspectives* 63-73.
- JOHNSON, Todd M. and David B. BARRETT, "Quantifying alternate futures of religion and religions", (2004) 36(9) *Futures of Religions* 947-960.
- KASH, Douglas, "Abductions of terrorists in international airspace and on the high seas", (1993) 8 *Fla. Int'l L.* 65-95.
- KANSTROOM, Daniel, "Criminalizing the undocumented: Ironic boundaries of the post September 11th "Pale of Law"", (2004) 29 *N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.* 639-661.
- KELLY, James B., "The Charter of Rights and Freedoms and the rebalancing of liberal constitutionalism in Canada, 1982-1997", (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 625-695.
- KENNEDY, Duncan, "Form and substance in Private Law Adjudication", (1976) 89 *Harvard Law Review*, 1685-1778.
- KERVAREC, Gaëlle, « L'intervention d'humanité dans le cadre des limites au principe de non-ingérence », (1998) 32 *Revue juridique Thémis* 77-133.
- KEYES, Elizabeth, "Expansion and restriction: competing pressures on United Kingdom asylum policy", (2004) 18 *Geo.Immigr.L.J.* 395-426.
- KHAN, Ali, "A Legal Theory of International Terrorism", (1987) 19 *Connecticut Law Review* 945-980.
- KING, Mike, "The impact of Western European Border Policies on the Control of Refugees in Eastern and Central Europe", (1993) 19(2) *New Community* 183-199.
- KING, Mike, « Le contrôle des différences en Europe : l'inclusion et l'exclusion comme logiques sécuritaires et économiques », (2001) 26-27 *Cultures & Conflits* 35-49.
- KNEEBONE, Susan, "The Pacific plan : the provisions of 'effective protection'", (2006) 18 *IJRL* 96-721.
- KUIJPER, Pieter Jan, "The evolution of the third pillar from Maastricht to the European Constitution: institutional aspects", (2004) 41 *CMLR* 609-626.
- LABAYLE, Henri, « Architecte ou spectatrice? La Cour de Justice de l'Union dans l'espace de liberté, sécurité et justice », (2006) 1 *RTDE* 1-44.

- LAFERRIERE, Julien F., « Le traitement des réfugiés et des demandeurs d’asile au point d’entrée », (1990) *RUDH* 53-58.
- LAROCQUE, François, « La *Loi sur l’immunité des États* canadienne et la torture », (2010) 55 *McGill Law Review* 81-119.
- LAVIOLETTE, Nicole, “The immutable refugees: sexual orientation in Canada (A.G.) v.Ward”, (1997) 55 *U.T.Fac.L.Rev.* 1-41.
- LEBEL, Louis, CHAO, Gloria, “The rise of international law in Canadian constitutional litigation: fugue or fusion?”, (2002) 16 *Sup.Ct.L.Rev.* 23-64.
- LEDERMAN, William, “The independence of the judiciary”, (1956) 34 *R du B Can* 1139.
- LEGOMSKY, Stephen H., “Secondary refugee movements and the return of asylum seekers to third countries : the meaning of effective protection”, (2003) 15 *IJRL* 567- 677.
- LEGOMSKY, Stephen H., The new path of immigration law: Asymmetric incorporation of criminal justice norms”, (2007) 64 *Walsh. & Lee L. Rev.* 469-528.
- LEUPRECHT, Peter et DELAS, Olivier, « Cinquante ans de Convention européenne des droits de l’Homme de la convention européenne: un chef d’œuvre en péril? », (2000) 13(1) *R.Q.D.I.* 7-23.
- LEVASSEUR, Georges, « Le problème de l’infraction politique dans le droit de l’extradition », (1990) 3 *Journal de droit international* 117-145.
- LOW, D. Anthony, “Pakistan and India: Political legacies from the colonial past”, (2002) 25(2) *South Asia: Journal of South Asian Studies* 257-272.
- LUI, Robyn, “World order and UNHCR’s “comprehensive” approach to refugees”, (2001) 14 *R.Q.D.I.* 91-113.
- MACLAREN, Alasdair, « Le Canada doit concilier sa politique étrangère et sa politique de défense », 1977 Mars/Avril *Perspectives internationales* 22-26.
- MACKLIN, Audrey, “Mr.Suresh and the evil twin”, (2002) 20(4) *Refuge* 15-22.
- MACKLIN, Audrey, “The values of the Canada-US Safe Third Country Agreement”, December 2003 *Caledon Institute of Social Policy* 1-23 (online: <http://www.chedoninst.org/Publications/PDF/558320703.pdf>).
- MANDEL, David R. and Oshin VARTANIAN, « Bush v. Bin Laden: Effect of state emotion on perceived threat is mediated by emotion towards the threat agent », (2010) 23(1) *International Review of Social Psychology* 5-23.
- MARASINGHE, M.L., “Ethnic politics and constitutional reform: The Indo-Sri Lankan Accord”, (1988) 37(3) *International and Comparative Law Quarterly* 551-587.
- MARCOUX, Pierre-Olivier, « La lutte au terrorisme international par le Canada : Panopticon ou Banopticon? », (2006) 11(1) *Lex Electronica* 1-45 (en ligne : <http://www.lex-electronica.org/articles/v11-1/marcous.htm>).
- MARGULIS-OHNUMA, Zachary, « Saying what the law is : Judicial review of criminal aliens’ claims under the Convention Against Torture » (2000-2001) 33 *N.Y.U.J. Int’l L. & Pol.* 861-885.
- MARROCCO, F., “To extradite or deport?: that is the question”, (1992) 4(3) *Canada’s Immigration and Citizenship Bulletin* 4.

- MARROCCO, F., "Additional implications of the Pushpanathan decision", (1999) 11(3) *Canada's Immigration and Citizenship Bulletin* 1-2.
- MARSHALL, Jayne, "Zero tolerance policing", (1999) 9 *South Australia Office of Crime* 1-12.
- MARY, Philippe, "Pénalité et gestion des risques: vers une justice "actuarielle" en Europe?", (2001) 25(1) *Déviance et Société* 33-51.
- MASSON, Andrew, "Kindler and the courage to deal with American convictions", (1992) 8(4) *C.R.* 68-81.
- MATAS, David, "Innocent victims of civil war as refugees", (1993) 22 *Man.L.J.* 1-27.
- MATRINCE, Denis, « Les Sikhs dans la société indienne », (1986) 61 *Actes de la recherche en sciences sociales* 65-78.
- MCCORMICK, Peter, "Birds of a feather: alliances and influences on the Lamer Court 1990-1997", (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 339-368.
- MCISSAC, Barbara, "Procedural fairness", (1992) May *Spec.Lect.L.S.U.C.* 339-356.
- MCKAY, Fiona, « U.S Unilateralism and International Crimes : The International Criminal Court and Terrorism » (2003-2004) 36 *Cornell Int'l J.* 455-471.
- MEKKI-BERRADA, Abdelawahed, ROUSSEAU, Cécile and BERTOT, J., "Research on refugees: Means of transmitting suffering and forging social bonds", (2001) 30(2) *International Journal of Mental Health* 41-57.
- MERON, Theodor, « On the hierarchy of international Human rights », (1986) 80(1) *The American Journal of International Law* 1-23.
- MESSAMORE, Barbara J., "Diplomacy or Duplicity? Lord Lisgar, John A. Macdonald, and the Treaty of Washington, 1871", (2004) 32(2) *Journal of Imperial & Commonwealth History* 29-53.
- MICHELMAN, Frank I., "The Supreme court 1985 Term. Foreword: Traces of Self Government", (1986) 100 *Harvard Law Review* 4-77.
- MILLER, Teresa, « Blurring the boundaries between immigration and crime control after September 11th », (2005) 25 *B.C.Third World L.J.* 81-124.
- MOORE, G.W., "Immigration measures to counter terrorism", (2001) 13(5) *Canada's Immigration and Citizenship Bulletin* 4.
- MORGAN, Edmond, "In the penal colony: internationalism and the Canadian Constitution", (1999) 49 *Univ.of Toronto L.J.* 447-474.
- MORTON, Desmond, « Defending the indefensible : some historical perspectives on Canadian defence 1867-1987 », (1987) 42(2) *International Journal* 627-644.
- MULLAN, David J. and HARRINGTON, Deirdre, "The Charter and administrative decision-making: the dampening effects of Blencoe", (2002) 27 *Queen's L.J.* 879-912.
- NEUDORFER, Asher, "Immigration: the Supreme Court decision vs Singh", (1986) 2 *Admin.L.J.* 17-20.
- NEUDORFER, Asher, "Immigration: the Supreme Court decision vs Singh (Part 2) ", (1986) 2 *Admin.L.J.* 21-33.

- NEUMAN, Gerald L., “Whose constitution?”, (1991) 100 *Yale L.J.* 909.
- NEWMAN, Edward, “Exploring the « Root Causes » of Terrorism”, (2006) 29(8) *Studies in Conflict and Terrorism* 749-772.
- NEWMAN, Edward, “The « New Wars » Debate : A Historical Perspective is Needed”, (2004) 35(2) *Security Dialogue* 173-189.
- NÍ AOLÁIN, Fionnuala, « Balancing Human Rights : International legal responses to terrorism in the wake of September 11 » (2003) 33 *Israel Yearbook on Human Rights* 63.
- NÍ AOLÁIN, Fionnuala, « The no-gaps approach to parallel application in the context of the War on Terror » (2007) 40(2) *Israel Law Review* 563-591.
- NICHOL, Andrew et HARRISON, Stephanie, , “The law and practice in the application of the Dublin Convention in the United Kingdom”, (1999) 4 *EJML* 465-481.
- NOLL Gregor, “Visions of the exceptional: legal and theoretical issues raised by transit processing centres and protection zones”, (2003) 5 *EJML* 303-341.
- NORMAN, Ken, “Taking human rights lightly: the Canadian approach”, (2000) 12 *N.J.C.L.* 291-308.
- O'REILLY, J.William, “Ng and Kindler (case comment/chronique de jurisprudence)”, (1992) 37 *McGill L.J.* 873.
- ORVIK, Nils, “A defence doctrine for Canada”, (1983) 27(2) *Orbis* 185-206.
- OTVOS, Mary Ale, “Guantanamo diary”, (1994) 9 *Can.Lawyer* 22-25.
- PALIDDA, Salvatore, « La criminalisation des migrants », (1999) 128 *Actes de la recherche en sciences sociales* 39-49.
- PAUL, John and PARK, Sangyoub, “With the best of intentions : The color coded homeland security advisory system and the law of unintended consequences”, (2009) 4(2) *Research and Practice in Social Sciences* 1-13.
- PELLERIN, Hélène, « Intégration économique et sécurité. Nouveaux facteurs déterminant de la gestion de la migration internationale », (2004) 10(3) *IRPP Choices* 1-30.
- PÉPIN, Gilles, « L'indépendance des tribunaux administratifs et l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne », (1990) 50 *Revue du Barreau* 766.
- PELISSE, Jérôme, « Judicialisation ou juridicisation : usages et réappropriation du droit dans les conflits du travail », (2009) 86(2) *Politix* 73-96.
- PHUONG, Catherine, “Enlarging fortress Europe: EU accession, asylum and immigration”, (2003) 52 *International & Comparative Law Quarterly* 641-663.
- PHUONG, Catherine, “Minimum Standards for Return Procedures and International Human Rights Law”, (2007) 9 *EJML* 107-125.
- PIRES, Alvaro P., « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la judicialisation de l'opinion publique », (2000) 23(1) *Sociologie et Sociétés* 179-204.

- PIRJOLA, Jari, « Shadows in Paradise — Exploring *Non-Refoulement* as an Open Concept » (2007), 19 *Int'l J. Refugee L.* 639-660.
- PUE, W. Wesley, « The War on Terror : Constitutional Governance in a State of Permanent Warfare », (2003) 41 *Osgoode Hall L.J.* 267-292
- RABAULT, Hugues, « Le problème de l'interprétation de la loi: la spécificité de l'herméneutique juridique », (2005) 15 *Le Portique* 43-56.
- RASMUSSEN, David M., “How is Valid Law Possible? A Review of *Faktizität und Geltung* by Jürgen Habermas”, (1994) 20 *Philosophy and Social Criticism*, 21-44.
- REICHMAN, Amnon, “A Charter-free domain: in defence of Dolphin Delivery”, (2002) 35 *U.B.C.L.Rev.* 329-392.
- RIVET, Michel, « Le travailleur étranger au Canada: l'avant-poste de la précarité », (1998) 43 *McGill L.J.* 181-209.
- ROACH, Kent, “Dialogic Judicial Review and its Critics”, (2004) 23(49) *Sup. Ct. L. Rev.* 69-71.
- ROACH, Kent, « Did September 11 Change Everything? Struggling to Preserve Canadian Values in the Face of Terrorism » (2001-2002) 47 *McGill L.J.* 893-947.
- ROCHER, Guy, « Droit, pouvoir et domination », (1986) 18(1) *Sociologie et Société* 33-46.
- ROSS, Douglas Alan, «Canada and the World at Risk: Depression, War, and Isolationism for the 21st Century?», (1996-97) 1 *International Journal* 1-24.
- ROUSSEAU, Cécile, « Les réfugiés à notre porte : Violence organisée et souffrance sociale », (200) 33(1) *Criminologie* 185-201.
- ROUSSEAU, Cécile and CRÉPEAU, François, “Research ethics and the plight of refugees in detention”, (2004) 23(4) *Monash Bioethics Review* 85-92.
- ROUSSEAU, Cécile, CRÉPEAU, François, FOXEN, Patricia and HOULE, France, “The complexity of determining refugeehood : A multidisciplinary analysis of the decision-making process of the Canadian Immigration and Refugee Board”, (2002) 15(1) *Journal of Refugee Studies* 43-70.
- ROUSSEAU, Cécile and FOXEN, Patricia, « Le mythe du réfugié menteur : un mensonge indispensable ? The social usefulness of the lying refugee », (2006) 71(3) *L'Evolution psychiatrique* 505-520.
- ROTENBERG, Cecil L., “Baker v.Canada (Minister of Citizenship and Immigration)”, (1999) 3 *Imm.L.R.* 7-9.
- ROTHSCHILD, Emma, « What is Security? », (1995) 124(3) *Daedalus* 53-98.
- SAMARANAYAKE, Nilanthi, “Are Sri Lanka’s relations with China deepening? An analysis of economic, military, and diplomatic data”, (2011) 7(2) *Asian Security* 119-146.
- SASSÒLI, Marco, « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », (2007) *Hors-série Revue québécoise de droit internationale* 29-48.
- SCHABAS, Williams A., “Kindler and Ng: our supreme magistrate take a frightening step into the court public opinion”, (1991) 51 *R.du B.* 673-691.
- SCHACTER, Ron, “The case of Ward and Chan”, (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 723-735.

- SCHLINK, Bernhard, "The Dynamics of Constitutional Adjudication", (1996) 17 *Caradozo Law Review* 1231-1238.
- SCHUCK, Peter, "The transformation of immigration law", (1984) 84 *Col. L. Rev.* 1-90.
- SCHWARTZ, Bryan, "The preventative function of section 15 of the Charter and the danger certificate system", (1999) 27 *Man.L.J.* 115-139.
- SCOTT, Craig, "Canada's international human rights obligations and disadvantaged members of society: finally into the spotlight?", (1999) 10 *Constit. Forum* 97-111.
- SHAPIRO, Jacob N. and COHEN, Dara Kay, "Color bind : Lessons from the failed homeland security advisory system", (2007) 32 *International Security* 121-154.
- SIMMA, Bruno, « Fragmentation in a positive light », (2004) 25(4) *Michigan Journal of International Law* 845-847.
- SKRAN, Claudena, "Profiles of the two first High Commissioners", (1988) 1(4) *Journal of Refugee Studies* 277-296.
- SEMBEROV, Felix, "Current legal recourse available to unsuccessful independent applicants at visa posts abroad: justice for all or entrenched control and bias?", (1996) 24 *Man.L.J.* 92-136.
- SHACTER, Ron, "The case of *Ward and Chan*", (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 723-735.
- SHEPPARD, Colleen, "Women as wives: immigration law and domestic violence", (2000) 26 *Queen's L.J.* 1-41.
- SIANNI, Areti, "Interception practices in Europe and their implications", (2003) 21 *Refuge* 25-34.
- SINGH, Gurharpal, "The Punjab problem in the 1990s: A post 1984 assessment", (1991) 29(2) *Journal of Commonwealth and Comparative Politics* 175-191.
- SKINNER, Stephen, "The third pillar Treaty provisions on police cooperation: has the EU bitten off more than it can chew?", (2002) 8 *Colum.J.Eur.L.* 203-220.
- SMITH, Neil, "Global social cleansing : Postliberal revanchism and the export of Zero tolerance", (2001) 28(3) *Social Justice* 68-74.
- SNACKEN, Sonja, « Justice et société : une justice vitrine en réponse à une société en émoi? », (2002) 33(1) *Sociologie et Sociétés* 107-137.
- SOSSIN, Lorin, "Developments in administrative law: the 1997-98 and 1998-99 terms", (2000) 11 *Sup.Ct.L.Rev.* 37-100.
- SOSSIN, Lorin, "Public fiduciary obligations, political trusts, and the equitable duty of reasonableness", (2003) 66 *Sask.L.Rev.* 129-182.
- SPIJKERBOER, Thomas, "The human costs of border control", (2007) 9 *EJML* 127-139.
- STEPHENS, Tim, « International Criminal Law and the Response to International Terrorism » (2004) 27 (2) *New South Wales Law Journal* 454-481.
- STOKKE, Kristian and Anne KIRSTI RYNTVEIT, « The struggle for Tamil Eelam in Sri Lanka », (2000) 31 *Growth and Change* 285-304.

- STUNZ, William J., “The Pathological Politics of Criminal Law”, (2001) 100 *Mich. L. Rev.* 505-621.
- SYLVESTRE, Marie-Ève, “Policing the homeless in Montreal: is this really what the population wants?”, (2010) 20(4) *Policing and Society* 432-458.
- THERIAULT, Jean-Yves, « Citoyenneté : entre normativité et factualité », (1999) 31(2) *Sociologie et Sociétés* 5-13.
- THOMAS, Robert, “Consistency in asylum adjudication: country guidance and asylum process in the United Kingdom”, (2008) 20 *IJRL* 489-532.
- TIE, Chantal, “Strangers at the gate: refugees, illegal entrants and procedural justice - Glenn”, (1992) 24 *Ottawa L.Rev.* 831.
- TINKER, Hugh, “Pressure, persuasion, decision: factors in the Partition of Punjab, August 1947”, (1977) 26(4) *Journal of Asian Studies* 696-704.
- TOURAINÉ, Alain, « Le système d’action », (1969) 1(2) *Sociologie et Sociétés* 221-247.
- TREMBLAY, Luc B., «Freedom and Security in Canada since September 11, 2001», (2008) 1 *Percorsi Costituzionali, Libertà e Sicurezza* 149-64 .
- TREMBLAY, Luc B., «General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law», (2003) 23 *Oxford Journal of Legal Studies* 525-562.
- TREMBLAY, Luc B., « L’interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29 *Revue juridique Thémis* 459-526.
- TREMBLAY, Luc B., « La justification de la législation comme jugement pratique », (2001) 47 *McGill Law Journal* 57-93.
- TREMBLAY, Luc B., « La justification des restrictions aux droits constitutionnels: la théorie du fondement légitime », (2002) 47 *R.D.McGill* 271-343.
- TREMBLAY, Luc B., « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel », (1999) *McGill Law Journal* 39-110.
- TREMBLAY, Luc B., « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : une affaire de rationalité ou de légitimité? », (1998) 10 *National Journal of Constitutional Law* 41-67.
- TREMBLAY, Luc B., « Le Canada de la Charte: Une démocratie libérale neutre ou perfectionniste? », (1995) 40 *McGill Law Journal* 487-521.
- TREMBLAY, Luc B., « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », (2002-03) 33 *Revue de droit Université de Sherbrooke* 70-95.
- TREMBLAY, Luc B., « La norme de retenue judiciaire et les ‘erreurs de droit’ en droit administratif: une erreur de droit? Au delà du fondationalisme et du scepticisme », (1996) 56 *Revue du Barreau* 141-250.
- TREMBLAY, Luc B., “Legitimacy of Judicial Review : Special or General? ”, (2002) 21 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 505-517.
- TREMBLAY, Luc B., “Deliberative Democracy and Liberal Rights”, (2001) 14 *Ratio Juris* 424-454.
- TREMBLAY, Luc B., « Le droit a-t-il un sens? Réflexions sur le scepticisme juridique », (1999) 42 *Revue interdisciplinaire d’études juridiques* 13-49.

- TREMBLAY, Luc B., « Les principes constitutionnels non écrits : Fondement épistémologique et normatif », pré-publication, 2009 (en ligne : <http://hdl.handle.net/1866/3014>).
- UNGER, Roberto, “The Critical Legal Studies Movement”, (1983) 96 *Harvard L.R.* 561-675.
- VAN ERT, Gib, “Using treaties in Canadian courts”, (2000) 38 *Can.Y.B.Int.L.* 3-87.
- VANDYCKE, Robert, « Les droits de l’homme et leurs modes d’emploi : à propos de la Charte constitutionnelle de 1982 », (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 139-151.
- VAUGIER, Anne, « Le rôle de l’État-Congrès et des acteurs extérieurs dans la montée du séparatisme sikh », (1994) 15-16 *Cultures & Conflits* 71-88.
- VEDSTED-HANSEN, Jens, “Common EU standards on asylum – optional harmonisation and exclusive procedures?”, (2005) 7 *EJML* 369-376
- VELLOSO, Joao, “ Beyond criminocentric dogmatism : Mapping institutional forms of punishment in contemporary societies”, (2013) 15(2) *Punishment & Society* 166-186.
- VELLOSO, Joao, « Au-delà de la criminalisation : l’immigration et les enjeux pour la criminologie », (2013) 46(1) *Criminologie* 55-82.
- VIDAL, Dominique et BADIE, Bertrand (eds.), « Pays du monde : Canada – statistiques », dans *Encyclopédie de l’État du Monde*, version numérique, 2012 (en ligne : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html>).
- VIDAL, Dominique et Bertrand BADIE (eds.), « Pays du monde : Sri Lanka – statistiques », dans *Encyclopédie de l’État du Monde*, version numérique, 2012 (en ligne : <http://www.Étatdumonde.com/info/contenus.html>).
- WANG, Peng, “Women in the LTTE: Birds of Freedom or Cogs in the Wheel?”, (2011) 4(1) *Journal of Politics and Law* 100–108.
- WEINBERGER, O., “Habermas on Democracy and Justice.Limits of a Sound Conception”, (1994) 7 *Ratio Juris* 239-253.
- WEINER, Myron, “Security, stability, and international migration”, 1993 17(3) *International Security* 91-126.
- WEINRIB, Lorraine, “The Supreme Court of Canada and section one of the Charter”, (1987) 10 *Supreme Court L.R.* 469-513.
- WEINSTOCK, Daniel Marc, « Sécurité et démocratie », (2002) 29(2) *Philosophique* 351-370.
- WEISS, Meredith, “The Khalistan Movement in Punjab”, (2002) 25 *Yale Center for International & Area Studies* 1-25.
- WELCH, Michael et SCHUSTER, Liza, “Detention of asylum seekers in the US, UK, France, Germany and Italy: a critical view of the globalizing culture of control”, (2005) 5 *Criminology and Criminal Justice* 331-355.
- WILSHER, Daniel, “The administrative detention of non-nationals pursuant to immigration control: international and constitutional law perspectives”, (2004) 53 *International & Comparative Law Quarterly* 897-934.
- WILSON James Q. and George L. KELLING, “Broken windows: the police and neighborhood safety”, (1982) March *The Atlantic Monthly* 1-10.

- YONG, Tan Tai, “Prelude to Partition: Sikh responses to the demand for Pakistan, 1940-1947”, (1994) 2 *International Journal of Punjab Studies* 167-195.
- YORK, Andrea, “The inequality of emerging Charter jurisprudence: Supreme Court interpretations of section 15(1)”, (1996) 54(2) *U.T.Fac.L.Rev.* 327-386.
- YOUNG, Simon, “International human rights law and the protection of non-citizens in Canada”, (1996) 32 *Imm.L.R.(2d)* 7-30.
- ZEIDAN, Sami, “Desperately seeking definition: The International Community's quest for identifying the specter of terrorism”, (2004) 36 *Cornell International Law Journal* 491-523.

5.4 Rapports, communiqués, conférences et allocutions

- AGENCE DES SERVICES FRONTALIERS DU CANADA, Communiqué national 2009 sur la levée de la suspension temporaire des renvois au Burundi, au Libéria et au Rwanda Ottawa (Ontario), le 23 juillet 2009 (en ligne: <http://cbsa-asfc.gc.ca/media/release-communique/2009/2009-07-23-fra.html>).
- Allocution de la très honorable Beverley McLACHLIN, C.P. Juge en chef du Canada devant le Ottawa Women's Canadian Club Ottawa (Ontario) le 22 septembre 2009 (en ligne : <http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/ju/spe-dis/bm2009-09-22-fra.asp>).
- AMNESTY INTERNATIONAL, *India: An unnatural fate*, 1993 and *India: Determining the fate of the disappeared in Punjab*, October 1995
- AMNESTY INTERNATIONAL, *India: Break the cycle of impunity and torture in Punjab*, January 2003.
- AMNESTY INTERNATIONAL, *Sri Lanka: Briefing to Committee Against Torture*, AI Report, London, ASA 37/016/2011, October 2011.
- Ambassador Susan Rice, U.S. Permanent representative to the United Nations, « Statement on the release of the UN Panel Experts' Report on Sri Lanka », New York, 25 avril 2011.
- AMERICAN-ARAB ANTI-DISCRIMINATION COMMITTEE (ADC) RESEARCH INSTITUTE, *Report on Hate Crimes and Discrimination Against Arab Americans September 11, 2001 to October 11, 2002* disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.adc.org/index.php?id=3388> (dernière consultation, le 16 août 2013).
- AMNESTY INTERNATIONAL, *India: Break the cycle of impunity and torture in Punjab*, January 2003.
- AMNESTY INTERNATIONAL, *Letter to the Security Council: The Situation in Sri Lanka*, New York, OR/2009.081, May 12, 2009.
- AMNESTY INTERNATIONAL, *India: Break the cycle of impunity and torture in Punjab*, Report, January 2003.
- AMNESTY INTERNATIONAL CANADA, *Dangerous refugees can be deported*, 11 January 2002.
- ANDERSON, Greg and Christopher SANDS, « Negotiating North America – The Security and Prosperity Partnership », *Hudson Institute*, Toronto, Summer 2007.
- ANNAN, Kofi, lauréat du prix Nobel de la Paix en 2001, allocution du prix Nobel, le 10 décembre 2001.

- ASSOCIATION SUISSE DE PUGWASH (ASP), « Découverte de la coopération internationale – dossier no 7 », dans *Paix & désarmement*, Genève, 2004.
- ANAFÉ, *La frontière et le droit : la zone d'attente de Roissy sous le regard de l'Anafé. Bilan de six mois d'observation associative (avril-octobre 2004)*, Paris, novembre 2004.
- ANAFÉ et.al., « L'Europe contre l'asile. En pleine affaire du Cap Anamur la France a silencieusement refoulé d'autres boat people », Communiqué de presse, Paris, 3 août 2004.
- ANDERSON, Malcolm, *Border regimes and security in an enlarged European Community : Implications of the entry into force of the Amsterdam Treaty*, EUI Working Papers, RSC N° 2000/8, Florence, European University Institute, 2000.
- ASSEMBLÉE NATIONALE, *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme*, Fiche d'actualité, Paris, décembre 2005 (en ligne : <http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf/terrorisme.pdf>).
- BACON, Christine, “The evolution of immigration detention in the UK: the involvement of private prison companies”, *Refugee Studies Centre Working Paper no.27*, University of Oxford, septembre 2005.
- BENSUSSAN, Gérard, *Condition et incondition de l'étranger* et de Marc CREPON, *Les peurs de l'étranger* dans « Emmanuel Lévinas et l'incondition de l'étranger », archives sonores du Centre Pompidou, Paris, le 20 novembre 2006 (en ligne : http://archives-sonores.bpi.fr/index.php?urlaction=doc&id_doc=2029)
- BHATTACHARJI, Preeti, “Liberation Tigers of Tamil Eelam (aka Tamil Tigers) (Sri Lanka, separatists)”, Background paper, *Council on Foreign Relations*, 20 May 2009 (online : <http://www.cfr.org/terrorist-organizations/liberation-tigers-tamil-eelam-aka-tamil-tigers-sri-lanka-separatists/p9242#5>).
- BRADIMORE, Ashley, Harald BAUDER, *Mystery ships and risky boat people: Tamil refugee migration in the newsprint media*, Vancouver, Metropolis, Working Paper Series, No 11-2, January 2011.
- BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT DU CANADA, *Refugee Protection : international context*, Research Branch (Margaret Young), Ottawa, 1992.
- BIGO, Didier, *Le débat universitaire sur la notion de sécurité en relations internationales et la discussion sur son extension au domaine sociétal, aux identités et à la migration*, Communication présentée au Séminaire scientifique « La complexe dynamique des migrations internationales », Chaire de Recherche du Canada en Droit International des Migrations, Université de Montréal, Montréal, 3 février 2006.
- BRITISH REFUGEE COUNCIL, *Position paper on the UK proposals for transit processing centres for refugees and regional management of asylum*, Londres, May 2003.
- CFR-CDF, *Observation thématique n° 2 : les droits fondamentaux dans l'action extérieure de l'Union européenne en matière de justice et d'asile et immigration*, Bruxelles, janvier 2004.
- CHARLES, Claudia, *Accords de réadmission et respect des droits de l'homme dans les pays tiers. Bilan et perspectives pour le Parlement européen*, Parlement européen, Bruxelles, octobre 2007.

- CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *De solides assises pour le 21e siècle, Nouvelles orientations pour la politique et la législation relatives aux immigrants et aux réfugiés*, Ottawa, 1998.
- CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Canada Faits et Chiffres 2012, Aperçu de l'immigration, résidents permanents et temporaires*, Ottawa, 2012.
- CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Loi sur la protection des renseignements personnels, Loi sur l'accès à l'information*, Rapport annuel 2004–2005, Ottawa.
- CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Évaluation formative du Programme d'examen des risques avant renvoi*, Ottawa, février 2008.
- CLEVELAND, Janet, Cécile ROUSSEAU et Rachel KRONICK, *L'impact du projet de loi C-4 sur la santé mentale des demandeurs d'asile*, Montréal, janvier 2012 (en ligne: http://www.csssdelamontagne.qc.ca/fileadmin/csss_dlm/Publications/Publications_CRF/Impact_du_projet_de_loi_C-4_sur_la_sante_mentale_des_demandeurs_d_asile_integral.pdf)
- COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, Observations Générales 29, *L'État d'Urgence (Article 4)*, U.N. Doc. /CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).
- COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, Observations générales du 11 novembre 1994, Nations Unies, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.
- COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, Observation générale no 24, *Questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des protocoles facultatifs et relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, 04/11/94, 52e sess., CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.
- COMITÉ PERMANENT DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION, *Témoignages*, Chambre des Communes, nu 57, 1^{er} session, 41^e législature, 5 novembre 2012 (en ligne: http://publications.gc.ca/collections/collection_2012/parl/XC64-1-2-411-57-fra.pdf).
- COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, *Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment : Report by Special Rapporteur*, M. P. Kooijmans, E/CN.4/1992/17.
- COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Report on Terrorism and Human Rights*, 22 octobre 2002, OEA/SER.L/V/II.116, Doc.5 rev. 1 corr.
- COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT POUR LE RÉFUGIÉ, *Cartable national d'information du Sri Lanka*, Ottawa, LKA103784.EF, 29 février 2012.
- COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT POUR LE RÉFUGIÉ, « Sofie Rordam, [Sri Lanka: Police Torture As an Indicator of the Constitutional Degradation of the Rule of Law](#), *Asian Human Rights Commission*, 12 janvier 2011 », dans *Cartable national d'information du Sri Lanka*, Ottawa, LKA103784.EF, 29 février 2012.
- COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT POUR LE RÉFUGIÉ, *Sri Lanka: Information sur le traitement réservé aux membres ou partisans présumés des Tigres de libération de l'Eelam tamoul (TLET), y compris sur le nombre d'entre eux qui sont en détention. information indiquant si le gouvernement continue de soumettre les Tamouls à un contrôle afin de repérer ceux qui sont soupçonnés d'avoir des liens avec les TLET (janvier 2010-21 janvier 2011)*, Document d'information sur un pays de la CISR, Ottawa, LKA103663.EF, 21 février 2011.

- COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT POUR LE RÉFUGIÉ, *Sri Lanka: information sur les recours offerts aux Tamouls de Jaffna victimes de violations des droits de la personne, y compris les endroits où les plaintes peuvent être déposées (2010-juin 2011)*, Document d'information sur un pays de la CISR, Ottawa, LKA103784.EF, 15 août 2011.
- COMMISSION ON INTERNATIONAL DEVELOPMENT, *Partners in Development. Report of the Commission on International Development under the Chairmanship of Lester B. Pearson*, New York, Prager Publishers, 1969.
- COMMISSION ON INTERNATIONAL DEVELOPMENT, *Memorandum of the Independent Commission on International Development Issues under the Chairmanship of Willy Brandt*, London, Pan Books, 1980.
- COMMISSION INDÉPENDANTE SUR LES PROBLÈMES DE DÉVELOPPEMENT INTERNATIONAL, *Nord-Sud. Un programme de survie. Rapport de la Commission indépendante sur les problèmes de développement international sous la présidence de Willy Brandt*, Paris, Gallimard, 1980.
- COMMISSION MONDIALE SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT, *Notre avenir à tous. La Commission mondiale sur l'environnement et le développement*, Québec, Les Éditions du Fleuve, 1988.
- COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Report on Terrorism and Human Rights*, Doc. off. OEA/Ser. L/V/II.116 Doc. 5, rev. 1 corr., 22 Octobre 2002.
- COMMISSION EUROPÉENNE, Directorate General, Joint research centre, *Biometrics at the frontiers : assessing the impact on society*, Technical report series, EUR21585EN, Bruxelles, 2005.
- COMMISSION MONDIALE SUR LES MIGRATIONS INTERNATIONALES, *Les migrations dans un monde interconnecté : nouvelles perspectives d'action*, Genève, octobre 2005.
- COMMITTEE FOR COORDINATION ON DISAPPEARANCES IN PUNJAB (CCDP), *Enforced Disappearances, Arbitrary Executions and Secret Cremations: Victim Testimony and India's Human Rights Obligations. Interim Report*, New Delhi, 1999.
- COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, SUB-COMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES, "Review of Further Developments in Fields with which the Sub-Commission has been or may be Concerned: Review of Issues not Previously the Subject of Studies but which the Sub-Commission has Decided to Examine", Preliminary Report on Terrorism and Human Rights, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1999/27, fifty-first session, 7 June 1999.
- COMMUNITY LEGAL EDUCATION OF ONTARIO, *Pre-removal risk assessment (PRRA), CLEO immigration and refugee fact sheet*, Toronto, CLEO, 2005.
- CONSEIL CANADIEN POUR LES REFUGIES, *Commentaires sur l'Entente sur les tiers-pays sûrs*, <http://www.web.net/~ccr/Tierspays.htm>.
- CONSEIL DE L'EUROPE, *Droit de l'homme en droit international*, Editions du Conseil de l'Europe, collection Documents européens, Bruxelles, 1992.
- CONSEIL DE L'EUROPE, « Une Europe sûre dans un monde meilleur », Stratégie européenne de sécurité, Bruxelles, 12 décembre 2003.
- COUNCIL OF EUROPE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Issue Paper commissioned and published by Thomas Hammarberg, Strasbourg, 4 february 2010 CommDH/IssuePaper, 2010.

- COUNCIL OF EUROPE, “The European Union firmly believes that only a peacefully negotiated settlement can ensure a lasting solution acceptable to all” (online: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/cfsp/89790.pdf).
- CRÉPEAU, François, “Dealing with migration: A test for democracies”, Lecture at the University of Winnipeg, October 20, 2009 (en ligne: http://www.trudeaufoundation.ca/sites/default/files/u5/pages_de_trudeaupapers_2010_-_text_from_fraicois_crepeau.pdf).
- CRÉPEAU, François, « Droit comparé de l'asile et du refuge - L'application diversifiée de la Convention de Genève de 1951 en Europe et ailleurs », dans Denis ALLAND (dir.), *Réfugiés et demandeurs d'asile*, Colloque de Caen 1996, Paris, Pedone, 1997.
- CRÉPEAU, François, « Migration et sécurité frontalière », dans Christian LEUPRECHT, Todd HATALEY et Kim RICHARD NOSSAL (dirs), *Evolution des menaces transnationales et sécurité frontalière : un nouveau programme de recherche*, Martello Paper Series, 2012, pp. 61-68.
- CRÉPEAU, François, HOLLAND, Leanne, « Le droit à l'avocat payé par l'État en droit international », Rapport sommaire pour le comité des droits de la personne du Barreau du Québec, le 13 janvier 1997.
- CRÉPEAU, François et HOULE, France, « Compétence et indépendance: Clefs de la crédibilité de tout processus de reconnaissance du statut de réfugié », Mémoire déposé auprès de la Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration lors des consultations sur le Rapport Trempe-Davis-Kunin, le 26 mars 1998, 32p.
- CRÉPEAU, François et HOULE, France, « La détention des demandeurs d'asile au point d'entrée - Mesure déraisonnable et inutile », Mémoire déposé auprès du Comité permanent de la Chambre des Communes sur la citoyenneté et l'immigration lors des audiences sur la détention et le renvoi suite au Rapport Trempe-Davis-Kunin, le 1^{er} avril 1998, 21p.
- CRISP, Jeff, “Beyond the nexus: UNHCR’s evolving perspective on refugee protection and international migration”, *UNHCR New Issues in Refugee Research*, Research Paper N° 155, Genève, avril 2008.
- Discours du 20 juin 2012 du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada, l'Honorable Jason Kenney, sur le besoin de renforcer les mesures de sécurité et de renvoi à l'égard des étrangers. (en ligne : <http://www.cic.gc.ca/english/department/media/speeches/2012/2012-06-20.asp>).
- Discours Rob JOHNSTON, sur la préparation des divers corps de sécurité en vue de l'arrivée du bateau MV Sun Sea (en ligne : <http://www.cbsa-asfc.gc.ca/media/jtf-aaf/sunsea-fra.html>).
- Discours ministre de la Sécurité Publique, le 25 juin 2012, sur la lutte au crime organisé et au trafic humain sur la prise en charge du bateau par la Gendarmerie Royale (en ligne : <http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/news/news-rlss/2012/20120625-eng.aspx>).
- Discours du président G. Guillaume intitulé « Multiplication des instances juridiques internationales : perspective pour l'ordre juridique international », proclamé devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies le 27 octobre 2000.
- Discours du 20 juin 2012 du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada, l'Honorable Jason Kenney, sur le besoin de renforcer les mesures de sécurité et de renvoi à l'égard des étrangers. Ce discours fut prononcé à l'occasion de l'annonce du dépôt du projet de loi C-43 sur

le renvoi accéléré des criminels étrangers (en ligne : <http://www.cic.gc.ca/english/departement/media/speeches/2012/2012-06-20.asp>).

DUFFY, Helen, « Responding to September 11 : The Framework of International Law. Part I-IV », Breifing Paper, INTERIGHTS, London, October 2001.

ECRE, *Sharing responsibility for refugee protection in Europe: Dublin reconsidered*, Bruxelles, March 2008.

EUROPEAN UNION COUNCIL, *Council Common Position 2005/847/CFSP updating Common Position 2001/931/CFSP on the application of specific measures to combat terrorism and repealing Common Position 2005/725/CFSP*, Official Journal of European Union, L 314/41, 30 November 2005.

EUROPEAN UNION COUNCIL, “Declaration by the Presidency on behalf of the European Union concerning listing of the LTTE as a terrorist organization”, P 078/06, Brussels, 31 May 2006.

FIELD, Ophelia et EDWARDS, Alice, *Alternatives to detention of asylum seekers and refugees*, Genève, UNHCR, Legal and protection policy research series, April 2006.

FORUM RÉFUGIÉS, *Le règlement Dublin : Principes et pratiques de la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile dans l'union européenne*, Les notes techniques de Forum Réfugiés, N° 1, Villeurbane, Octobre 2005.

GARLICK, Madeline, *Regional protection programmes.UNHCR's perspective*, Communication présentée au 6e Congrès européen des juristes spécialisés des questions de migration et d'asile « La dimension externe de la politique de migration et d'asile », Bruxelles, 4 avril 2009.

GIBNEY, Matthew et HANSEN, Randall, *Deportation and the liberal state : the forcible return of asylum-seekers and unlawful migrants in Canada, Germany and the United Kingdom*, Genève, New Issues in Refugee Research, UNHCR EPAU Working Paper 77, février 2003.

GIBNEY, Matthew J., *Outside the protection of the law. The situation of irregular migrants in Europe*, Oxford, RSC Working Paper, N° 6, The Jesuit Refugee Service Europe, 2000.

GILBERT, Goeff, *7.1 Current issues in the application of the exclusion clauses*, Background Paper for the UNHCR expert roundtable discussion on exclusion organized as part of the Global Consultations on International Protection in the context of the 50th anniversary of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, January 2002, pp. 425-478 (online : <http://www.refworld.org/pdfid/470a33ba0.pdf>).

GINN, Emma, *Outsourcing abuse. The use and misuse of state-sanctioned force during the detention and removal of asylum seekers*, London, Birnberg Peirce and partners, Medical Justice and the National Coalition of Anti-deportation Campaigns, 14 July 2008.

GRANVILL.CHAPMAN, Charlotte, SMITH, Ellie et MOLONEY, Neil, *Harm on removal: excessive force against failed asylum seekers*, Medical Foundation for the care of the victims of torture, London, 2004.

GOVERNMENT OF SRI LANKA, *Report of the Commission of Inquiry on lessons learnt and reconciliation*, Colombo, November 2011.

GOUVERNEMENT DU CANADA, ministère de la Sécurité publique, les Entités terroristes (en ligne : <http://www.securitepublique.gc.ca/cnt/ntnl-scrt/cntr-trrrsm/lstd-ntts/crnt-lstd-ntts-fra.aspx>).

- GOUVERNEMENT DU CANADA, Chambre des communes, *Débats de la Chambre des communes*, vol.II, 1^{ère} session, 20^{ème} législature, 22 octobre 1945, pp. 1368-1390.
- GOUVERNEMENT DU CANADA, Chambre des communes, Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *La citoyenneté canadienne : Un sentiment d'appartenance*, juin 1994.
- GOUVERNEMENT DU CANADA, Chambre des communes, Sous-comité sur les droits à l'égalité. *Cap sur l'égalité : Réponse au rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, 1986.
- GOUVERNEMENT DU CANADA, Chambre des communes, Sous-comité sur les droits à l'égalité, *Égalité pour tous : Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, 1985.
- GOUVERNEMENT DU CANADA, *Les artisans de notre patrimoine*, Publication gouvernementale, Ottawa, 2000.
- GOUVERNEMENT DU CANADA, *Au-delà des chiffres*, Rapport ministériel, Ottawa, 1998 et 2012.
- GOUVERNEMENT DU CANADA, Citizenship and Immigration Canada, *Annual Report to the Parliament on Immigration*, Ottawa, 2000-2012.
- GOUVERNEMENT DU CANADA, Citoyenneté et Immigration Canada, *Faits et chiffres : Aperçu de l'immigration – résidents permanents et résidents temporaires*, Ottawa, septembre 2011.
- GOVERNEMENT OF SRI LANKA, *Humanitarian operation – factual analysis, July 2006-May 2009*, Ministry of Defence, 1 August 2011.
- GRECHENIG, Kristoffel and Martin GELTER, The Transatlantic divergence in legal thoughts: “American law and economics vs. German doctrinalism”, Discussion paper no. 4, 2007, Harvard Law School Cambridge, MA 02138, 14 October 2010 (online : http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/gelter_14.pdf)
- HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES REFUGIES, *Les réfugiés dans le monde*, Paris, Autrement, 2000.
- HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, « Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés », Genève, 2008 (en ligne : <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ab379262>).
- HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Problèmes d'extradition concernant les réfugiés*, 16 octobre 1980, n° 17 (XXXI), 1980.
- HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, « The Interface Between Extradition and Asylum », by Sibylle Kapferer, November 2003, PPLA/2003/05 (online : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fe846da4.html>).
- HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, « Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés », HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003.
- HUMAN RIGHTS WATCH, *War of the displaced - Sri Lankan and LTTE abuses against civilians in the Vanni*, HRW Report, New York, 1-56432-443-5, February 2009.
- HCR, Asylum in the European Union. A study of the implementation of Qualification Directive, Genève, novembre 2007 (online : <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/47302b6c2.pdf>).

- HCR, *Asylum in the European Union. A study of the implementation of Qualification Directive*, Genève, novembre 2007 (online: <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/47302b6c2.pdf>).
- HCR, « Le rapport annuel de l'UNHCR sur la protection des réfugiés met en lumière des préoccupations sécuritaires », *Communiqué de presse*, Genève, 3 octobre 2007.
- HCR, Comité exécutif, Conclusion No.22 (XXXII) relative à la protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives, Genève, 24 avril 1981.
- HOME OFFICE, UKBA, *A strong new force at the border*, Londres, August 2008.
- HOME OFFICE, *The new asylum model*, Press release, Londres, 18 January 2006.
- HOUSE COMMITTEE ON FINANCIAL SERVICES, *Testimony of Daniel L. Glaser, Deputy Assistant Secretary (Terrorist Financing and Financial Crimes) from the U.S. Department of the Treasury*, before the Subcommittee on Oversight and Investigations, Washington D.C., 26 May 2010.
- HOUSE OF LORDS, Joint Committee on Human Rights, *The treatment of asylum seekers*, Tenth report of session 2006-2007, HL Paper-81 I, Londres, 22 March 2007.
- HOUSE OF LORDS, European Union Committee, *Behind Closed Doors: the meeting of the G6 Interior Ministers at Heiligendamm*, 40th Report of Session 2005-06, HL Paper 221, 19 July 2006.
- HUMAN RIGHTS WATCH, *Presumption of Guilt: Human Rights Abuses of Post-September 11 Detainees*, Human Rights Watch, Volume 14, No.4, August 2002.
- HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Mission to Sri Lanka (14 to 21 December 2007)*, Report of the representative of the secretary-general on the human rights of internally displaced persons, Walter KALIN, submitted in accordance with Resolution 6/32 of the HUMAN RIGHTS COUNCIL, A/HRC78767Add.4, 21 May 2008.
- HUMAN RIGHTS WATCH, *Funding the "Final War": LTTE intimidation and extortions in the Tamil Diaspora*, HRW report, Canada/United Kingdom, Vol. 18, No. 1(C), 14 March 2006 et sur la fin de la guerre voir INTERNATIONAL CRISIS GROUP, *The Sri Lankan Tamil diaspora after the LTTE*, Asia Report No. 186, 23 February 2010.
- HUMAN RIGHTS WATCH/PHYSICIANS FOR HUMAN RIGHTS, *Dead Silence: The Legacy of Abuses in Punjab*, New York, 1994.
- INTERNATIONAL CRISIS GROUP, *The Sri Lankan Tamil diaspora after the LTTE*, Asia Report No. 186, 23 February 2010, pp. 5-8.
- INTERNATIONAL HELSINKI FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS, *Anti-Terrorism Measures, Security and Human Rights. Developments in Europe, Central Asia and North America in the Aftermath of September 11*, April 2003 (en ligne : http://www.ihf.hr.org/documents/doc_summary.php?sec_id=3&d_id+390).
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR STRATEGIC STUDIES, *Sri Lanka's civil war*, Strategic comments, Vol. 14(3), April 2008.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Staff country report*, No. 06/447, Washington D.C., December 2006.

- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATIONS, *The International Migration Law Glossary on Migration*, Genève, 2004.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATIONS, *World Migration 2003, Managing Migration, Challenges and responses for people on the move*, vol.2, Geneva, International Organization for Migration, 2003.
- INTERNATIONAL RED CROSS, « Sri Lanka », ICRC Bulletin, No. 02/2009, March 17, 2009.
- KOSER, Khalid, *Irregular migration, state security and human security*, Geneva, Global Commission on International Migration, September 2005.
- KRUSE, Imke, *Creating Europe outside Europe: externalities of the EU migration regime*, Communication présentée à la Conférence European Consortium for Political Research, Panel 15-5 “Theories of Europeanisation”, Marburg, 31 August 2003.
- LIBRARY OF PARLIAMENT, *Canada’s immigration program*, Benjamin Dolin and Margaret Young, Parliamentary information and research service, Ottawa, BP-190-E, 2004.
- LIBRARY OF PARLIAMENT, *Canada’s immigration program*, Benjamin Dolin and Margaret Young, Parliamentary information and research service, Ottawa, BP-190-E, 2004.
- MACNAMARA, W.D. and FITZ-GERALD, Ann, « A national security framework for Canada », in Hugh SEGAL (ed), *Geopolitical integrity*, Montreal, The Institute for research on Public Policy, 2005, pp. 81-104.
- MANDEL, David R., « The role of instigators in radicalization to violent extremism », in Anne SPECKHARD (ed.), *Psychosocial, Organizational, and Cultural Aspects of Terrorism: Final Report to NATO HFMI40/RTO*, Brussels, NATO, pp. 2-1 to 2-10 .
- MANDEL, David R., « Affect and risk perception in the context of terrorism: Towards an understanding of its psychosocial aspects », in Anne SPECKHARD (ed.), *Psychosocial, Organizational, and Cultural Aspects of Terrorism: Final Report to NATO HFMI40/RTO*, Brussels, NATO , 2011, pp. 14-1 to 14.10.
- NATIONAL AUDIT OFFICE, “Management of asylum applications by the UK Border Agency”, London, 23 January 2009.
- NATIONAL COMMISSION ON TERRORIST ATTACKS UPON UNITED STATES, The 9/11 Commission Report, Washington DC, 20402-001, 22 July 2004 (online: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-911REPORT/pdf/GPO-911REPORT.pdf>)
- NEVE, Alex, “*Absolute Protection : No Matter Who, No Matter Why, Torture is Never Justified*”, allocution présentée à l’occasion du *United Nations International Day in Support of Victims of Torture*, 26 June 2003 (online: <http://64.233.167.104/search?q=cache:EatJ50azdLoJ:www.ccvr.org/alex.html+alex+neve+torture&hl=fr>).
- NIESSEN, Joseph and R.Z. DE BEIJ, « International Migration, Economic Development and Human Rights, Churches Commission for Migrants in Europe (CCME) », Briefing Paper, No. 18, Brussels, 1994
- NORWEGIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION, *Pawns of Peace, Evaluation of Norwegian peace efforts in Sri Lanka, 1997-2009*, Oslo, 21 September 2011.

- NORTH EAST SECRETARIAT ON HUMAN RIGHTS (NESOHR), *Statistics on civilians affected by war from 1974-2004*, Colombo, January 2006 (online: <http://nesohr.org/old/>).
- NORWEGIAN ORGANISATION FOR ASYLUM SEEKERS, NORWEGIAN HELSINKI COMMITTEE, GREEK HELSINKI MONITOR, *A gamble with the right to asylum in Europe, Greek asylum policy and the Dublin II Regulation*, Oslo, Athènes, 9 April 2008.
- NORWEGIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION, *Pawns of Peace, Evaluation of Norwegian peace efforts in Sri Lanka, 1997-2009*, Oslo, 21 September 2011.
- OFFICE FRANÇAIS DE PROTECTION DES RÉFUGIÉS ET APATRIDES, *Rapport de mission en République démocratique et socialiste de Sri Lanka du 13 au 27 mars 2011*, Paris, septembre 2011 (mission financée par le Fonds européen pour les réfugiés (en ligne : <http://www.reseau-asie.com/article/articles-en-ligne/divers/sri-lanka-ofpra-mission-2011/>).
- PLAUT, Gunther W., *Refugee determination in Canada : a report to the Honourable Flora MacDonald, minister of Employment and Immigration*, Ottawa, LAC Catalogue, 1985, 365p.
- REYNOLDS, Sile and MUGGERIDGE, Helen, *Remote controls: how the UK border controls are endangering the lives of refugees*, Londres, Refugee Council, décembre 2008.
- RIVERO, Jean, « Le domaine de la loi et du règlement. L'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958. Bilan et perspectives », dans Rapport de synthèse du colloque organisé par la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille les 2 et 3 décembre 1977, P.U.A.M., 1978 (repris dans *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, P.U.A.M. Economica, 1984.).
- SAUL, Ben, « Defining 'Terrorism? To protect human rights », in *Sydney Law School Legal Studies Research Paper*, no. 08-125 (2008).
- SECRETARY GENERAL OF UNITED NATIONS, « In larger freedom : Towards development, security and human rights for all », A/59/2005, 21 March 2005 (online : <http://www.un.org/largerfreedom/contents.htm>).
- SECRETARY-GENERAL OFFICE, *Report of the Secretary-General's panel of experts on accountability in Sri Lanka*, Marzuki DARUSMAN (Indonesia), Steven RATNER (United States) and Wasmin SOOKA (South Africa), submitted in accordance with the Joint Statement of the Secretary General and the President of Sri Lanka on June 22, 2010 (31 March 2011).
- SECURITE PUBLIQUE, *Sécurité publique et antiterrorisme*, Rapport final, Ottawa, Septembre 2003.
- STATISTIQUES CANADA, *Effectifs de la population des pays du G8 et autres pays sélectionnés, 2010 ou 2011*, Tableau 1, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2012 (en ligne : <http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa/98-310-x/2011001/tbl/tbl1-fra.cfm>).
- SUB-COMMISSION ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS, *Terrorism and Human Rights*, Final Report of the Special Rapporteur, Kalliopi K. KOUFA, submitted under agenda item 6(c) on Specific Human Rights issues: New Priorities, in Particular Terrorism and Counter Terrorism, GE.04-14677 (E) 160704 E/CN.4/Sub.2/2004/40, 25 June 2004.
- THE MACKENZIE INSTITUTE, "Funding Terror: The Liberation Tigers of Tamil Eelam and their Criminal Activities in Canada and the Western World", Mackenzie Briefing Notes, December, 1995 (on line : <http://pdf.edocr.com/3396e330692c0396edad12ebff090e8bc6b63d37.pdf>)

- THOMPSON, John C. and TURLEJ, Joe, *Other People's war : A review of overseas terrorism in Canada - A Mackenzie Institute occasional paper*, Toronto, DIANE publishing company, June 2003, 47p.
- THORNE, Kristina, *Terrorist designation in the European Union*, Background paper, June 2006.
- TREMBLAY, Luc B., « L'évolution du concept de droit depuis 30 ans: de l'empire du fait au discours normatif sur le juste et le bien », Essai et conférences des Éditions GGC, Chaire d'éthique appliquée, Université de Sherbrooke, 2003, No 21.
- TREMBLAY, Luc B., «La force normative du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle», Working Paper, Law Department, European University Institute, 2009.
- UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Prevention of discrimination. The rights of non-citizens*, Final report of the Special Rapporteur, David WEISSBRODT, submitted in accordance with Sub-Commission decision 2000/103, Commission resolution 2000/104 and Economic and Social Council decision 2000/283, U.N.Doc.E/CN.4/ Sub.2/2003/23 (2003), 26 May 2003.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *2012 UNHCR Country operations profile – Sri Lanka*, Geneva, 2012.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Commentary on the Refugee Convention 1951, Articles 2-11, 13-37* by Atle Grahl-Madsen, Division of International Protection, 1997 (online: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4785ee9d2.pdf>).
- UNITED NATIONS OF THE HIGH COMMISSION FOR REFUGEES, “Addressing Security Concerns Without Undermining Refugee Protection, UNHCR’s Perspective”, Position Paper, 29 November 2001.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Displacement, The New 21st Century Challenge*, Geneva, 19 June 2013 (online: <http://www.refworld.org/docid/51c169d84.html>).
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, *Human Development Report 1994*, New York, Oxford university Press, 1994.
- UNITED NATIONS, First Report on Working Group on Radicalisation and Extremism that lead to terrorism inventory of State programmes by the Counter-Terrorism Implementation Task Force, publié en 2010 (online : <http://www.youthpolicy.org/library/documents/first-report-of-the-working-group-on-radicalisation-and-extremism-that-lead-to-terrorism/>).
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *2012 UNHCR Country operations profile – Sri Lanka*, Geneva, 2012.
- U.S. CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *Sri Lanka: Background and U.S. Relations*, CRS Report for Congress, by Bruce VAUGHN, RL31707, 16 June 2011
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, “Leader of U.S. arm of Sri Lankan terrorist group arrested for providing material support to terrorists”, News release, Washington D.C., 25 April 2007.
- U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Report to Congress on Incidents during the recent conflict in Sri Lanka*, 2009 (unclassified), in virtue of the *Joint Explanatory Statement et du Supplemental Appropriations Act*, P.L. 111-32, 2009
- U.S. DEPARTMENT OF STATE, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, *2010 Human Rights Report: Sri Lanka*, Washington, 8 April 2011.

- U.S. GOUVERNMENT, *Political crisis in South Asia: Pakistan, Bangladesh, Sri Lanka and Nepal*, Hearing before the Subcommittee on the Middle East and South Asia of the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, First Session, Serial No. 110-132, 1st August 2007.
- USCRI, *World refugee survey, country updates*, 2012 (en ligne: <http://www.refugees.org/countryreports.aspx?id=2175>).
- U.S. DEPARTMENT OF STATE, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, *2010 Human Rights Report: Sri Lanka*, Washington, 8 April 2011.
- U.S. COMMISSION ON CIVIL RIGHTS, *Civil Rights Concerns in the Metropolitan Washington, D.C., Area in the Aftermath of the September 11, 2001*, State Advisory Committee Reports, Washington D.C., 2001.
- VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU CANADA, « Chapitre 25 – Citoyenneté et Immigration Canada et la Commission de l’immigration et du statut de réfugié – Le traitement des revendications du statut de réfugié », Serge Gaudet et Richard Flageole (vérificateur adjoint), Ottawa, décembre 1997 (en ligne : http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl_oag_199712_25_f_8111.html).
- WARK, Wesley, “National security and Human rights concerns in Canada : A survey of eight critical issues in the Post 9/11 environment”, Ottawa, Canadian Human Rights Commission, 2006, 53p.
- WOEHLING, José, « Le principe d’égalité, le système fédéral canadien et le caractère distinct du Québec » dans Pierre PATENAUDE (dir.), *Québec - Communauté française de Belgique : Autonomie et spécificité dans le cadre d’un système fédéral*, Actes du colloque tenu le 22 mai 1991, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991.
- WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Report of the World Commission on Environment and Development under the Chairmanship of Gro Harlem Brundtland*, Oxford, Oxford University Press, 1987.
- YANKOV, Alexander, « Strengthening the process of codification and development of international law : The evolving functions of the international law commission and increasing the commitments of States », in (s.n.) *International law as a language for international relations – proceedings of the United Nations Congress on Public International Law*, New York, Kluwer, 1996, pp. 230-240.

5.5 Mémoires et thèses

- ATAK, Idil, Les effets de l’eupéanisation de la lutte contre la migration irrégulière sur les droits humains des migrants, Thèse de doctorat, Université de Montréal, octobre 2009.
- FRAGON, Julien, *Le discours antiterroriste. La gestion politique du 11 septembre*, Lyon, Université Lumière Lyon 2, septembre 2009.
- GUNAWARDENA, Therese Suhashini, *Contesting Khalistan: the Sikh diaspora and the politics of separatism*, Doctoral Thesis, University of Texas at Austin, May 2001.
- JOANETTE-LAFLAMME, Andréane, *La puissance des faits qui sont tus : La Cour suprême du Canada et l’expulsion vers la torture*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, août 2009.
- MALETTE, Sébastien, La « gouvernementalité » chez Michel Foucault, Mémoire de maîtrise, Université du Québec à Laval, octobre 2006.

NANTET, Benjamin, *La promotion de l'identité canadienne en Afrique subsaharienne*, Mémoire de maîtrise en Science Politique, UQAM, Montréal, Octobre 2008.

TIEMAN, James, *Whither refugee protection? The asylum debate, the advent of interest in "root causes", and their repercussion on the refugee regime*, Master Thesis, Osgoode Hall Law School, July 1999.

VALOIS, Martine, *Évolution du droit et de la fonction de juger dans la tradition occidentale. Une étude sociohistorique de l'indépendance judiciaire*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, octobre 2009.

5.6 Articles de journaux

"Canada suspects Tamil Tigers on board ship", *Sydney Morning Herald*, 14 August 2010.

"Foreign reactions to Sri Lanka assassination", *BBC News*, 13 August 2005.

"Home office is working on alternatives to detention of asylum seekers", *Migration News Sheet*, April 2006.

« La Commission propose la création d'un bureau européen d'appui en matière d'asile », Communiqué de presse, *Europa*, Bruxelles, 18 février 2009.

« Nicolas Sarkozy annonce 24 000 reconduites à la frontière en 2006 », *Le Monde*, 11 décembre 2006.

« Nicolas Sarkozy fixe un objectif de 25 000 immigrants en situation irrégulière expulsés en 2006 », *Le Monde avec AFP et Reuters*, 29 novembre 2005.

"No evidence on Kadirgamar suspects", *BBC Sinhala*, 1st February 2006.

"Sri Lanka: Country report", *The Economist Intelligence Unit*, CIA World Factbook and U.S. Commerce Department, May 2011.

"Sri Lankan army death revealed », *BBC News*, 22 May 2009.

"Sri Lanka enters truce with rebels", *BBC News*, 21 December 2001.

"Sri Lanka rejects UN War Crimes Report, calls it unofficial", *Reuters*, 26 avril 2011.

"Tigers deny killing minister", *BBC Sinhala*, 13 August 2005.

"The European Commission has taken action before the ECJ against 4 EU member states for failing to transpose Council Directive 2003/110/EC on assistance in cases of transit for the purposes of removal by air", *Migration News Sheet*, April 2007.

"Too many rejected asylum seekers remain and little likelihood that they will be expelled", *Migration News Sheet*, April 2006.

"Red Cross provides guidance to destitute rejected asylum seekers on how to survive" *Migration News Sheet*, Bruxelles, February 2006.

"UN ban on LTTE urged", *BBC Sinhala*, 26 April 2006.

« Vingt-deux centres de rétention administrative en France », *Le Monde*, 23 juin 2008.

AGENCE FRANCE-PRESSE, « Sri Lanka : Ottawa critique la destitution de la juge en chef », *Radio-Canada*, 14 janvier 2013.

AHMED, Rashmee Z., “Osama hand in glove with LTTE”, *The Times of India*, 22 September 2001.

ARENDR, Hannah, Reflections, “Truth and Politics”, *The New Yorker*, 25 February 1967.

ASLUND, Anders, « Klick Russia out of the G-8 », *Foreign Policy*, May 2012.

BAKER, Rochelle, « Abbotsford’s Gur Sikh Temple celebrates 100 years », *Abbotsford Times*, 13 December 2010.

BANDULAEHEWA, Gamage, “Tamil migrant ship M/V Sun Sea will arrive Canada by Aug 14th”, *Asian Tribune*, 4 August 2010.

BORST, Barbara, « Canada-Immigration : Tamil in Canada fight ‘terrorist’ label, *Inter Press Service*, Toronto, 12 December 1996.

BOSCO, David, « Three cheers for homogeneity », *Foreign Policy*, May 2012.

BREMMER, Ian, « Welcome to the new world disorder », *Foreign policy*, May 2012, 1-12.

BRONNER, Luc, « L’arrestation de sans-papiers se rendant à la préfecture est jugée illégale », *Le Monde*, 22 February 2007.

DAISLEY, B., “Charter doesn’t apply outside Canada, B.C.C.A. confirms in two decisions”, *The Lawyers Weekly*, Vancouver, 15 July 1994.

DAWAR, Anil, “Smith launches UK Border Agency”, *The Guardian*, 3 April 2008.

DUTTA, Sujana, “USA, India engaging with Sri Lanka amid growing China role”, *BBC News*, 11 March 2009.

FERENCZI, Thomas, « Des pays européens critiquent la régularisation de sans-papiers en Espagne », *Le Monde*, 8 February 2005.

GREY, Julius, « Nous regrettons ces lois sécuritaires! », *Le Devoir*, 11 septembre 2002.

GRONDIN, Normand « Matricule 728 : trois hommes dans l’attente », Radio-Canada, 18.12.2012 (en ligne: <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/societe/2012/12/18/005-matricule728-victimes-attente.shtml>).

HAVILAND, Charles, « Sri Lanka’s potential oil reserves spark global interest », *BBC News*, Colombo, 12 March 2012.

JAFFEY, J., “Alleged to be Iranian assassin, Ahani wins temporary reprieve despite Supreme Court ruling”, *The Lawyers Weekly*, n° 36, Toronto, 1st February 2001.

LARDNER, G.Jr., “U.S.asylum, refugee programs come to halt”, *Montreal Gazette*, 23 January 2003.

JAYADEVA UYANGODA AND SUNIL BASTIAN, “State responsiveness to public security needs: The politics of security decision-making, Sri Lanka Country Study”, dans *Conflict, Security and Development Group*, King’s College, London, No. 15, June 2008.

JONES, Sam, “£ 16,000 for illegally ousted asylum seekers”, *The Guardian*, 21 December 2006.

KAMEN, Al, “Will Terror Alert Level Show Its True Colors?”, *Washington Post*, 13 October 2004.

KASTURISINGHE, Channa, “LTTE ban: step towards law and order in regained areas”, *The Nation*, 11 January 2009.

- LAMBIN, Karine, « Mobilisation contre l'expulsion d'Afghans sans-papiers », *Le Monde*, 7 November 2008.
- LADDUWAHETTY, Ravi and Manjula FERNANDO, "Peace talk team for Thailand finalised : Government lifts LTTE proscription", *Daily News*, 5 September 2002.
- MACQUEEN, Ken and John GEDDES, « *Air India* : after 22 years, now's the time for truth », *Macleans*, Toronto, 28 May 2007.
- NATIONAL POST, « Toronto 18 », Special file (en ligne : <http://news.nationalpost.com/tag/toronto-18/>).
- NAUFAL, E., « Un trafiquant de stupéfiant ne peut se voir refuser le statut de réfugié », *Presse Juridique*, 6(16), Octobre 1998.
- OWEN, G., "Refugee claimants don't have right to counsel upon arrival in Canada. S.C.C.ruling confirms", *The Lawyers Weekly*, 16 April 1993.
- PATTANAİK, Smruti S., "A wake up call for Sri Lanka at the UNHCR", *Institute for Defence Studies and Analyses*, IDSA Comments, New Delhi, 9 April 2012.
- PERRY, Alex, "If this is called peace...", *Time Magazine*, 30 April 2006.
- RAJASINGHAM, K.T., "Sri Lanka: The untold story – Chapter 43: Aftermath of the Indian withdrawal", *Asia Times*, 8 June 2002.
- ROOTHAM, C., "Is Supreme Court 'going back to basics' in administrative law?", *The Lawyers Weekly*, 11 April 2003.
- SCHNEIER, Bruce, "Do terror alerts work?", October 2004 (online: <http://www.schneier.com/essay-059.html>).
- SHARMA, Vishakha, "IPKF should not have been sent to Sri Lanka", *Pune Mirror*, 24 April 2009.
- SAMARANAYAGE, Nilanthi, "The United States should strengthen ties with the smaller countries of South Asia", *Asia Pacific Bulletin*, no. 129, September 2011.
- SCHMITZ, C., "Supreme Court rulings set guidelines for deportation of suspected terrorists", *The Lawyers Weekly*, 25 January 2002.
- SCHMITZ, C., "Proposed new immigration law removes key safeguards: CBA", *The Lawyers Weekly*, 9 March 2001.
- SHEPHARD, Michelle, "Only 33% believe Khadr trial will be fair", *Toronto Star*, 25 April 2008.
- SHEPHARD, Michelle, "Canadians still split on Omar Khadr, poll shows", *Toronto Star*, 2 September 2009.
- SINGH BRAR, Jasmal, "Minorities and National Integration in India, a case study of the Sikh in the Punjab", *The Sikh Review*, Calcutta, March 1990.
- SULTANA, Gulbin, "UNHCR resolution on Sri Lanka : India's options", *Institute for Defence Studies and Analyses*, IDSA Comments, New Delhi, 19 March 2012.
- SULTANA, Gulbin, "The situation in Sri Lanka: An update", *Institute for Defence Studies and Analyses*, IDSA Issue Brief, New Delhi, 10 June 2011.
- SULTANA, Gulbin, "18th Amendment making a mockery of democracy in Sri Lanka", *Institute for Defence Studies and Analyses*, IDSA Comments, New Delhi, 7 October 2010.

- SULTANA, Gulbin, “Lessons Learnt and reconciliation Committee Report”, *Institute for Defence Studies and Analyses*, IDSA Issue Brief, New Delhi, 1 February 2012.
- SULTANA, Gulbin, “The continuing state of emergency in Sri Lanka”, dans *Institute for Defence Studies and Analyses*, IDSA Comments, New Delhi, 5 September 2011.
- TONELLO, Fabrizio, “Così negli USA è fallita la Tolleranza zero”, *Il Manifesto*, 31 Agosto 2007.
- VASTEL, Marie, « Résident permanent : un statut menacé? », *Le Devoir*, 27 février 2012.
- WACQUANT, Loïc, « Penal ‘common sense’ comes to Europe – US exports zero tolerance », *Le Monde Diplomatique*, Avril 1999.
- WACQUANT, Loïc, « Sur quelques contes sécuritaires venus d’Amérique – Les impasses d’un modèle répressif », *Le Monde Diplomatique*, Mai 2002.
- ZABIHIYAN, Bahador, « Manifestation contre l’incarcération des étrangers en situation irrégulière à Laval », *LeDevoir*, 12 août 2013.

Annexe A: Canada - Entrées totales de demandeurs d'asile selon les principaux pays d'origine

Nombre										
Pays d'origine*	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Hongrie	56	43	21	27	23	299	2 508	2 329	4 438	1 847
Chine	1 798	1 968	1 694	1 589	1 439	1 661	1 556	1 616	1 874	1 735
Croatie	16	13	19	10	16	13	56	200	477	885
Pakistan	4 226	904	644	615	354	391	427	529	888	866
Corée	--	0	--	25	107	30	42	173	383	719
Nigéria	639	558	581	674	743	771	783	873	700	713
Colombie	2 142	3 924	1 184	1 420	2 742	3 317	2 456	1 448	931	704
Inde	1 121	1 098	827	768	552	550	490	526	631	683
Slovaquie	37	17	8	--	6	65	336	262	318	439
Somalie	347	417	282	209	242	513	547	446	435	435
Sri Lanka	1 239	1 132	854	862	779	1 012	826	1 172	632	414
Haïti	197	174	377	756	3 698	4 908	1 595	1 113	532	413
Salvador	199	185	175	270	335	660	564	562	470	375
Saint-Vincent-et-les-Grenadines	400	307	407	368	348	494	654	707	671	337
Mexique	2 611	2 802	3 443	4 945	7 226	9 528	7 604	1 220	677	327
États-Unis	347	261	258	417	1 027	935	473	359	330	244
Israël	541	426	280	492	384	331	338	201	173	189
Banladesh	708	321	175	121	80	99	118	124	119	125
Pérou	554	547	187	164	168	215	145	107	107	94
Zimbabwe	58	90	685	581	226	379	222	51	42	57
Namibie	--	16	--	9	13	11	29	310	847	44
Guyane	636	281	236	276	118	128	94	62	49	36
République Tchèque	22	15	10	--	100	847	2 101	32	27	27
Costa Rica	1 830	680	78	48	24	27	38	25	14	7
Dix principaux pays d'origine	16 950	14 039	10 696	12 702	18 944	24 189	20 647	11 569	12 289	9 026
Autres pays	14 827	11 407	8 970	10 152	9 450	12 579	12 417	11 496	13 007	11 435
Total	31 777	25 446	19 666	22 854	28 394	36 768	33 064	23 065	25 296	20 461

* Pour les demandeurs d'asile, le pays d'origine est le principal pays où l'intéressé aurait été persécuté

Source : CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Canada Faits et Chiffres 2012, Aperçu de l'immigration, résidents permanents et temporaires*, Ottawa, 2012, disponible à l'adresse URL suivante :

<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/statistiques/faits2012/temporaires/25.asp> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

Annexe B: Taux d'acceptation - Programme d'ERAR (2002-2006)

Année	Nombre total de décisions	Décisions favorables	Décisions défavorables	Pourcentage d'acceptation
2002*	1 890	53	1 837	2,8
2003	6 367	207	6 160	3,3
2004	7 160	197	6 963	2,8
2005	6 797	185	6 612	2,7
2006	8 376	174	8 202	2,1
Total	30 590 **	816	29 774	2,7

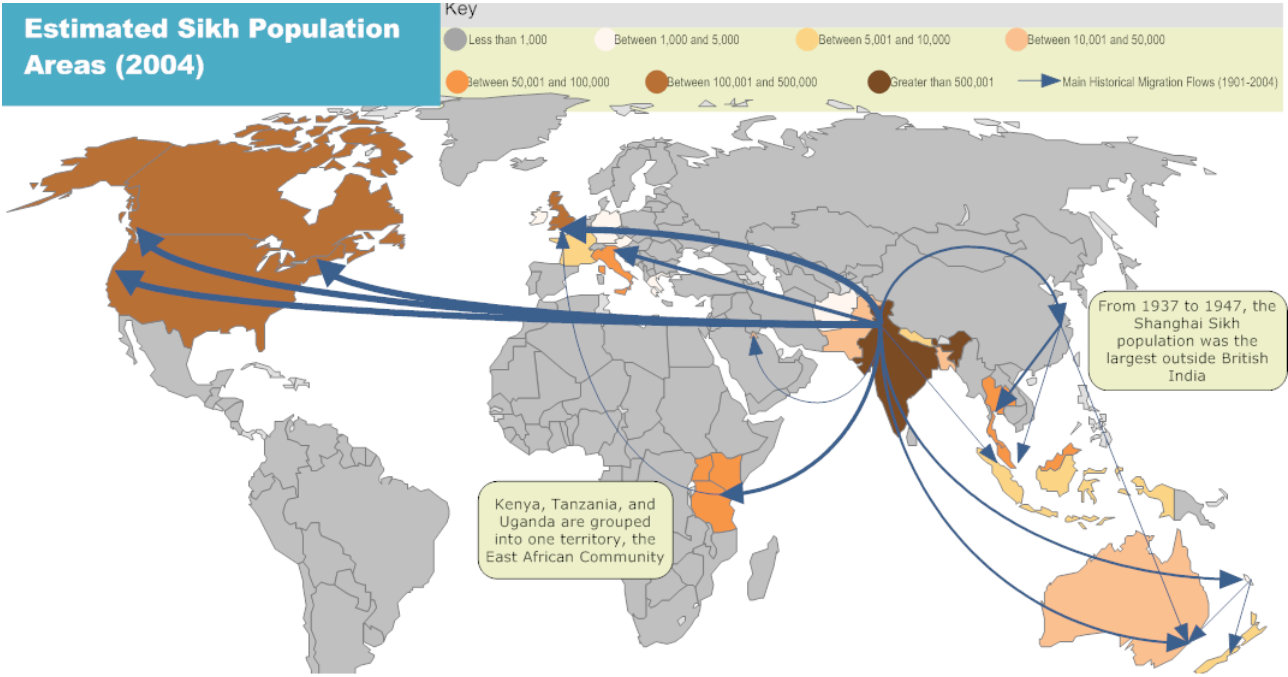
* Les données de 2002 portent sur environ six mois.

** Ce nombre exclut les cas réglés qui n'ont pas fait l'objet d'une décision, c.-à-d. les renoncations et les désistements.

Source : CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Évaluation formative du Programme d'examen des risques avant renvoi*, Ottawa, février 2008, disponible à l'adresse URL suivante :

<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/evaluation/pera/index.asp> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

Annexe C: Diaspora map of estimated Sikh population around the world (2004)



Source : Todd M. JOHNSON and David B. BARRETT, “Global adherents of the world’s 18 major distinct religions, AD 1900–2025”, in *Quantifying alternate futures of religion and religions*, London, Published by Elsevier Ltd, 2004, Table 1.

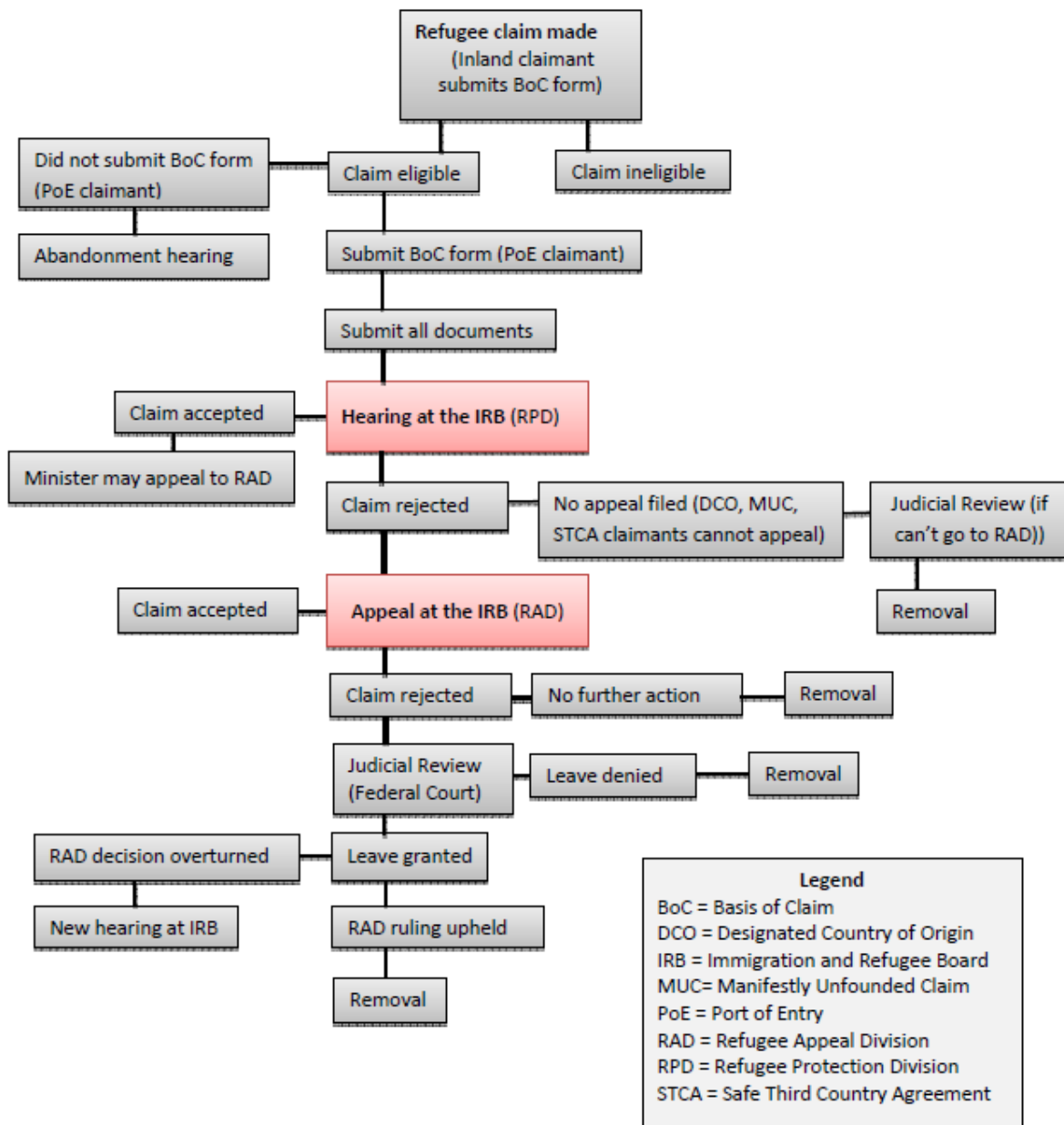
Annexe D: Canadian refugee claim process after Refugee Reform (dec. 2012)

CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS



CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES

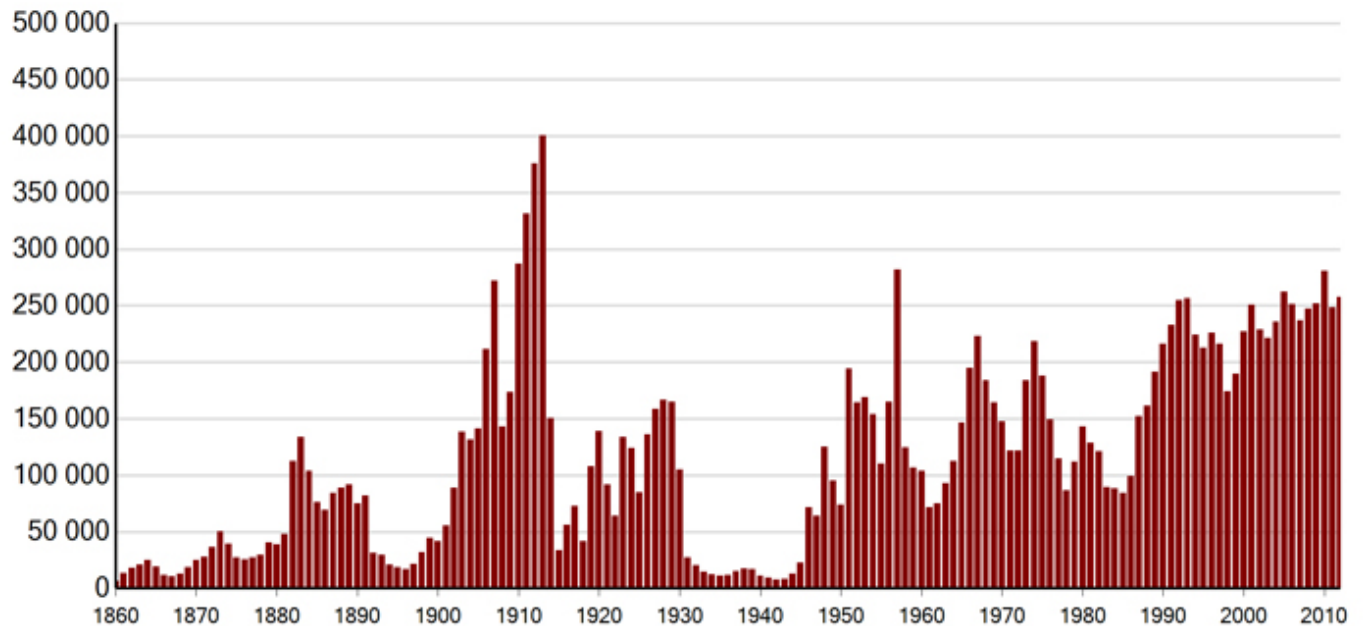
Canadian Refugee Claim Process (after Refugee Reform, 15 December 2012)



December 2012

Annexe E: Résidents permanents au Canada entre 1860 et 2010

Canada – Résidents permanents, 1860-2010



Évènements marquants

- De 1896 à 1905 : le peuplement de l'Ouest par l'attribution de terres gratuites a pour effet d'attirer un grand nombre d'immigrants du Royaume-Uni, d'Europe et des États-Unis
- 1906 : *Loi sur l'immigration*
- 1910 : *Loi sur l'immigration*
- 1913 : 400 000 immigrants arrivent au Canada
- De 1914 à 1918 : chute de l'immigration durant la Première Guerre mondiale
- 1928 : ouverture du Pier 21 (quai 21) d'Halifax, la porte d'entrée au Canada du côté de l'Atlantique
- Années 1930 : niveaux d'immigration extrêmement faible durant la Dépression
- Années 1940 : durant et après la Deuxième Guerre mondiale, quelque 48 000 épouses de guerre et leurs 22 000 enfants arrivent au Canada
- Années 1950 : le Canada reçoit environ 1 5 million d'immigrants d'Europe
- 1952 : *Loi sur l'immigration*
- 1956 et 1957 : le Canada accepte 37 500 réfugiés hongrois
- 1962 : de nouvelles dispositions réglementaires sur l'immigration sont déposées afin d'éliminer toute discrimination fondée sur la race, la religion et l'origine nationale
- 1967 : le gouvernement modifie la politique d'immigration du Canada et introduit le système de points pour sélectionner les travailleurs qualifiés et les gens d'affaires
- 1968 et 1969 : le Canada accueille 11 000 réfugiés tchèques
- 1972 : le Canada rétablit plus de 6 175 Ougandais d'origine asiatique
- 1973 : le Canada accepte plus de 6 000 Chiliens
- De 1975 à 1978 : le Canada rétablit près de 9 000 Indochinois
- 1978 : la *Loi sur l'immigration* (1976) entre en vigueur le 10 avril 1978
- 1979 et 1980 : 60 000 vietnamiens, cambodgiens et laotiens arrivent au Canada
- 1999 : le Canada accepte plus de 7 000 Kosovars

- 2002 : la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) entre en vigueur le 28 juin 2002
- 2008 : Les instructions ministérielles changent le processus de sélection des immigrants économiques selon la LIPR.
- 2008 : La catégorie de l'expérience canadienne (CEC) facilite l'accès à la résidence permanente pour les personnes qui ont acquis une expérience de travail récente au Canada ou qui ont gradué et récemment travaillé au Canada.

Canada – Résidents permanents en pourcentage de la population canadienne, 1860-2010



Source : CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Canada Faits et Chiffres 2012, Aperçu de l'immigration, résidents permanents et temporaires*, Ottawa, 2012, disponible à l'adresse URL suivante :

<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/statistiques/faits2012/temporaires/25.asp> (dernière consultation, le 16 septembre 2013).

Annexe F: Key timelines in the new refugee system (dec. 2012)

