

2020 FC 770
IMM-2977-17

2020 CF 770
IMM-2977-17

The Canadian Council for Refugees, Amnesty International, The Canadian Council of Churches, ABC, DE [by her litigation guardian ABC], FG [by her litigation guardian ABC] (*Applicants*)

Le Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie internationale, le Conseil canadien des églises, ABC, DE [représentée par son tuteur à l'instance ABC], FG [représentée par son tuteur à l'instance ABC] (*demandeurs*)

v.

c.

The Minister of Immigration, Refugees and Citizenship and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondents*)

Le ministre de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeurs*)

IMM-2229-17

IMM-2229-17

Nedira Jemal Mustefa (*Applicant*)

Nedira Jemal Mustefa (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Immigration, Refugees and Citizenship and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondents*)

Le ministre de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeurs*)

IMM-775-17

IMM-775-17

Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs, Reda Yassin Al Nahass (*Applicants*)

Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs, Reda Yassin Al Nahass (*demandeurs*)

v.

c.

The Minister of Immigration, Refugees and Citizenship and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondents*)

Le ministre de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeurs*)

INDEXED AS: CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES v. CANADA (IMMIGRATION, REFUGEES AND CITIZENSHIP)

RÉPERTORIÉ : CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS c. CANADA (IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ)

Federal Court, McDonald J.—Toronto, November 4–8, 2019; Ottawa, July 22, 2020.

Cour fédérale, juge McDonald—Toronto, 4 au 8 novembre 2019; Ottawa, 22 juillet 2020.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Consolidated judicial reviews of decisions finding applicants ineligible to make refugee claims in Canada by operation

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Demandes de contrôle judiciaire réunies de décisions selon lesquelles les demandes d'asile des demandeurs au Canada

of Safe Third Country Agreement (STCA) — Applicants arriving at Canada land port of entry from U.S. — One applicant returned to U.S., immediately imprisoned — Applicants seeking, inter alia, declarations that Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 159.3 ultra vires; that s. 159.3 inconsistent with Canada's international obligations under United Nations Convention Relating to the Status of Refugees (Refugee Convention), Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment (Convention Against Torture); that Regulations, s. 159.3, Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 101(1)(e) of no force or effect pursuant to Constitution Act, 1982, s. 52 because they violate Charter, ss. 7, 15 — Applicants arguing, inter alia, U.S. not safe third country, factors in Act, s. 102(2),(3) not met — As to Charter, arguing there is causal connection between Canada's adherence to STCA, deprivation of Charter, s. 7 rights — Meaningful analysis of U.S. compliance with Refugee Convention, human rights standards lacking — Whether Regulations, s. 159.3 ultra vires of Act — Whether STCA infringing Charter, ss. 7, 15 — Regulations, s. 159.3 not ultra vires Act — That issue determined by Federal Court of Appeal in Canadian Council for Refugees v. Canada — Court in Canadian Council for Refugees holding that vires of Regulations not to be assessed on basis of facts, events or developments arising after promulgation thereof (i.e. December 29, 2004) — Canadian Council for Refugees binding on vires issue herein — Applicants not meeting threshold to revisit binding nature of that decision — With respect to Charter issues, provisions enacting STCA infringing Charter, s. 7 — Actions of Canadian officials in returning ineligible STCA claimants to U.S. officials facilitating process resulting in detention — Limitation on liberty, security of the person not in accordance with principles of fundamental justice — STCA overbroad, effects of ineligibility finding thereunder disproportionate — Charter s. 7 infringement not justified under Charter s. 1 — No need to address Charter, s. 15 challenge — Questions certified — Applications allowed.

étaient irrecevables aux termes de l'Entente sur les tiers pays sûrs (ETPS) — Les demandeurs sont arrivés à un point d'entrée terrestre canadien en provenance des États-Unis — Une demanderesse a été renvoyée aux États-Unis où elle a été immédiatement emprisonnée — Les demandeurs ont demandé notamment des déclarations selon lesquelles l'art. 159.3 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (Règlement) est ultra vires et selon lesquelles l'art. 159.3 est incompatible avec les obligations internationales du Canada aux termes de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (Convention sur les réfugiés) et de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Convention contre la torture); des déclarations selon lesquelles l'art. 159.3 du Règlement et l'art. 101(1)e de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (Loi) sont inopérants en application de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, car ils violent les art. 7 et 15 de la Charte — Les demandeurs ont fait valoir notamment que les États-Unis ne sont pas un tiers pays sûr; que les facteurs énoncés aux art. 102(2) et (3) de la Loi n'ont pas été remplis — En ce qui concerne la Charte, ils ont soutenu qu'il existe un lien de causalité entre l'adhésion du Canada à l'ETPS et la violation des droits garantis par l'art. 7 de la Charte — Il y a eu un manque d'analyse significative quant au respect par les États-Unis de la Convention sur les réfugiés et des normes internationales en matière de droits de la personne — Il s'agissait de savoir si l'art. 159.3 du Règlement est ultra vires de la Loi — Il s'agissait de savoir si l'ETPS viole les art. 7 et 15 de la Charte — L'art. 159.3 du Règlement n'est pas ultra vires de la Loi — Cette question a été tranchée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada — La Cour dans l'affaire Conseil canadien pour les réfugiés a déclaré que la légalité du Règlement ne pouvait pas être évaluée sur la foi de faits survenus après la date de la prise du Règlement (le 29 décembre 2004) — La Cour en l'espèce était liée par l'arrêt Conseil canadien pour les réfugiés sur la question de la légalité — Les demandeurs n'ont pas satisfait au critère nécessaire au réexamen du caractère obligatoire de cette décision — En ce qui concerne les questions touchant la Charte, les dispositions édictant l'ETPS violent les droits garantis par l'art. 7 de la Charte — Les actes des fonctionnaires canadiens, à savoir le renvoi des demandeurs dont la demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'ETPS aux autorités américaines, participent à un processus qui mène à la détention — La restriction de la liberté et de la sécurité de la personne n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale — L'ETPS a une portée excessive, et l'effet de ne pas pouvoir présenter de demande d'asile au titre de l'ETPS est disproportionné — La violation des droits garantis par l'art. 7 de la Charte n'était pas justifiée sous le régime de l'article premier de la Charte — Il n'était pas nécessaire de répondre à la contestation fondée sur l'art. 15 de la Charte — Des questions ont été certifiées — Demandes accueillies.

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Applicants found to be ineligible to make refugee claims by operation of Safe Third Country Agreement (STCA) — One applicant returned to U.S., immediately imprisoned — Applicants seeking, inter alia, declarations that Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 159.3, Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 101(1)(e) of no force or effect pursuant to Constitution Act, 1982, s. 52 because they violate Charter, ss. 7, 15 — Arguing causal connection existing between Canada’s adherence to STCA, deprivation of Charter, s. 7 rights — Whether STCA infringing Charter, ss. 7, 15 — Provisions enacting STCA infringing guarantees in Charter, s. 7 — Issue in relation to s. 7 whether, in returning ineligible STCA claimants to U.S. authorities where they will be imprisoned, sufficient causal connection existing so as to engage liberty, security of person interests — Fact that STCA returnees imprisoned by U.S. authorities not immunizing actions of Canadian officials from consideration — Canada not “passive participant” — Actions of Canadian officials facilitating process that results in detention — Applicant Nedira Jemal Mustefa’s imprisonment illustration of limitation on liberty flowing directly from finding of ineligibility under Act, s. 101(1)(e) — This sufficient to establish that s. 7 liberty rights engaged — Rights of refugee claimants more than minimally impaired by STCA, deleterious effects not proportional to salutary effects — STCA legislation overbroad — Applicants here having had no consideration of their risks or substance of their refugee claim — Risks of detention, loss of security grossly disproportional to administrative benefits of STCA — Impact of being found ineligible under STCA grossly disproportionate, out of sync with objective of legislation — Penalization of simple act of making refugee claim not in keeping with spirit or intention of STCA — S. 7 infringement not justified under Charter, s. 1 — In light of these conclusions, no need to address Charter, s. 15 challenge.

These were consolidated applications for judicial review of decisions finding the applicants were ineligible to make refugee claims in Canada by operation of the Safe Third Country Agreement (STCA).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Les demandes d’asile des demandeurs ont été jugées irrecevables aux termes de l’Entente sur les tiers pays sûrs (ETPS) — Une demanderesse a été renvoyée aux États-Unis où elle a été immédiatement emprisonnée — Les demandeurs ont demandé notamment des déclarations selon lesquelles l’art. 159.3 du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés (Règlement) et l’art. 101(1)e de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (Loi) sont inopérants en application de l’art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, car ils violent les art. 7 et 15 de la Charte — Ils ont soutenu qu’il existe un lien de causalité entre l’adhésion du Canada à l’ETPS et la violation des droits garantis par l’art. 7 de la Charte — Il s’agissait de savoir si l’ETPS viole les art. 7 et 15 de la Charte — Les dispositions édictant l’ETPS violent les droits garantis par l’art. 7 de la Charte — La question qui se posait en relation avec l’art. 7 était de savoir si le renvoi des demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS aux États-Unis, où ils seront emprisonnés, constitue un lien de causalité suffisant pour mettre en jeu le droit à la liberté et à la sécurité de la personne — Le fait que les rapatriés au titre de l’ETPS sont emprisonnés par les autorités américaines ne libère pas les actes des fonctionnaires canadiens de toute considération — Le Canada n’est pas un « acteur passif » — Les actes des fonctionnaires canadiens participent à un processus qui mène à la détention — L’emprisonnement de la demanderesse Jemal Mustefa illustre l’atteinte à la liberté qui découle directement d’un constat d’irrecevabilité au titre de l’art. 101(1)e de la Loi — Cela était suffisant pour établir que le droit à la liberté garanti par l’art. 7 est en jeu — L’atteinte aux droits des demandeurs d’asile par l’ETPS était plus que minimale et les effets préjudiciables n’étaient pas proportionnels aux effets bénéfiques — L’ETPS a une portée excessive — En l’espèce, les demandeurs n’ont fait l’objet d’aucune évaluation de leurs risques ou du bien-fondé de leur demande d’asile — Les risques de détention et d’atteinte à la sécurité de la personne sont totalement disproportionnés par rapport aux avantages administratifs de l’ETPS — L’effet de ne pas pouvoir présenter de demande d’asile au titre de l’ETPS est totalement disproportionné et sans rapport aucun avec l’objectif de la loi — L’imposition d’une sanction pour le simple fait d’avoir demandé le statut de réfugié n’est pas conforme à l’esprit ou à l’intention de l’ETPS — La violation des droits garantis par l’art. 7 de la Charte n’était pas justifiée sous le régime de l’article premier de la Charte — Étant donné cette conclusion, il n’était pas nécessaire de répondre à la contestation fondée sur l’art. 15 de la Charte.

Il s’agissait de demandes de contrôle judiciaire réunies de décisions selon lesquelles les demandes d’asile des demandeurs au Canada étaient irrecevables aux termes de l’Entente sur les tiers pays sûrs (ETPS).

The applicants, citizens of El Salvador, Ethiopia and Syria, arrived at a Canada land port of entry from the U.S. Their refugee claims were related to gang violence and gender-based persecution. They argued, *inter alia*, that the Canadian government failed in its duty to review the ongoing designation of the U.S. as a “safe third country” as required by subsections 102(2) and 102(3) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act). One applicant, Nedira Jemal Mustefa, was returned to the U.S. where she was immediately imprisoned. The applicants also argued that the legislation implementing the STCA is contrary to sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). The applicants sought an order that their claims for refugee protection be found eligible and referred to the Refugee Protection Division for determination; a declaration that section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations) is *ultra vires* or otherwise unlawful, a declaration that section 159.3 of the Regulations is inconsistent with Canada’s international obligations under the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Refugee Convention) and the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment* (Convention Against Torture); and declarations that both section 159.3 of the Regulations and paragraph 101(1)(e) of the Act are of no force or effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, because they violate section 7 and subsection 15(1) of the Charter. The applicants argued, *inter alia*, that the ongoing designation of the U.S. as a safe third country is inconsistent with the statutory purpose and the statutory grant of power. According to the applicants, based on the evidence of violations by the U.S. of the Refugee Convention, the U.S. is not a safe third country. They submitted that the factors outlined in subsections 102(2) and (3) of the Act are conditions precedent that have not been met. They also argued that there was a lack of meaningful analysis of the U.S. compliance with the Refugee Convention and international human rights standards. As to their Charter arguments, the applicants argued, *inter alia*, that there is a causal connection between Canada’s adherence to the STCA and the deprivation of section 7 Charter rights because failed STCA applicants are imprisoned upon their return to the U.S.

The main issues were whether section 159.3 of the Regulations is *ultra vires* of the Act, and whether the STCA infringes sections 7 and 15 of the Charter.

Held, the applications should be allowed.

Les demandeurs, qui sont des citoyens du Salvador, de l’Éthiopie et de la Syrie, sont arrivés à un point d’entrée terrestre canadien en provenance des États-Unis. Leurs demandes d’asile étaient liées à la violence des gangs et à la persécution sexospécifique. Ils ont fait valoir, notamment, que le gouvernement canadien a manqué à son obligation de revoir la désignation actuelle des États-Unis en tant que « tiers pays sûr », comme l’exigent les paragraphes 102(2) et (3) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (Loi). Une demanderesse, Nedira Jemal Mustefa, a été renvoyée aux États-Unis où elle a été immédiatement emprisonnée. Les demandeurs ont fait valoir également que les dispositions législatives mettant en œuvre l’ETPS vont à l’encontre des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte). Les demandeurs ont demandé une ordonnance annulant l’irrecevabilité de leurs demandes d’asile et renvoyant les demandes à la Section de la protection des réfugiés pour nouvelle décision; une déclaration selon laquelle l’article 159.3 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (Règlement) est *ultra vires* ou par ailleurs illégal, une déclaration selon laquelle l’article 159.3 du Règlement est incompatible avec les obligations internationales du Canada aux termes de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (Convention sur les réfugiés) et de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (Convention contre la torture); et des déclarations selon lesquelles l’article 159.3 du Règlement et l’alinéa 101(1)(e) de la Loi sont inopérants en application de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car ils violent l’article 7 et le paragraphe 15(1) de la Charte. Les demandeurs ont fait valoir notamment que la désignation actuelle des États-Unis comme tiers pays sûr est incompatible avec l’objet de la loi habilitante et les pouvoirs conférés par celle-ci. Selon les demandeurs, à la lumière des preuves de violations de la Convention sur les réfugiés par les États-Unis, ce pays n’est pas un tiers pays sûr. Ils ont allégué que les facteurs énoncés aux paragraphes 102(2) et (3) de la Loi sont des conditions préalables qui n’ont pas été remplies. Ils ont fait valoir également qu’il y a eu un manque d’analyse significative quant au respect par les États-Unis de la Convention sur les réfugiés et des normes internationales en matière de droits de la personne. En ce qui concerne leurs arguments fondés sur la Charte, les demandeurs ont soutenu notamment qu’il existe un lien de causalité entre l’adhésion du Canada à l’ETPS et la violation des droits garantis par l’article 7, car les demandeurs d’asile dont la demande a été jugée irrecevable en vertu de l’ETPS sont emprisonnés à leur retour aux États-Unis.

Il s’agissait principalement de savoir si l’article 159.3 du Règlement est *ultra vires* de la Loi et si l’ETPS viole les articles 7 et 15 de la Charte.

Jugement : les demandes doivent être accueillies.

Section 159.3 of the Regulations is not *ultra vires* of the Act. That issue was determined in *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136 (*CCR 2008*). In that decision, the Federal Court of Appeal stated that “[a]n attack aimed at the *vires* of a regulation involves the narrow question of whether the conditions precedent set out by Parliament for the exercise of the delegated authority are present at the time of the promulgation” and that “the *vires* of the Regulations could not be assessed on the basis of facts, events or developments that are subsequent to the date of the promulgation [i.e. December 29, 2004]”. Considering these clear statements, *CCR 2008* was binding herein on the *vires* issue. The applicants did not meet the threshold to revisit that decision.

The provisions enacting the STCA infringe the guarantees in section 7 of the Charter. The issue in relation to section 7 was whether, in returning ineligible STCA claimants to U.S. authorities where they will be imprisoned, there is a sufficient causal connection so as to engage liberty and security of the person interests. A sufficient causal connection is one in which “Canada’s participation is a necessary precondition” to the deprivation and “where the deprivation is an entirely foreseeable consequence of Canada’s participation”. Accordingly, the fact that STCA returnees are imprisoned by U.S. authorities does not immunize the actions of Canadian officials from consideration. Canada Border Services Agency officials are involved in the physical handing over of claimants to U.S. officials. This conduct does not make Canada a “passive participant” and it provides a “sufficient connection” to the offending conduct. The actions of Canadian officials in returning ineligible STCA claimants to U.S. officials facilitate a process that results in detention. The applicant’s imprisonment was a clear illustration of the limitation on liberty flowing directly from a finding of ineligibility under paragraph 101(1)(e) of the Act. Ineligible STCA claimants are returned to the U.S. by Canadian officials where they are immediately and automatically imprisoned by U.S. authorities. This was sufficient to establish that section 7 liberty rights are engaged. The evidence established that the conditions faced by those detained engaged the security of the person interest under section 7 of the Charter. The limitation on liberty and security of the person within the meaning of section 7 was not in accordance with the principles of fundamental justice. The rights of refugee claimants were more than minimally impaired by the STCA and the deleterious effects (detention and threats to security of the person) were not proportional to the salutary effects (administrative efficiency). The legislative objective of the STCA is the sharing of responsibility for the consideration of refugee claims with countries that are signatory to and comply with the relevant articles of the Conventions and have an acceptable human rights record. The legislative objective of “sharing of responsibility” provides the framework for considering whether the legislation is overbroad and disproportionate.

L’article 159.3 du Règlement n’est pas *ultra vires* de la Loi. Cette question a été tranchée dans l’affaire *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136 (*CCR 2008*). Dans cette décision, la Cour d’appel fédérale a déclaré que « [l]a contestation de la légalité d’un règlement soulève la question précise de savoir si les conditions préalables à l’exercice du pouvoir délégué qui ont été énoncées par le législateur existent au moment où le règlement est pris » et que « la légalité du Règlement ne pouvait pas être évaluée sur la foi de faits survenus après la date de la prise du Règlement [le 29 décembre 2004] ». Compte tenu des observations claires, la Cour en l’espèce était liée par l’arrêt *CCR 2008* sur la question de la légalité. Les demandeurs n’ont pas satisfait au critère nécessaire au réexamen de cette décision.

Les dispositions édictant l’ETPS violent les droits garantis par l’article 7 de la Charte. La question qui se posait en relation avec l’article 7 était de savoir si le renvoi des demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS aux États-Unis, où ils seront emprisonnés par les autorités américaines, constitue un lien de causalité suffisant pour mettre en jeu le droit à la liberté et à la sécurité de la personne. Un lien causal suffisant est un lien dans lequel « la participation du Canada est un préalable nécessaire » à l’atteinte et « où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne ». Par conséquent, le fait que les rapatriés au titre de l’ETPS soient emprisonnés par les autorités américaines ne libère pas les actes des fonctionnaires canadiens de toute considération. Les agents de l’ASFC participent au retour physique des demandeurs entre les mains des autorités américaines. Ce comportement ne fait pas du Canada un « acteur passif » et fait en sorte qu’il existe un « lien suffisant » avec les actes répréhensibles. Les actes des fonctionnaires canadiens, à savoir le renvoi des demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS aux autorités américaines, participent à un processus qui mène à la détention. L’emprisonnement du demandeur illustre bien l’atteinte à la liberté qui découle directement d’un constat d’irrecevabilité au titre de l’alinéa 101(1)e) de la Loi. Les demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS sont renvoyés aux États-Unis par les fonctionnaires canadiens où ils sont immédiatement et automatiquement emprisonnés par les autorités américaines. Cela était suffisant pour établir que le droit à la liberté garanti par l’article 7 est en jeu. Les éléments de preuve établissaient que les conditions auxquelles sont confrontées les personnes détenues mettaient en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti par l’article 7 de la Charte. La restriction de la liberté et de la sécurité de la personne au sens de l’article 7 n’était pas conforme aux principes de justice fondamentale. L’atteinte aux droits des demandeurs d’asile par l’ETPS était plus que minimale et les effets préjudiciables (détention et menaces à la sécurité de la personne) n’étaient pas proportionnels aux effets bénéfiques (efficacité administrative). L’objectif législatif de l’ETPS est le partage de la responsabilité

The STCA legislation is overbroad as the deprivation of the liberty rights of STCA returnees (their detention in the U.S.) has no connection to the “mischief contemplated by the legislature” (sharing responsibility for refugees with a country that complies with the Conventions). Cases such as *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)* that have held that section 7 interests are not engaged at the removals stage are distinguishable from the facts in these applications. Here, the applicants have had no consideration of their risks or the substance of their refugee claim because of the STCA. The immediate consequence to ineligible STCA claimants is that they will be imprisoned solely for having attempted to make a refugee claim in Canada. The “sharing of responsibility” objective of the STCA should entail some guarantee of access to a fair refugee process. As to disproportionality, the question was whether the evidence of the impact of the STCA demonstrated that the Charter deprivation was “out of sync” with the objectives of the legislation. Ms. Mustefa’s evidence, and the evidence of the ten anonymized affiants, established that imprisonment flows automatically from a finding of ineligibility under the STCA. The risks of detention and loss of security of the person, which are facilitated by the STCA, are grossly disproportional to the administrative benefits of the STCA. The impact of being found ineligible under the STCA is grossly disproportionate, and out of sync with the objective of the legislation. Gross disproportionality can be established based upon the impact on a single person. Here, Ms. Mustefa’s evidence alone met this test and was sufficient to “shock the conscience”. The evidence clearly demonstrated that those returned to the U.S. by Canadian officials are detained as a penalty. The penalization of the simple act of making a refugee claim is not in keeping with the spirit or the intention of the STCA or the foundational Conventions upon which it was built. The section 7 infringement was not justified under section 1 of the Charter. In light of the conclusion that the STCA infringed section 7 of the Charter, there was no need to address the section 15 Charter challenge.

The applications were allowed. Paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations were declared invalid. Questions were certified as to whether the designation of the U.S. as a “safe third country” under paragraph section 159.3 of

de l’examen des demandes d’asile avec des pays signataires qui se conforment aux articles pertinents des Conventions et qui ont des antécédents acceptables en matière de respect des droits de la personne. L’objectif législatif de « partage des responsabilités » fournit le cadre permettant d’examiner si la disposition législative est disproportionnée ou si sa portée est trop grande. Les dispositions législatives de l’ETPS ont une portée excessive, car la privation du droit à la liberté des rapatriés au titre de l’ETPS (leur détention aux États-Unis) n’a aucun lien avec le « mal qu’avait à l’esprit le législateur » (le partage des responsabilités relativement aux réfugiés avec un pays qui respecte les Conventions). Les faits dans des décisions comme l’arrêt *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, qui ont statué que l’article 7 n’entre pas en jeu au moment du renvoi du Canada, sont différents de ceux des présentes demandes. En l’espèce, les demandeurs n’ont fait l’objet d’aucune évaluation de leurs risques ou du bien-fondé de leur demande d’asile en raison de l’ETPS. La conséquence immédiate pour les demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS est l’emprisonnement, et ce, uniquement pour avoir tenté de présenter une demande d’asile au Canada. L’objectif de « partage des responsabilités » de l’ETPS devrait comprendre une certaine garantie d’accès à un processus de détermination du statut de réfugié équitable. En ce qui concerne la disproportion, la question était de savoir si la preuve de l’effet de l’ETPS a démontré que la privation de la Charte était « sans rapport aucun » avec les objectifs de la loi. Le témoignage de M^{me} Mustefa et celui des dix déposants anonymes ont démontré que l’emprisonnement découle automatiquement d’un constat d’irrecevabilité au titre de l’ETPS. Les risques de détention et d’atteinte à la sécurité de la personne, qui sont facilités par l’ETPS, sont totalement disproportionnés par rapport aux avantages administratifs de l’ETPS. L’effet de ne pas pouvoir présenter de demande d’asile au titre de l’ETPS est totalement disproportionné et sans rapport aucun avec l’objectif de la loi. La disproportion totale peut être établie en fonction de l’effet sur une seule personne. En l’espèce, le témoignage de M^{me} Mustefa a satisfait à lui seul à ce critère et a suffi à « choqu[er] la conscience ». La preuve a clairement démontré que les personnes renvoyées aux États-Unis par des fonctionnaires canadiens sont détenues à titre de sanction. L’imposition d’une sanction pour le simple fait d’avoir demandé le statut de réfugié n’est pas conforme à l’esprit ou à l’intention de l’ETPS ou des Conventions à l’origine de sa création. La violation des droits garantis par l’article 7 n’était pas justifiée sous le régime de l’article premier de la Charte. Étant donné la conclusion selon laquelle l’ETPS violait l’article 7 de la Charte, il n’était pas nécessaire de répondre à la contestation fondée sur l’article 15 de la Charte.

Les demandes ont été accueillies. L’alinéa 101(1)(e) de la Loi et l’article 159.3 du Règlement ont été déclarés inopérants. Les questions de savoir si la désignation des États-Unis comme « tiers pays sûr » au titre de l’article 159.3 du Règlement est

Regulations is *ultra vires* the Act, and whether the combined effect of paragraph 101(1)(e) and section 159.3 violate subsection 15(1) and/or section 7 of the Charter.

ultra vires de la Loi et si l'effet combiné de l'alinéa 101(1)e) et de l'article 159.3 entraîne une violation du paragraphe 15(1) et/ou de l'article 7 de la Charte ont été certifiées.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 15.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
 Exec. Order No. 13769, 60 Fed. Reg. 8977 (2017) (U.S.)
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, Sch.
Immigration and Nationality Act (INA), 8 U.S.C. (2006).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001 c. 27, ss. 44, 101, 102.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 159.3, 159.5(b)(ii).
 Order in Council P.C. 2004-1158.
 Order in Council P.C. 2015-0809.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries, December 5, 2002, [2004] Can. T.S. No. 2.
Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Art. 3.
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, 189 U.N.T.S. 137, Art. 33.

CASES CITED

FOLLOWED:

Canadian Council for Refugees v. Canada, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136.

APPLIED:

White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co., 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 15.
 Décret C.P. 2004-1158.
 Décret C.P. 2015-0809.
 Exec. Order No. 13769, 60 Fed. Reg. 8977 (2017) (É.-U.).
Immigration and Nationality Act (INA), 8 U.S.C. (2006).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 44, 101, 102.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 159.3, 159.5b(ii).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, ann.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers, 5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 3.
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, 189 R.T.N.U. 137, art. 33.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co., 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Suresh*

1101; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674.

DISTINGUISHED:

Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration), 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700.

CONSIDERED:

Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship), 2017 FC 1131; *Canadian Council for Refugees v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 396; *Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2019 FC 285; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635; *Matter of A-B-*, 22 I&N 318 (A.G. 2018); *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; *Wildlands League v. Ontario (Natural Resources and Forestry)*, 2016 ONCA 741, *sub nom. Wildlands League v. Ontario Lieutenant Governor in Council*, 134 O.R. (3d) 450; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355.

REFERRED TO:

Canadian Council for Refugees v. Canada, 2007 FC 1262, [2008] 3 F.C.R. 606; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, [1973] S.C.R. 131, (1972), 30 D.L.R. (3d) 559; *Morton v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 575, 96 Admin. L.R. (5th) 1; *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381.

AUTHORS CITED

Amnesty International Canada and Canadian Council for Refugees. Report "Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country" (June 28, 2017).

c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté), 2017 CF 1131; *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 396; *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2019 CF 285; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635; *Matter of A-B-*, 22 I&N 318 (A.G. 2018); *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Wildlands League v. Ontario (Natural Resources and Forestry)*, 2016 ONCA 741, *sub nom. Wildlands League v. Ontario Lieutenant Governor in Council*, 134 O.R. (3d) 450; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355.

DÉCISIONS CITÉES :

Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada, 2007 CF 1262, [2008] 3 R.C.F. 606; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131; *Morton c. Canada (Pêches et Océans)*, 2015 CF 575; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381.

DOCTRINE CITÉE

Amnesty International et le Conseil canadien pour les réfugiés. Rapport « Contester la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr » (28 juin 2017).

Human Rights Watch, *In the Freezer: Abusive Conditions for Women and Children in US Immigration Holding Cells*, 28 February 2018.

United Nations High Commissioner for Refugees, *Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees for the Office of the High Commissioner for Human Rights' Compilation Report – Universal Periodic Review: United States of America*, October 2014.

CONSOLIDATED APPLICATIONS for judicial review of decisions finding the applicants were ineligible to make refugee claims in Canada by operation of the Safe Third Country Agreement. Applications allowed.

APPEARANCES

Andrew Brouwer, Heather Neufeld, Michael A. Bossin, Leigh Salsberg, Erin Simpson, Kate Webster, Prasanna Balasundaram, Joshua Blum and Jared Will for applicants.
Martin Anderson, David Knapp, Charles J. Jubenville, Lucan Gregory and Laura Upans for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Legal Aid Ontario Refugee Law Office, Toronto, for applicants the Canadian Council of Refugees, Amnesty International and the Canadian Council for Churches.
Downtown Legal Services, Toronto, for applicants ABC, DE, FG and Nedira Jemal Mustefa.
Jared Will & Associates, Toronto, for applicants

Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs and Reda Yassin Al Nahass.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

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

MCDONALD J.:

Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees for the Office of the High Commissioner for Human Rights' Compilation Report – Universal Periodic Review : United States of America*, Octobre 2014.

Human Rights Watch, *In the Freezer : Abusive Conditions for Women and Children in US Immigration Holding Cells*, 28 février 2018.

DEMANDES RÉUNIES de contrôle judiciaire des décisions selon lesquelles les demandes d'asile des demandeurs au Canada étaient irrecevables aux termes de l'Entente sur les tiers pays sûrs. Demandes accueillies.

ONT COMPARU :

Andrew Brouwer, Heather Neufeld, Michael A. Bossin, Leigh Salsberg, Erin Simpson, Kate Webster, Prasanna Balasundaram, Joshua Blum et Jared Will pour les demandeurs.
Martin Anderson, David Knapp, Charles J. Jubenville, Lucan Gregory et Laura Upans pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Aide juridique Ontario, Bureau du droit des réfugiés, Toronto, pour les demandeurs le Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie internationale et le Conseil canadien des églises.
Downtown Legal Services, Toronto, pour les demandeurs ABC, DE, FG et Nedira Jemal Mustefa.
Jared Will & Associates, Toronto, pour les demandeurs

Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs et Reda Yassin Al Nahass.
La sous-procureure générale du Canada pour les défendeurs.

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

LA JUGE MCDONALD :

Table of Contents

Table des matières

	Paragraph		Paragraphe
I. INTRODUCTION	1	I. INTRODUCTION	1
II. FACTUAL BACKGROUND	11	II. CONTEXTE FACTUEL	11
ABC, DE, and FG (IMM-2977-17)...	11	ABC, DE et FG (IMM-2977-17) ...	11
Ms. Mustefa (IMM-2229-17).....	17	M ^{me} Mustefa (IMM-2229-17)	17
The Al Nahass/ Homsî Family (IMM-775-17).....	21	La famille Al Nahass/Homsî (IMM-775-17).....	21
Public Interest Parties	26	Parties d'intérêt public	26
III. CONSOLIDATION ORDER.....	27	III. ORDONNANCE DE RÉUNION	27
IV. RELIEF SOUGHT	28	IV. MESURES DE REDRESSEMENT DEMANDÉES	28
V. NOTICE OF CONSTITUTIONAL QUESTION.....	29	V. AVIS D'UNE QUESTION CONSTITUTIONNELLE.....	29
VI. THE EVIDENCE.....	30	VI. LA PREUVE	30
Applicants' Evidence	31	Preuve des demandeurs.....	31
Respondents' Evidence	33	Preuve des défendeurs.....	33
VII. PRELIMINARY MATTERS	35	VII. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES	35
Expert Evidence of Deborah Anker and Karen Musalo	36	Témoignage d'expert de Deborah Anker et de Karen Musalo	36
Ms. Mustefa's Request to Make New Arguments.....	46	Demande de M ^{me} Mustefa pour pré- senter de nouveaux arguments.....	46
VIII. ISSUES	47	VIII. QUESTIONS EN LITIGE	47
IX. STANDARD OF REVIEW.....	48	IX. NORME DE CONTRÔLE	48
X. ANALYSIS	53	X. ANALYSE	53
Is Section 159.3 of the Regulations <i>Ultra Vires</i> ?	53	L'article 159.3 du Règlement est-il <i>ultra vires</i> ?	53
<i>Statutory and Convention</i> <i>Provisions</i>	53	<i>Dispositions des lois et des</i> <i>conventions</i>	53
<i>Applicants' Submissions</i>	58	<i>Observations des demandeurs ...</i>	58
<i>Designation Inconsistent with</i> <i>Statutory Purpose and Grant</i> <i>of Power</i>	59	<i>Désignation incompatible avec</i> <i>l'objet de la loi et les pouvoirs</i> <i>conférés par la loi</i>	59
<i>Failure to Satisfy Conditions</i> <i>Precedent</i>	66	<i>Défaut de satisfaire aux con-</i> <i>ditions préalables</i>	66
<i>Analysis—Ultra Vires</i>	71	<i>Analyse — ultra vires</i>	71
Does the STCA Violate Section 7 of the Charter?.....	81	L'ETPS viole-t-elle l'article 7 de la Charte?	81
<i>Applicants' Submissions</i>	82	<i>Observations des demandeurs ...</i>	82
<i>Respondents' Submissions</i>	84	<i>Observations des défendeurs ...</i>	84
<i>Analysis</i>	85	<i>Analyse</i>	85
Is the Section 7 Infringement Justified Under section 1 of the Charter?.....	141	La violation de l'article 7 est-elle justifiée au regard de l'article pre- mier de la Charte?	141

Does the STCA Infringe Section 15 of the Charter?	151	L'ETPS viole-t-elle l'article 15 de la Charte?	151
Should the Court Decline to Consider Ms. Mustefa's Application?	155	La Cour devrait-elle refuser d'examiner la demande de M ^{me} Mustefa?	155
XI. CERTIFIED QUESTIONS	159	XI. QUESTIONS CERTIFIÉES	159
XII. CONCLUSION.....	162	XII. CONCLUSION.....	162

I. INTRODUCTION

[1] The applicants challenge the validity and the constitutionality of the legislation implementing the *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America For Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries* [December 5, 2002, [2004] Can. T.S. No. 2] (referred to as the “Safe Third Country Agreement” or “STCA”). The applicants allege that by returning ineligible refugee claimants to the United States (U.S.), Canada exposes them to risks in the form of detention, *refoulement*, and other violations of their rights contrary to the 1951 *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 July 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, 189 U.N.T.S. 137 (Refugee Convention or RT) and contrary to the United Nations *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment* [December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36] (CAT, collectively referred to as the Conventions).

[2] The Safe Third Country Agreement is given effect by paragraph 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001 c. 27 (IRPA), and by section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR or the Regulations) which in 2004 designated the U.S. a “safe third country”.

[3] The Safe Third Country Agreement operates by deeming those who arrive at a Canada land Port of Entry (POE) from the U.S. ineligible to make a refugee claim in Canada. These ineligibility provisions apply to a narrow category of refugee claimants —only those arriving from the U.S. at a Canada land POE. Claimants arriving from the U.S. by air, by sea or between land POEs, are eligible to have their refugee claims referred to the Refugee Protection Division (RPD) for assessment.

I. INTRODUCTION

[1] Les demandeurs contestent la validité et la constitutionnalité des dispositions législatives mettant en œuvre 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 réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers* [5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2] (l'Entente sur les tiers pays sûrs ou l'ETPS). Les demandeurs allèguent qu'en renvoyant aux États-Unis les demandeurs d'asile dont la demande a été jugée irrecevable, le Canada les expose à des dangers sous forme de détention, de refoulement et d'autres violations de leurs droits, ce qui est contraire à la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, 189 R.T.N.U. 137 (la Convention sur les réfugiés) et à la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* [10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36] (la Convention contre la torture) (collectivement, les Conventions).

[2] L'Entente sur les tiers pays sûrs est mise en œuvre par l'alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) et par l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR ou le Règlement) en vertu desquels, en 2004, les États-Unis ont été désignés comme un « pays tiers sûr ».

[3] L'Entente sur les tiers pays sûrs prévoit que les demandes d'asile au Canada des personnes qui arrivent à un point d'entrée terrestre (PDE) canadien en provenance des États-Unis sont considérées comme irrecevables. Ces dispositions d'irrecevabilité s'appliquent à une catégorie étroite de demandeurs d'asile, soit uniquement à ceux qui arrivent des États-Unis à un PDE terrestre canadien. Les demandeurs arrivant des États-Unis par voie aérienne ou maritime ou par d'autres PDE terrestres peuvent voir leur

[4] Each of the individual applicants, who are citizens of El Salvador, Ethiopia, and Syria, arrived at a Canadian land POE from the U.S. and sought refugee protection. The applicants, ABC and her children, are from El Salvador. Their refugee claim relates to gang violence and gender-based persecution. The applicant, Ms. Mustefa is a Muslim woman from Ethiopia who was detained after her attempt to enter Canada from the U.S. The Homsî /Al Nahass applicants are a Muslim family from Syria who left the U.S. following the issuance of the first travel ban by the U.S. government.

[5] While their individual situations vary, each of the applicants sought refugee protection in Canada fearing persecution in their home country. However, because they arrived from the U.S. at a land POE, the applicants were ineligible to make a refugee claim in Canada by operation of the STCA.

[6] Each of the applicants seek judicial review of the ineligibility decisions. ABC and her daughters (DE and FG) obtained a stay of their removal from Canada pending the determination of this judicial review application. The Homsî/Al Nahass family obtained Temporary Resident Permits (TRPs). Ms. Mustefa was returned to the U.S. where she was immediately imprisoned.

[7] The Canadian Council for Refugees (CCR), Amnesty International (AI), and, Canadian Council of Churches (CCC) were granted the right to participate in these applications as public interest parties.

[8] The applicants challenge the STCA on two fronts.

[9] First, they argue that the Canadian government failed in its duty to review the ongoing designation of the U.S. as a “safe third country” as required by subsections 102(2)

demande d’asile renvoyée à la Section de la protection des réfugiés (la SPR) pour examen.

[4] Tous les demandeurs, qui sont des citoyens du Salvador, de l’Éthiopie et de la Syrie, sont arrivés à un PDE terrestre canadien en provenance des États-Unis et ont demandé l’asile. La demanderesse ABC et ses enfants sont originaires du Salvador. Leur demande d’asile est liée à la violence des gangs et à la persécution sexospécifique. La demanderesse, M^{me} Mustefa, est une femme musulmane originaire d’Éthiopie qui a été détenue après sa tentative d’entrer au Canada depuis les États-Unis. Les demandeurs dénommés Homsî et Al Nahass sont des membres d’une famille musulmane de Syrie qui a quitté les États-Unis après l’instauration de la première mesure d’interdiction de voyager par le gouvernement américain.

[5] Bien que leurs situations individuelles soient différentes, chacun des demandeurs a demandé l’asile au Canada par crainte d’être persécuté dans son pays d’origine. Toutefois, parce que les demandeurs sont arrivés à un PDE terrestre en provenance des États-Unis, leur demande d’asile au Canada était irrecevable aux termes de l’ETPS.

[6] Chacun des demandeurs sollicite le contrôle judiciaire des décisions d’irrecevabilité. ABC et ses filles (DE et FG) ont obtenu un sursis de la mesure de renvoi du Canada prise contre elles en attendant qu’une décision soit rendue sur la présente demande de contrôle judiciaire. La famille Homsî/Al Nahass a obtenu un permis de séjour temporaire (PST). M^{me} Mustefa a été renvoyée aux États-Unis où elle a été immédiatement emprisonnée.

[7] Le Conseil canadien pour les réfugiés (le CCR), Amnistie internationale (AI) et le Conseil canadien des Églises (le CCE) ont obtenu le droit de participer aux présentes demandes en tant que parties intéressées.

[8] Les demandeurs contestent l’ETPS sur deux plans.

[9] Premièrement, les demandeurs font valoir que le gouvernement canadien a manqué à son obligation de revoir la désignation actuelle des États-Unis en tant que

and 102(3) of the IRPA, and therefore the legislation and regulations that make the STCA law are *ultra vires*. They argue that the treatment of asylum-seekers in the U.S. is not in keeping with the spirit or the objective of the STCA. For the reasons outlined below, I have concluded that the legislation enacting the STCA is not *ultra vires*.

[10] Second, the applicants argue that the legislation implementing the STCA is contrary to sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter). For the reasons outlined below, I have concluded that the actions of Canadian authorities in enforcing the STCA result in ineligible STCA claimants being imprisoned by U.S. authorities. I have concluded that imprisonment and the attendant consequences are inconsistent with the spirit and objective of the STCA and are a violation of the rights guaranteed by section 7 of the Charter. I further conclude that section 1 of the Charter does not save the section 7 violations from being unconstitutional.

II. FACTUAL BACKGROUND

ABC, DE, and FG (IMM-2977-17)

[11] The applicant ABC and her daughters DE and FG are citizens of El Salvador. On April 3, 2013, ABC was raped by MS-13 gang members in her home when they demanded money and threatened her with a gun. They told ABC they would kill her, and her daughters, if she went to the police. ABC became pregnant as a result of this rape. While she was pregnant, the gang members showed up at her house and threatened to kill her. During this period, men also followed and accosted her daughters. At one point, an unknown man stopped them while they were walking to school and asked about their father. One man told them that if their father “did not show his face” the men would “get even by taking it out on the girls.”

« tiers pays sûr », comme l'exigent les paragraphes (2) et (3) de l'article 102 de la LIPR et que, par conséquent, les dispositions législatives et réglementaires qui mettent en œuvre l'ETPS sont *ultra vires*. Ils allèguent que le traitement des demandeurs d'asile provenant des États-Unis n'est pas conforme à l'esprit ou à l'objet de l'ETPS. Pour les motifs exposés ci-après, j'ai conclu que les dispositions législatives créant l'ETPS ne sont pas *ultra vires*.

[10] Deuxièmement, les demandeurs font valoir que les dispositions législatives mettant en œuvre l'ETPS vont à l'encontre des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte). Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu que les actes des autorités canadiennes visant à appliquer l'ETPS font en sorte que des demandeurs dont la demande est jugée irrecevable en vertu de l'ETPS sont emprisonnés par les autorités américaines. J'ai conclu que l'emprisonnement et les conséquences qui en découlent sont incompatibles avec l'esprit et l'objet de l'ETPS et constituent une violation des droits garantis par l'article 7 de la Charte. De plus, je conclus que l'article premier de la Charte ne protège pas les violations de l'article 7 de leur caractère inconstitutionnel.

II. CONTEXTE FACTUEL

ABC, DE et FG (IMM-2977-17)

[11] La demanderesse ABC et ses filles DE et FG sont citoyennes du Salvador. Le 3 avril 2013, ABC a été violée par des membres du gang MS-13 à son domicile après que ceux-ci lui ont demandé de l'argent et l'ont menacé avec une arme. Ils ont dit à ABC qu'ils la tueraient, ainsi que ses filles, si elle portait plainte à la police. ABC est tombée enceinte à la suite de ce viol. Alors qu'elle était enceinte, les membres du gang se sont présentés chez elle et ont menacé de la tuer. Pendant cette période, des hommes ont également suivi et accosté ses filles. À un moment donné, un inconnu les a interceptées alors qu'elles se rendaient à l'école à pied et leur a posé des questions sur leur père. Un homme leur a dit que si leur père [TRADUCTION]

[12] In November 2016, MS-13 members again entered ABC's home and pointed a gun at her head, demanded money, and threatened to kill her and her daughters. After this incident, ABC determined that she and her daughters were not safe in El Salvador and on November 10, 2016, she left El Salvador with her daughters. They arrived in the US on November 26, 2016.

[13] Upon arrival in the U.S., ABC and her daughters were held at a detention centre and advised that they were under removal proceedings. Following their release they stayed with family in Mississippi. In December 2016, they travelled to Buffalo, New York, where they stayed at a refugee shelter.

[14] In January 2017, ABC and her daughters arrived at the Fort Erie, Ontario, POE to make a refugee claim in Canada. The Canada Border Services Agency (CBSA) officer advised them to withdraw their claim as they would be found ineligible to make a claim under STCA. ABC and her daughters returned to the refugee shelter in the U.S.

[15] On July 5, 2017, ABC and her daughters again travelled to the Fort Erie POE to make a claim for refugee protection in Canada. The CBSA officer determined that they were ineligible pursuant to paragraph 101(1)(e) of the IRPA due to the operation of the STCA.

[16] With the assistance of legal counsel, ABC filed this application for judicial review and filed a motion for a stay of their removal from Canada. On July 6, 2017, I granted an order staying their removal from Canada.

Ms. Mustefa (IMM-2229-17)

[17] Ms. Mustefa is an Ethiopian national who left the country when she was 11 years old for medical treatments

« ne se montrait pas », les hommes [TRADUCTION] « se vengeraient en s'en prenant aux filles ».

[12] En novembre 2016, des membres du MS-13 sont à nouveau entrés dans la maison d'ABC et ont braqué un fusil sur sa tête, ont exigé de l'argent et ont menacé de la tuer et de tuer ses filles. Après cet incident, ABC a déterminé qu'elle et ses filles n'étaient pas en sécurité au Salvador et, le 10 novembre 2016, elles ont toutes trois quitté le Salvador. Elles sont arrivées aux États-Unis le 26 novembre 2016.

[13] À leur arrivée aux États-Unis, ABC et ses filles ont été détenues dans un centre de détention et ont été informées qu'elles étaient visées par une mesure de renvoi. Après leur libération, elles sont restées avec des membres de leur famille dans le Mississippi. En décembre 2016, elles se sont rendues à Buffalo, dans l'État de New York, où elles sont restées dans un centre d'hébergement pour réfugiés.

[14] En janvier 2017, ABC et ses filles sont arrivées au PDE de Fort Erie, en Ontario, pour y présenter une demande d'asile au Canada. L'agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) leur a conseillé de retirer leur demande car elle serait jugée irrecevable en vertu de l'ETPS. ABC et ses filles sont retournées au centre d'hébergement pour réfugiés aux États-Unis.

[15] Le 5 juillet 2017, ABC et ses filles se sont à nouveau rendues au PDE de Fort Erie pour y présenter une demande d'asile au Canada. L'agent de l'ASFC a déterminé que leurs demandes étaient irrecevables au titre de l'alinéa 101(1)e) de la LIPR en raison de l'application de l'ETPS.

[16] Avec l'aide d'un conseiller juridique, ABC a déposé la présente demande de contrôle judiciaire ainsi qu'une requête pour obtenir le sursis de la mesure de renvoi du Canada. Le 6 juillet 2017, j'ai ordonné le sursis de l'exécution de la mesure de renvoi du Canada prise contre elles.

M^{me} Mustefa (IMM-2229-17)

[17] M^{me} Mustefa est une ressortissante éthiopienne qui a quitté le pays à l'âge de 11 ans pour recevoir des

in the U.S. She entered the U.S. on a visitor's visa as an unaccompanied minor and stayed with her uncle Gabriel Mustefa while undergoing medical treatments. In the summer of 2008, Ms. Mustefa went to live with her aunt in Georgia where she remained until she finished high school in 2015. Ms. Mustefa planned to pursue further education in the U.S. but she could not obtain proper documentation having arrived in the U.S. after the cut off date to apply under the Deferred Action for Childhood [Arrivals] program.

[18] Around this same time in Ethiopia oppressive acts against the Oromo, Ms. Mustefa's ethnic group, were escalating. In 2016 and 2017, the Oromo were subject to mass arrests and held without charges or trials. The government dispatched the military to Oromo regions leading to the death and disappearance of many Oromo youth. In October 2016 Ethiopian government forces opened fire into a crowd of people attending a cultural festival and the Ethiopian government declared a state of emergency in effect until August 2017.

[19] Due to the situation in Ethiopia, and not being able to seek asylum in the U.S., on April 10, 2017, Ms. Mustefa arrived at the POE in Saint-Bernard-de-Lacolle, Quebec, and made a claim for refugee protection. She was questioned at the POE for approximately 30 hours and was informed on April 11, 2017, that she was ineligible for refugee protection pursuant to paragraph 101(1)(e) of the IRPA.

[20] CBSA officers returned Ms. Mustefa to the U.S. She was placed in detention at the Clinton Country Correctional Facility where she was held in solitary confinement for the first week (pending a tuberculosis test) and released on a bond on May 9, 2017.

The Al Nahass/ Homsy Family (IMM-775-17)

[21] The adult female applicant, Reda Yassin Al Nahass, is a citizen of Syria. The other applicants are her adult son, Mohammad Majd Maher Homsy, who was

traitements médicaux aux États-Unis. Elle est entrée aux États-Unis munie d'un visa de visiteur en tant que mineure non accompagnée et est restée chez son oncle Gabriel Mustefa pendant ses traitements médicaux. Au cours de l'été 2008, M^{me} Mustefa est allée vivre avec sa tante en Géorgie où elle est restée jusqu'à la fin de ses études secondaires en 2015. M^{me} Mustefa avait l'intention de poursuivre ses études aux États-Unis, mais elle n'a pas pu obtenir les documents nécessaires puisqu'elle est arrivée aux États-Unis après la date limite pour présenter une demande au titre du programme d'action différée pour les arrivées d'enfants (Deferred Action for Childhood Arrivals).

[18] Aux environs de la même période, en Éthiopie, les actes d'oppression contre les Oromos, groupe ethnique auquel appartient M^{me} Mustefa, s'intensifiaient. En 2016 et en 2017, les Oromos ont fait l'objet d'arrestations massives et ont été détenus sans inculpation ni procès. Le gouvernement a dépêché des militaires dans les régions oromos, ce qui a entraîné la mort et la disparition de nombreux jeunes oromos. En octobre 2016, les forces gouvernementales éthiopiennes ont ouvert le feu sur une foule de personnes assistant à un festival culturel et le gouvernement éthiopien a déclaré l'état d'urgence jusqu'en août 2017.

[19] Compte tenu de la situation en Éthiopie, et de l'impossibilité de demander l'asile aux États-Unis, le 10 avril 2017, M^{me} Mustefa s'est rendue au PDE de Saint-Bernard-de-Lacolle, au Québec, et a présenté une demande d'asile. Elle a été interrogée au PDE pendant environ 30 heures et, le 11 avril 2017, on l'a informée que sa demande d'asile était irrecevable au titre de l'alinéa 101(1)e) de la LIPR.

[20] Les agents de l'ASFC ont renvoyé M^{me} Mustefa aux États-Unis. Elle a été placée en détention au Clinton Country Correctional Facility où elle a été maintenue en isolement pendant la première semaine (en attendant un test de tuberculose) et libérée sous caution le 9 mai 2017.

La famille Al Nahass/Homsy (IMM-775-17)

[21] La demanderesse adulte, Reda Yassin Al Nahass, est citoyenne syrienne. Les autres demandeurs sont son fils adulte, Mohammad Majd Maher Homsy, qui est

born in Syria, and her young son and daughter, Karam Maher Homsy and Hala Maher Homsy, who were both born in Saudi Arabia. Ms. Al Nahass lived in Syria until 2003 when the family moved to Saudi Arabia. The family returned to Syria regularly until the war began in 2011.

[22] In 2015, Ms. Al Nahass, travelled to Syria for medical treatment when she was kidnapped, physically attacked and threatened with sexual violence. Her family was able to secure her release. While the family was in the U.S. in November 2015, Ms. Al Nahass's husband lost his job in Saudi Arabia, which put her family's status in Saudi Arabia in jeopardy, as they were dependent on her husband's employer-sponsored residency permit.

[23] Ms. Al Nahass started the asylum process in the U.S. in the spring of 2016. However, she became concerned with the increasing public hatred expressed toward Muslim and Arab people and following the passage of Executive Order 13769 [60 Fed. Reg. 8977 (2017) (U.S.)], the so-called "Muslim Ban".

[24] On February 2, 2017, Ms. Al Nahass, and her children tried to enter Canada by walking across the border at Roxham Road between New York and Quebec. As they approached the border, a CBSA officer told them they would be arrested if they crossed into Canada. They were advised to go back to the U.S. Upon return to the U.S. they were stopped by U.S. authorities and put in separate police cars. They were fingerprinted and questioned. During this time, Ms. Al Nahass was forced to take off her hijab and was photographed. An hour later, they were taken to Saint-Bernard-de-Lacolle, Quebec, POE.

[25] On February 3, 2017, Ms. Al Nahass was told she and her children were ineligible because they were attempting to enter Canada from the U.S. While Ms. Al Nahass was at Saint-Bernard-de-Lacolle, she managed to contact a lawyer who filed an emergency stay

en Syrie, son jeune fils, Karam Maher Homsy, et sa jeune fille, Hala Maher Homsy, qui sont tous deux nés en Arabie Saoudite. M^{me} Al Nahass a vécu en Syrie jusqu'en 2003, date à laquelle la famille a déménagé en Arabie Saoudite. La famille est retournée régulièrement en Syrie jusqu'au début de la guerre en 2011.

[22] En 2015, M^{me} Al Nahass s'est rendue en Syrie pour y recevoir des soins médicaux après avoir été kidnappée, agressée physiquement et avoir reçu des menaces de violences sexuelles. Sa famille a été en mesure d'obtenir sa libération. En novembre 2015, alors que la famille était aux États-Unis, le mari de M^{me} Al Nahass a perdu son emploi en Arabie Saoudite, mettant ainsi en péril le statut de la famille en Arabie Saoudite, celle-ci étant dépendante du permis de séjour de son mari parrainé par son employeur.

[23] M^{me} Al Nahass a entamé la procédure d'asile aux États-Unis au printemps 2016. Cependant, elle a commencé à être préoccupée par la croissance des manifestations publiques de haine à l'endroit des musulmans et des Arabes et par suite de l'adoption du décret 13769 [60 Fed. Reg. 8977 (2017) (É.-U.)], communément appelé le « Muslim Ban ».

[24] Le 2 février 2017, M^{me} Al Nahass et ses enfants ont tenté d'entrer au Canada en traversant à pied la frontière à Roxham Road entre l'État de New York et le Québec. Alors qu'ils approchaient de la frontière, un agent de l'ASFC leur a dit qu'ils seraient arrêtés s'ils entraient au Canada. On leur a conseillé de retourner aux États-Unis. À leur retour aux États-Unis, ils ont été arrêtés par les autorités américaines et placés dans des voitures de police séparées. Les autorités ont pris leurs empreintes digitales et les ont interrogés. Pendant ce temps, M^{me} Al Nahass a été contrainte d'enlever son hijab et a été photographiée. Une heure plus tard, ils ont été emmenés au PDE de Saint-Bernard-de-Lacolle, au Québec.

[25] Le 3 février 2017, M^{me} Al Nahass a été informée que sa demande d'asile et celles de ses enfants étaient irrecevables parce qu'ils tentaient d'entrer au Canada depuis les États-Unis. Lorsque M^{me} Al Nahass était à Saint-Bernard-de-Lacolle, elle a réussi à communiquer avec

of removal application on behalf of the family. The stay was granted, following which the family was granted Temporary Resident Permits (TRPs) allowing them to remain in Canada. The family has since been granted permanent resident status.

Public Interest Parties

[26] On December 11, 2017, Justice Diner granted public interest standing to the Canadian Council for Refugees, Amnesty International, and the Canadian Council of Churches on the grounds that the application for judicial review “raises a serious justiciable issue in which the Organizations have a genuine interest” (*Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2017 FC 1131, at paragraph 74).

III. CONSOLIDATION ORDER

[27] On April 12, 2018, Justice Diner ordered these three applications be consolidated and heard together (*Canadian Council for Refugees v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 396, at paragraph 39).

IV. RELIEF SOUGHT

[28] In their applications for judicial review, the applicants each phrase the requested relief slightly differently, however, they all seek the following common relief:

1. An order that the decisions of the officers be set aside and the individual applicants’ claims for refugee protection be found eligible and referred to the Refugee Protection Division for determination;
2. A declaration that section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* is *ultra vires* or otherwise unlawful because the designation of the United States of America is not and/or was not at the time of the decision under

un avocat qui a déposé une demande urgente de sursis à la mesure de renvoi au nom de la famille. Le sursis a été accordé, après quoi la famille a obtenu un PST lui permettant de rester au Canada. La famille a depuis obtenu la résidence permanente.

Parties d’intérêt public

[26] Le 11 décembre 2017, le juge Diner a accordé la qualité pour agir dans l’intérêt public au Conseil canadien pour les réfugiés, à Amnesty internationale et au Conseil canadien des Églises au motif que la demande de contrôle judiciaire « soulève une question justiciable sérieuse dans laquelle les organisations ont un intérêt véridable » (*Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2017 CF 1131, au paragraphe 74).

III. ORDONNANCE DE RÉUNION

[27] Le 12 avril 2018, le juge Diner a ordonné que les trois présentes demandes soient réunies et instruites conjointement (*Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 396, au paragraphe 39).

IV. MESURES DE REDRESSEMENT DEMANDÉES

[28] Dans les demandes de contrôle judiciaire présentées par les demandeurs, même si les mesures de redressement recherchées sont formulées de manière légèrement différente, elles sont essentiellement les mêmes :

1. Une ordonnance annulant les décisions des agents et l’irrecevabilité des demandes d’asile individuelles des demandeurs et renvoyant les demandes à la Section de la protection des réfugiés pour nouvelle décision;
2. Une déclaration selon laquelle l’article 159.3 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* est *ultra vires* ou par ailleurs illégal parce que la désignation des États-Unis d’Amérique au titre de l’alinéa 102(1)a) et des paragraphes 102(2)

review in conformity with paragraph 102(1)(a), subsections 102(2) and 102(3) of the *Immigration and Refugee Protection Act*;

3. A declaration that section 159.3 of the Regulations is inconsistent with Canada's international obligations under the Refugee Convention and the Convention Against Torture;
4. A declaration that section 159.3 of the Regulations is of no force or effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, because it violates section 7 and/or subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;
5. A declaration that paragraph 101(1)(e) of the IRPA is of no force or effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, because it violates section 7 and/or subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

V. NOTICE OF CONSTITUTIONAL QUESTION

[29] The applicants served a notice of constitutional question pursuant to section 57 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, on the Attorney General of Canada and each of the Attorneys General for the Provinces and Territories. Apart from the Attorney General of Canada, none of the Attorneys General responded. The notice of constitutional question stated:

The Applicants intend to question the constitutional validity of the combined effect of s. 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* ("the IRPA") and s. 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* ("the Regulations").

VI. THE EVIDENCE

[30] The parties filed extensive evidentiary records including affidavits, reports, expert opinions and transcripts. Below is a summary of the evidence.

et 102(3) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* n'est pas réévaluée ou n'était pas en cours de réévaluation au moment où la décision faisant l'objet du contrôle a été rendue;

3. Une déclaration selon laquelle l'article 159.3 du Règlement est incompatible avec les obligations internationales du Canada aux termes de la Convention sur les réfugiés et de la Convention contre la torture;
4. Une déclaration selon laquelle l'article 159.3 du Règlement est inopérant en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car il viole l'article 7 et/ou le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
5. Une déclaration selon laquelle l'alinéa 101(1)e) de la LIPR est inopérant en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, parce qu'il viole l'article 7 et/ou le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

V. AVIS D'UNE QUESTION CONSTITUTIONNELLE

[29] Conformément à l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, R.S.C. (1985), ch. F-7, les demandeurs ont signifié un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et à chacun des procureurs généraux des provinces et territoires. Outre le procureur général du Canada, aucun des procureurs généraux n'a répondu. Cet avis est rédigé en partie comme suit :

[TRADUCTION] Les demandeurs ont l'intention de contester la validité, sur le plan constitutionnel, de l'effet conjugué de l'alinéa 101(1)e) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) et de l'article 159.3 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement).

VI. LA PREUVE

[30] Les parties ont déposé de nombreux éléments de preuve, notamment des affidavits, des rapports, des avis d'experts et des transcriptions. Très brièvement, la preuve révèle ce qui suit.

Applicants' Evidence

[31] The applicants filed affidavits from the following individuals:

- The applicant ABC, whose affidavits were sworn June 29, 2017, September 8, 2017, and December 15, 2017.
- The applicant, Nedeira Mustefa, whose affidavit was sworn September 14, 2017.
- The applicant, Reda Al Nahass, whose affidavit was sworn April 29, 2017.
- Clare Long, whose affidavit was sworn June 24, 2018, is a Senior Researcher at the U.S. Program of Human Rights Watch.
- Janet Dench, whose affidavits were sworn September 7, 2017, and June 27, 2018, is the Executive Director of the Canadian Council for Refugees.
- Christina Fialho, whose affidavit was sworn June 25, 2018, is the co-Executive Director of Freedom for Immigrants.
- Audrey Macklin, whose affidavit was sworn on June 23, 2018, is a Professor at the University of Toronto and the Director of the Centre for Criminology and Sociological Studies.
- Gloria Nafziger, whose affidavits were sworn December 18, 2017, and June 26, 2018, is the Refugee Coordinator at Amnesty International Canada.
- Ksenija Novakovic, whose affidavit was sworn on June 29, 2018. Ms. Novakovic worked at Downtown Legal Services under the supervision of Prasanna Balasundaram, counsel for ABC, DE, FG and Ms. Mustefa.
- Carol Anne Donohue, whose affidavit was sworn August 30, 2018, is an immigration lawyer practising in Pennsylvania, U.S.A.

Preuve des demandeurs

[31] Les demandeurs ont produit les affidavits des personnes suivantes :

- La demanderesse ABC, dont les affidavits ont été souscrits le 29 juin 2017, le 8 septembre 2017 et le 15 décembre 2017.
- La demanderesse, Nedeira Mustefa, dont l'affidavit a été souscrit le 14 septembre 2017.
- La demanderesse, Reda Al Nahass, dont l'affidavit a été souscrit le 29 avril 2017.
- Clare Long, chercheuse principale du programme américain de Human Rights Watch, dont l'affidavit a été souscrit le 24 juin 2018.
- Janet Dench, directrice générale du Conseil canadien pour les réfugiés dont les affidavits ont été souscrits le 7 septembre 2017 et le 27 juin 2018.
- Christina Fialho, co-directrice générale de Freedom for Immigrants, dont l'affidavit a été souscrit le 25 juin 2018.
- Audrey Macklin, professeure à l'Université de Toronto et directrice du Centre de criminologie et d'études sociolégales, dont l'affidavit a été souscrit le 23 juin 2018.
- Gloria Nafziger, coordinatrice des réfugiés à Amnistie internationale Canada, dont les affidavits ont été souscrits le 18 décembre 2017 et le 26 juin 2018,
- Ksenija Novakovic, avocate pour ABC, DE, FG et M^{me} Mustefa qui a travaillé au Downtown Legal Services sous la supervision de Prasanna Balasundaram, dont l'affidavit a été souscrit le 29 juin 2018.
- Carol Anne Donohue, avocate spécialisée en droit de l'immigration qui exerce sa profession

-
- Ryan Witmer, whose affidavit was sworn July 24, 2018, is a lawyer practising immigration law in Buffalo, U.S.A.
 - Timothy Warden-Hertz, whose affidavit was sworn August 30, 2018, is the Directing Attorney of the Tacoma office of the Northwest Immigration Rights Project.
 - Ruby Robinson, whose affidavit was sworn June 20, 2018, is a co-managing attorney at the Michigan Immigrant Rights Centre.
 - Ramon Irizarry, whose affidavit was sworn June 25, 2018, is the Supervising Immigration Attorney at the Volunteer Lawyers Project of the Erie County Bar Association.
 - Nadege Jean-Mardy, whose affidavit was sworn June 25, 2018, founded Action d'Entraide Multifonctionnelle du Canada and currently serves as Director General of the organization.
 - Sarah Alarabi, whose affidavit was sworn on June 17, 2018, describes her experience seeking refugee protection in Canada under the family member exception to the STCA.
 - H.I., whose affidavit was sworn July 31, 2018, attempted to seek refugee protection in Canada, but was found ineligible under the STCA.
 - J.K., whose affidavit was sworn November 10, 2017, and was translated by Carmen Maria Rey on November 13, 2017. J.K. tried to make a refugee claim in Canada but was told by Canadian officers that she was "not in a good place to cross".
- en Pennsylvanie, aux États-Unis, dont l'affidavit a été souscrit le 30 août 2018.
 - Ryan Witmer, avocat spécialisé en droit de l'immigration exerçant sa profession à Buffalo, aux États-Unis, dont l'affidavit a été souscrit le 24 juillet 2018.
 - Timothy Warden-Hertz, avocat en chef du bureau de Tacoma du Northwest Immigration Rights Project, dont l'affidavit a été souscrit le 30 août 2018.
 - Ruby Robinson, avocat en chef adjoint du Michigan Immigrant Rights Centre, dont l'affidavit a été souscrit le 20 juin 2018
 - Ramon Irizarry, avocat superviseur en droit de l'immigration au sein du Volunteer Lawyers Project de la Bar Association of Erie County, dont l'affidavit été souscrit le 25 juin 2018.
 - Nadege Jean-Mardy, fondatrice et directrice générale d'Action d'Entraide Multifonctionnelle du Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 25 juin 2018.
 - Sarah Alarabi, dont l'affidavit a été souscrit le 17 juin 2018, décrit son expérience de demande d'asile au Canada au titre de l'exception concernant les membres de la famille prévue dans l'ETPS.
 - H.I., dont l'affidavit a été souscrit le 31 juillet 2018, a tenté de demander l'asile au Canada, mais sa demande a été jugée irrecevable en vertu de l'ETPS.
 - J.K., dont l'affidavit a été souscrit le 10 novembre 2017 et traduit par Carmen Maria Rey le 13 novembre 2017, a tenté de demander l'asile au Canada, mais des agents canadiens lui ont dit qu'il n'était [TRADUCTION] « pas en bonne position pour traverser ».

- L.M., whose affidavit was sworn on November 10, 2017, attempted to seek refugee protection in Canada, but was found ineligible under the STCA.
 - N.O., whose affidavit was sworn July 25, 2018, attempted to seek refugee protection in Canada in July 2017, but was found ineligible under the STCA.
 - P.Q., whose affidavit was sworn April 20, 2018, made a refugee claim at a Canadian border crossing in May 2015.
 - R.S., whose affidavit was sworn July 25, 2018, and translated by Suu Yang on July 27, 2018, attempted to go to a Canadian border crossing in March 2017, but was stopped by American police officers.
 - T.U., whose affidavit was sworn July 31, 2018, made a refugee claim in February 2017 at a Canadian Port of Entry.
 - V.W., whose affidavit was sworn April 26, 2018, attempted to enter Canada but she was returned to the United States and detained.
 - X.Y., whose affidavit was sworn on an unknown date, attempted to enter Canada at a Canadian Port of Entry but was told he was not able to make a refugee claim because of the STCA.
 - Z.Z., whose affidavit was sworn on an unknown date, made a refugee claim at the Canadian border in October 2017.
- L.M., dont l'affidavit a été souscrit le 10 novembre 2017, a tenté de demander l'asile au Canada, mais sa demande a été jugée irrecevable en vertu de l'ETPS.
 - N.O., dont l'affidavit a été souscrit le 25 juillet 2018, a tenté de demander l'asile au Canada en juillet 2017, mais sa demande a été jugée irrecevable en vertu de l'ETPS.
 - P.Q., dont l'affidavit a été souscrit le 20 avril 2018, a présenté une demande d'asile à un poste frontalier canadien en mai 2015.
 - R.S., dont l'affidavit a été souscrit le 25 juillet 2018 et traduit par Suu Yang le 27 juillet 2018, a tenté de se rendre à un poste frontalier canadien en mars 2017, mais a été arrêté par des agents de police américains.
 - T.U., dont l'affidavit a été souscrit le 31 juillet 2018, a fait une demande d'asile en février 2017 à un point d'entrée canadien.
 - V.W., dont l'affidavit a été souscrit le 26 avril 2018, a tenté d'entrer au Canada, mais a été renvoyée aux États-Unis et détenue.
 - X.Y., dont l'affidavit a été souscrit à une date inconnue, a tenté d'entrer au Canada par un point d'entrée canadien, mais on lui a dit qu'il ne pouvait pas présenter de demande d'asile en raison de l'ETPS.
 - Z.Z., dont l'affidavit a été souscrit à une date inconnue, a présenté une demande d'asile à la frontière canadienne en octobre 2017.

[32] The applicants rely upon the affidavit evidence of the following experts:

- Professor Deborah Anker, whose affidavits were sworn October 6, 2017, and June 26, 2018, is a professor at Harvard Law School and the Founder and Director of the Harvard Law School Immigration and Refugee Clinical Program.

[32] Les demandeurs s'appuient sur les témoignages par affidavit des experts suivants :

- Deborah Anker, professeure à la Harvard Law School et fondatrice et directrice du Harvard Law School Immigration and Refugee Clinical Program, dont les affidavits ont été souscrits le 6 octobre 2017 et le 26 juin 2018.

-
- Professor Karen Musalo, whose affidavits were sworn September 22, 2017, and June 25, 2018, is a professor at the University of California Hasting College of Law.
 - Elizabeth Kennedy, whose affidavit was sworn August 7, 2018, is scholar with an expertise in country conditions in El Salvador, Honduras and Guatemala.
 - Anwen Hughes, whose affidavits were sworn December 6, 2017, and June 26, 2018, is the Deputy Legal Director of the Refugee Representation Program at Human Rights First.
 - Lenni Beth Benson, whose affidavit was sworn June 25, 2016, is a professor at New York Law School and is an expert in U.S. immigration law with a further expertise in the rights of children and their ability to seek protection under U.S. asylum law and other provisions of the U.S. *Immigration and Nationality Act* [8 U.S.C. (2006)].
 - James C. Hathaway, whose affidavit was sworn June 27, 2018, is a professor of law at the University of Michigan, specializing in international and comparative refugee law.
 - Abed Ayoub, whose affidavit was sworn June 26, 2018, is the National Legal Director of the American-Arab Anti-Discrimination Committee.
 - Katharina Obser, whose affidavits were sworn December 4, 2017, and June 25, 2018, is a Senior Policy Advisor in the Migrant Rights and Justice Program of the Women's Refugee Commission.
 - Jaya Ramji-Nogales, whose affidavit was sworn August 27, 2018, is a law professor at Temple University who has conducted several empirical studies of asylum adjudication in the United States.
 - Karen Musalo, professeure au Hasting College of Law de l'Université de Californie, dont les affidavits ont été souscrits le 22 septembre 2017 et le 25 juin 2018.
 - Elizabeth Kennedy, chercheuse universitaire spécialisée dans les conditions de vie au Salvador, au Honduras et au Guatemala, dont l'affidavit a été souscrit le 7 août 2018.
 - Anwen Hughes, directrice juridique adjoint du Deputy Legal Director of the Refugee Representation Program à Human Rights First, dont les affidavits ont été souscrits le 6 décembre 2017 et le 26 juin 2018.
 - Lenni Beth Benson, dont l'affidavit a été souscrit le 25 juin 2016. M^{me} Benson est professeure à la New York Law School et experte en droit de l'immigration des États-Unis. Elle est également spécialisée dans les droits des enfants et leur capacité à demander la protection en vertu des lois américaines en matière d'asile et d'autres dispositions de la *Immigration and Nationality Act* [8 U.S.C. (2006)] des États-Unis.
 - James C. Hathaway, professeur de droit à l'Université du Michigan, spécialisé dans le droit international et le droit comparé des réfugiés, dont l'affidavit a été souscrit le 27 juin 2018.
 - Abed Ayoub, directeur juridique national du American-Arab Anti-Discrimination Committee, dont l'affidavit a été souscrit le 26 juin 2018.
 - Katharina Obser, conseillère politique principale dans le cadre du Migrant Rights and Justice Program de la Women's Refugee Commission, dont les affidavits ont été souscrits le 4 décembre 2017 et le 25 juin 2018.
 - Jaya Ramji-Nogales, professeure de droit à l'Université Temple qui a effectué plusieurs études empiriques sur l'évaluation des demandes d'asile aux États-Unis, dont l'affidavit a été souscrit le 27 août 2018.

Respondents' Evidence

[33] The respondents rely upon the following affidavit evidence:

- Bruce Scholfield, whose affidavit was sworn October 9, 2018, is a former employee of the Department of Citizenship and Immigration (now Immigration Refugees and Citizenship Canada).
- André Baril, whose affidavit was sworn October 11, 2018, is the Senior Director of Refugee Affairs with the Department of Immigration Refugees and Citizenship.
- Matthew Dan, whose affidavit was sworn October 12, 2018, is the Assistant Director of the Department of Immigration, Refugees and Citizenship Canada's Irregular Migration Policy Hub within the Refugee Affairs Branch.
- Sharon Spicer, whose affidavit was sworn October 12, 2018, is the Director of Inland Enforcement Operations and Case Management Division for the Canadian Border Services Agency.
- Alexandre Bilodeau, whose affidavit was sworn October 11, 2018, is the Assistant Director in the Data Management and Reporting Division of the Research and Evaluation Branch.
- Daniel Badour, whose affidavit was sworn October 11, 2018, is the Director of the Asylum Seeker Task Force with the Canada Border Services Agency.
- Laura Soskin, whose affidavit was sworn October 12, 2018, is a Paralegal with the Department of Justice in Toronto.
- Rebecca Louis, whose affidavit was sworn October 9, 2018, was an articling student with the Department of Justice at the time she sworn her affidavit.

Preuve des défendeurs

[33] Les défendeurs s'appuient sur les témoignages par affidavit suivants :

- Bruce Scholfield, ancien employé du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration (maintenant Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada), dont l'affidavit a été souscrit le 9 octobre 2018.
- André Baril, directeur général des Affaires des réfugiés à Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 11 octobre 2018.
- Matthew Dan, directeur adjoint de la section Politiques de migration transfrontalière et d'asile au sein de la Direction générale des Affaires des réfugiés à Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 12 octobre 2018.
- Sharon Spicer, directrice de la division Opérations d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs et gestion de cas pour l'Agence des services frontaliers du Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 12 octobre 2018.
- Alexandre Bilodeau, directeur adjoint de la division Développement de rapports et de données de la Direction générale de la Recherche et évaluation, dont l'affidavit a été souscrit le 11 octobre 2018.
- Daniel Badour, directeur de l'équipe spéciale responsable des demandes d'asile à l'Agence des services frontaliers du Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 11 octobre 2018.
- Laura Soskin, parajuriste au ministère de la Justice à Toronto, dont l'affidavit a été souscrit le 12 octobre 2018.
- Rebecca Louis, stagiaire au ministère de la Justice au moment où elle a fait sa déclaration sous serment, dont l'affidavit a été souscrit le 9 octobre 2018.

[34] The respondents rely upon the following Expert affidavits:

- Stephen Yale-Loerh, whose affidavit was sworn October 12, 2018, is a Professor at Cornell Law School and is counsel at Miller Mayer, LLP, in Ithaca, New York where he practises immigration law.
- Kay Hailbronner, whose affidavit was sworn October 10, 2018, is a Professor Emeritus of Public Law, Public International Law and European Law at the University of Konstanz in Germany.

VII. PRELIMINARY MATTERS

[35] There are two preliminary matters. One is the respondents' objection to the Court considering the expert evidence of Professors Anker and Musalo. The other is the request by the applicant Ms. Mustefa to raise a new procedural fairness argument.

Expert Evidence of Deborah Anker and Karen Musalo

[36] At the opening of their submissions, the respondents reiterated their objections to the Court considering the expert evidence of Professor Anker. The respondents argue that Professor Anker's public advocacy statements on the issues raised in these applications affect the objectivity of her evidence. The respondents do not identify specific statements or specific paragraphs in her affidavits that they object to and seek to strike, but rather they argue that her evidence overall lacks objectivity.

[37] Professor Anker is a law professor at Harvard University. She is the co-founder of the Harvard Immigration and Refugee Clinical Program and has authored a treatise on U.S. asylum law. She is offered as an expert on U.S. asylum law. The respondents do not dispute her qualifications. Their objection arises from the public positions she has taken in criticizing Canada's

[34] Les défendeurs s'appuient sur les témoignages par affidavit des experts suivants :

- Stephen Yale-Loerh, professeur à la faculté de droit de l'Université Cornell et avocat chez Miller Mayer, LLP, à Ithaca, New York, où il pratique le droit de l'immigration, dont l'affidavit a été souscrit le 12 octobre 2018.
- Kay Hailbronner, professeur émérite spécialisé en droit public, en droit international public et en droit européen à l'université de Constance en Allemagne, dont l'affidavit a été souscrit le 10 octobre 2018.

VII. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

[35] Il y a deux questions préliminaires. La première concerne l'objection des défendeurs à ce que la Cour tienne compte des témoignages d'experts de M^{me} Anker et de M^{me} Musalo. La deuxième porte sur la demande de la demanderesse, M^{me} Mustefa, visant à soulever un nouvel argument relatif à l'équité procédurale.

Témoignage d'expert de Deborah Anker et de Karen Musalo

[36] Au début de leurs plaidoiries, les défendeurs ont réitéré leurs objections à ce que la Cour tienne compte du témoignage d'expert de M^{me} Anker. Les défendeurs soutiennent que les déclarations publiques de M^{me} Anker sur les questions soulevées dans les présentes demandes compromettent l'objectivité de son témoignage. Les défendeurs ne relèvent pas de déclarations précises ou de paragraphes en particulier dans ses affidavits auxquels ils s'opposent et qu'ils cherchent à supprimer, mais font plutôt valoir que son témoignage manque globalement d'objectivité.

[37] M^{me} Anker est professeure de droit à l'Université de Harvard. Elle est la co-fondatrice du Harvard Immigration and Refugee Clinical Program et a rédigé un traité sur le droit d'asile américain. Elle est présentée comme experte en droit d'asile américain. Les défendeurs ne contestent pas ses compétences. Leur objection découle des positions publiques qu'elle a prises en

continued adherence to the STCA. They point to a radio interview and a letter sent by Professor Anker to the Prime Minister encouraging Canada to repeal the STCA with the U.S. The respondents argue that, in so doing, she has engaged in advocacy and therefore cannot be considered an objective witness.

[38] The objections to Professors Anker's evidence were addressed in a motion heard on February 21, 2019. At that time, I dismissed the respondent's motion (*Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2019 FC 285 (*CCR 2019*), at paragraph 36). I concluded that Professor Anker's comments in the media about the Canadian refugee system were not the areas for which she was being tendered as an expert witness. Her expertise is the U.S. asylum system. As a result, her expert evidence can be considered apart from her personal views (*CCR 2019*, at paragraph 36). I further noted that any issues with the objectivity of her evidence would go to the weight of her evidence rather than its admissibility (*CCR 2019*, at paragraph 37).

[39] With respect to Professor Musalo, the respondents also argue that she has made public statements in her role with the Centre for Gender and Refugee Studies that are inconsistent with the statements contained in her affidavits and therefore her evidence is not reliable. Again, the respondents do not dispute her qualifications and do not identify specific statements or paragraphs in her affidavits that they seek to strike, but argue that the general content of her affidavits does not align with her public statements.

[40] Having had the opportunity to consider the evidence of both experts in the context of the issues raised on these applications, and with the benefit of a full record from all parties, I maintain my position to allow their evidence. Given that the respondents have not identified specific portions of the evidence that they seek to strike, it is not appropriate to strike the evidence in its entirety. Professor Anker has engaged in public lobbying with respect to the plight of asylum-seekers. On these

critiquant l'adhésion continue du Canada à l'ETPS. Ils font référence à une entrevue radiophonique ainsi qu'à une lettre envoyée par M^{me} Anker au premier ministre pour encourager le Canada à abroger l'ETPS conclue avec les États-Unis. Les défendeurs font valoir que, ce faisant, elle s'est engagée à défendre une cause et ne peut donc être considérée comme un témoin objectif.

[38] Les objections au témoignage de M^{me} Anker ont été instruites dans une requête entendue le 21 février 2019, date à laquelle j'ai rejeté la requête des défendeurs (*Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2019 CF 285 (*CCR 2019*), au paragraphe 36). J'ai conclu que les commentaires formulés par M^{me} Anker dans les médias sur le régime applicable aux réfugiés au Canada ne portaient pas sur des domaines pour lesquels elle était appelée à témoigner en tant qu'experte. Son expertise porte sur le système d'asile américain. Par conséquent, son témoignage d'experte peut être considéré indépendamment de ses opinions (*CCR 2019*, au paragraphe 36). J'ai également souligné que toute question relative à l'objectivité de son témoignage serait liée à la valeur probante de son témoignage plutôt qu'à sa recevabilité (*CCR 2019*, au paragraphe 37).

[39] En ce qui concerne M^{me} Musalo, les défendeurs soutiennent également qu'elle a fait des déclarations publiques dans le cadre de son rôle au sein du Center for Gender and Refugee Studies qui sont en contradiction avec les déclarations contenues dans ses affidavits et que son témoignage n'est donc pas fiable. Là encore, les défendeurs ne contestent pas ses compétences et ne relèvent pas de déclarations ou de paragraphes en particulier dans ses affidavits qu'ils demandent de supprimer, mais soutiennent que le contenu général de ses affidavits ne cadre pas avec ses déclarations publiques.

[40] Ayant eu l'occasion d'examiner les témoignages des deux expertes dans le contexte des questions soulevées dans les présentes demandes, et à la lumière du dossier complet fourni par toutes les parties, je maintiens ma conclusion d'autoriser leurs témoignages. Étant donné que les défendeurs n'ont pas relevé de parties précises à supprimer dans leurs témoignages, il n'est pas approprié de supprimer les témoignages dans leur intégralité. M^{me} Anker se livre à des activités de lobbying publiques

applications, she is offered as an expert on U.S. asylum law and international refugee law. Professor Anker's evidence as contained in her affidavits of October 6, 2017 and June 26, 2018, is accepted for the factual detail provided. Her public statements and her opinion regarding the appropriateness of the STCA are irrelevant.

[41] The respondents' objection to Professor Musalo's evidence is weaker. They claim that the public statements of her organization regarding the likelihood of success of asylum claims in the U.S. system are in direct contradiction to the evidence provided in her affidavits. Specifically, the respondents claim that the Professor's website suggests that asylum claims can be successfully pursued, whereas in her affidavits (September 22, 2017, and June 25, 2018) she claims that the likelihood of success is low. The challenge with how the respondents have raised their objections to this evidence, is that they fail to specify what portions or what statements they take issue with. I agree with the respondents that broad categorical statements on the success of asylum claims within the U.S. system is irrelevant and I will therefore disregard these statements.

[42] Both Professors Anker and Musalo signed the expert witness certificate under the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106] which specifically states they "have read the Code of Conduct for Expert Witnesses set out in the schedule to the *Federal Courts Rules* and agree to be bound by it." The Code of Conduct provides:

1 An expert witness named to provide a report for use as evidence, or to testify in a proceeding, has an overriding duty to assist the Court impartially on matters relevant to his or her area of expertise.

2 This duty overrides any duty to a party to the proceeding, including the person retaining the expert witness. An

concernant le sort des demandeurs d'asile. Dans le cadre des présentes demandes, elle est citée comme une experte en droit d'asile américain et en droit international des réfugiés. Les témoignages de M^{me} Anker, contenus dans ses affidavits du 6 octobre 2017 et du 26 juin 2018, sont admis pour les détails factuels qu'ils fournissent. Ses déclarations publiques et son opinion concernant le caractère approprié de l'ETPS ne sont pas pertinentes.

[41] L'objection des défendeurs à l'égard du témoignage de M^{me} Musalo est plus faible. Les défendeurs affirment que les déclarations publiques de l'organisation de cette dernière concernant la probabilité de succès des demandes d'asile dans le système américain sont en contradiction directe avec la preuve fournie dans ses affidavits. Plus précisément, les défendeurs affirment que le site Web de M^{me} Musalo donne à penser que des demandes d'asile peuvent être présentées avec succès, alors que dans ses affidavits (22 septembre 2017 et 25 juin 2018), elle affirme que la probabilité de succès est faible. La difficulté quant à la manière dont les défendeurs ont soulevé leurs objections à ces éléments de preuve réside dans le fait qu'ils ne précisent pas les passages ou les déclarations qu'ils contestent. Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire que les déclarations catégoriques générales sur le succès des demandes d'asile dans le système américain ne sont pas pertinentes et je ne tiendrai donc pas compte de ces déclarations.

[42] M^{me} Anker et M^{me} Musalo ont toutes deux signé le certificat relatif au code de déontologie régissant les témoins experts figurant aux *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106] dans lequel chacune d'elles a reconnu expressément ce qui suit : « [j']atteste avoir pris connaissance du Code de déontologie régissant les témoins experts, figurant à l'annexe des *Règles des Cours fédérales*, et j'accepte de m'y conformer ». Le Code de déontologie prévoit les devoirs suivants :

1 Le témoin expert désigné pour produire un rapport qui sera présenté en preuve ou pour témoigner dans une instance a l'obligation primordiale d'aider la Cour avec impartialité quant aux questions qui relèvent de son domaine de compétence.

2 Cette obligation l'emporte sur toute autre qu'il a envers une partie à l'instance notamment envers la personne qui

expert is to be independent and objective. An expert is not an advocate for a party.

[43] In *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182 (*White Burgess*), the Supreme Court of Canada held that the role of an expert is to assist the Court, *not* to advocate. The Court further noted that experts “have a special duty to the court to provide fair, objective and non-partisan assistance” (*White Burgess*, at paragraph 2).

[44] Having considered Professors Anker and Musalo’s evidence in the full context of these applications, I accept their evidence. I acknowledge that they are engaged in broader forms of advocacy in support of asylum causes. However, for the present applications, their evidence was based on their professional views of the U.S. asylum system and how it functions, or fails to function. It is in that regard that their evidence and opinions are of assistance to the Court.

[45] Given the failure of the respondents to clearly articulate their specific objections, and considering the test outlined by the Supreme Court in *White Burgess*, I accept their evidence subject to the qualifications noted.

Ms. Mustefa’s Request to Make New Arguments

[46] At the hearing, Ms. Mustefa’s lawyers requested leave to amend her application to make new procedural fairness arguments. I declined this request. As I stated at the hearing, these applications had been ongoing for a number of years, accordingly, there was ample time to identify and raise these arguments earlier. In my view, it was not fair to the respondents, or in the interests of justice, to allow Ms. Mustefa to raise procedural fairness arguments at the hearing of this judicial review application.

retient ses services. Le témoin expert se doit d’être indépendant et objectif. Il ne doit pas plaider le point de vue d’une partie.

[43] Dans l’arrêt *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182 (*White Burgess*), la Cour suprême du Canada a souligné que le rôle d’un expert est d’aider la Cour, et non de se faire le défenseur d’une cause. La Cour a également ajouté que les tout témoin expert « a l’obligation particulière d’apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale » (*White Burgess*, au paragraphe 2).

[44] Après examen des témoignages de M^{me} Anker et de M^{me} Musalo dans le contexte complet des présentes demandes, j’accepte leurs témoignages. Je reconnais qu’elles sont engagées dans des formes plus larges d’activités de plaider en faveur de causes en matière d’asile. Cependant, pour les présentes demandes, leurs témoignages étaient fondés sur leur opinion professionnelle du système d’asile américain et de son fonctionnement ou de ses lacunes. C’est à cet égard que leurs témoignages et leurs opinions sont utiles à la Cour.

[45] Étant donné que les défendeurs n’ont pas exposé clairement leurs objections précises, et compte tenu du critère défini par la Cour suprême dans l’arrêt *White Burgess*, j’accepte leurs témoignages dans la limite des réserves mentionnées.

Demande de M^{me} Mustefa pour présenter de nouveaux arguments

[46] À l’audience, les avocats de M^{me} Mustefa ont demandé l’autorisation de modifier sa demande afin de pouvoir présenter de nouveaux arguments en matière d’équité procédurale. J’ai rejeté cette demande. Comme je l’ai mentionné à l’audience, les présentes demandes étant en cours depuis plusieurs années, les avocats ont eu amplement de temps de relever ces arguments et de les soulever plus tôt. À mon avis, il n’était pas équitable pour les défendeurs, ni dans l’intérêt de la justice, de permettre à M^{me} Mustefa de soulever des arguments relatifs à l’équité procédurale lors de l’audition de la présente demande de contrôle judiciaire.

VIII. ISSUES

[47] The following are the issues for determination:

- A. Is section 159.3 of the Regulations *ultra vires*?
- B. Does the STCA infringe section 7 of the Charter?
- C. Is the infringement justified under section 1 of the Charter?
- D. Does the STCA infringe section 15 of the Charter?
- E. Should the Court decline to consider Ms. Mustefa's application?
- F. Do certified questions arise?

IX. STANDARD OF REVIEW

[48] After hearing these applications, the Supreme Court released its decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*). Accordingly, I invited the parties to make post-hearing submissions on the impact of *Vavilov* on the applicable standard of review.

[49] The applicants assert that *Vavilov* strengthens their position that section 159.3 of the Regulations is *ultra vires* for two reasons. First, because the Supreme Court held that external constraints limit the range of reasonable outcomes of administrative decisions (*Vavilov*, at paragraph 90). Second, they argue that, even when applying a deferential standard, interpretations that are contrary to the legislative purpose of the grant of power, contrary to the overarching purpose of the Act, or contrary to Canada's international obligations will necessarily be unreasonable (*Vavilov*, at paragraphs 114 and 120).

VIII. QUESTIONS EN LITIGE

[47] Les questions à trancher sont les suivantes :

- A. L'article 159.3 du Règlement est-il *ultra vires*?
- B. L'ETPS viole-t-elle l'article 7 de la Charte?
- C. Cette violation est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?
- D. L'ETPS viole-t-elle l'article 15 de la Charte?
- E. La Cour devrait-elle refuser d'examiner la demande de M^{me} Mustefa?
- F. Y a-t-il en l'espèce des questions à certifier?

IX. NORME DE CONTRÔLE

[48] Après l'instruction des présentes demandes, la Cour suprême a rendu sa décision dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*). J'ai donc invité les parties à présenter leurs observations après l'audience sur l'incidence de l'arrêt *Vavilov* sur la norme de contrôle applicable.

[49] Les demandeurs affirment que l'arrêt *Vavilov* renforce leur position selon laquelle l'article 159.3 du Règlement est *ultra vires* pour deux raisons. Premièrement, parce que la Cour suprême a jugé que les contraintes externes limitent l'éventail des conclusions raisonnables que peut tirer un décideur administratif (*Vavilov*, au paragraphe 90). Deuxièmement, les demandeurs soutiennent que, même en appliquant une norme commandant la déférence, les interprétations qui sont contraires à l'objectif législatif de l'attribution du pouvoir, contraires à l'objet général d'une loi ou contraires aux obligations internationales du Canada seront nécessairement déraisonnables (*Vavilov*, aux paragraphes 114 et 120).

[50] The respondents say that *Vavilov* does not change their position on the *vires* issue, because, according to the respondents, the Court cannot consider evidence that post-dates the promulgation of section 159.3 of the Regulations. Therefore, the standard of review question is irrelevant as the issue is resolved before it is necessary to consider the appropriate standard of review.

[51] Taking these positions into consideration, and the direction provided in *Vavilov*, in my view, the standard of review for the *vires* considerations is reasonableness. *Vavilov*, at paragraph 68 states:

Reasonableness review does not give administrative decision makers free rein in interpreting their enabling statutes, and therefore does not give them licence to enlarge their powers beyond what the legislature intended. Instead, it confirms that the governing statutory scheme will always operate as a constraint on administrative decision makers and as a limit on their authority. Even where the reasonableness standard is applied in reviewing a decision maker's interpretation of its authority, precise or narrow statutory language will necessarily limit the number of *reasonable* interpretations open to the decision maker — perhaps limiting it [to] one. [Emphasis in original.]

[52] The issue of whether section 159.3 of the Regulations and paragraph 101(1)(e) of the IRPA violate the Charter will be considered on a correctness standard (*Vavilov*, at paragraph 57).

X. ANALYSIS

Is Section 159.3 of the Regulations *Ultra Vires*?

Statutory and Convention Provisions

[53] The relevant provisions of the IRPA are:

3 (1) ...

Application

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

[50] Les défendeurs affirment que l'arrêt *Vavilov* ne change pas leur position sur la question de l'excès de pouvoir, car, selon eux, la Cour ne peut pas tenir compte de preuves qui sont postérieures à l'adoption de l'article 159.3 du Règlement. Par conséquent, la question de la norme de contrôle n'est pas pertinente puisqu'elle est tranchée avant même qu'il ne soit nécessaire d'examiner la norme de contrôle applicable.

[51] Compte tenu de ces positions et des directives que fournit l'arrêt *Vavilov*, la norme de contrôle applicable aux considérations d'excès de pouvoir est, à mon avis, celle de la décision raisonnable. Le paragraphe 68 de l'arrêt *Vavilov* énonce ce qui suit :

La norme de la décision raisonnable ne permet pas aux décideurs administratifs d'interpréter leur loi habilitante à leur gré et ne les autorise donc pas à élargir la portée de leurs pouvoirs au-delà de ce que souhaitait le législateur. Elle vient plutôt confirmer que le régime législatif applicable servira toujours à circonscrire les actes ainsi que les pouvoirs des décideurs administratifs. Même dans les cas où l'interprétation que le décideur donne de ses pouvoirs fait l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, un texte législatif formulé en termes précis ou étroits aura forcément pour effet de restreindre les interprétations *raisonnables* que le décideur peut retenir — en les limitant peut être à une seule. [Italique dans l'original.]

[52] La question de savoir si l'article 159.3 du Règlement et l'alinéa 101(1)(e) de la LIPR violent la Charte sera examinée selon la norme de la décision correcte (*Vavilov*, au paragraphe 57).

X. ANALYSE

L'article 159.3 du Règlement est-il *ultra vires*?

Dispositions des lois et des conventions

[53] Les dispositions pertinentes de la LIPR sont les suivantes :

3 (1) [...]

Interprétation et mise en œuvre

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

...	[...]
(d) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;	d) d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;
...	[...]
(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.	f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.
...	[...]
Preparation of report	Rapport d'interdiction de territoire
44 (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.	44 (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.
...	[...]
Ineligibility	Irrecevabilité
101 (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if	101 (1) La demande est irrecevable dans les cas suivants :
...	[...]
(e) the claimant came directly or indirectly to Canada from a country designated by the regulations, other than a country of their nationality or their former habitual residence; or	e) arrivée, directement ou indirectement, d'un pays désigné par règlement autre que celui dont il a la nationalité ou dans lequel il avait sa résidence habituelle;
...	[...]
Regulations	Règlements
102 (1) The regulations may govern matters relating to the application of sections 100 and 101, may, for the purposes of this Act, define the terms used in those sections and, for the purpose of sharing responsibility with governments of foreign states for the consideration of refugee claims, may include provisions	102 (1) Les règlements régissent l'application des articles 100 et 101, définissent, pour l'application de la présente loi, les termes qui y sont employés et, en vue du partage avec d'autres pays de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile, prévoient notamment :
(a) designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture;	a) la désignation des pays qui se conforment à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture;
...	[...]

Factors

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

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

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

(c) its human rights record; and

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

Review

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

[54] Section 159.3 of the IRPR states:

Designation — United States

159.3 The United States is designated under paragraph 102(1)(a) of the Act as a country that complies with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture, and is a designated country for the purpose of the application of paragraph 101(1)(e) of the Act.

[55] Article 33 of the Refugee Convention provides:

ARTICLE 33*Prohibition of Expulsion or Return (“Refoulement”)*

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

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable

Facteurs

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

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

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

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

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

Suivi

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

[54] L'article 159.3 du RIPR est libellé comme suit :

Désignation — États-Unis

159.3 Les États-Unis sont un pays désigné au titre de l'alinéa 102(1)a) de la Loi à titre de pays qui se conforme à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture et sont un pays désigné pour l'application de l'alinéa 101(1)e) de la Loi.

[55] L'article 33 de la Convention sur les réfugiés prévoit ce qui suit :

ARTICLE 33*Défense d'Expulsion et de Refoulement*

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

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons

grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

[56] Article 3 of the Convention against Torture states:

ARTICLE 3

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

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

[57] These provisions were considered extensively in *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2007 FC 1262, [2008] 3 F.C.R. 606 (*CCR 2007*) and *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136 (*CCR 2008*).

Applicants’ Submissions

[58] The applicants argue that section 159.3 of the Regulations is *ultra vires* because the ongoing designation of the U.S. as a safe third country is inconsistent with the statutory purpose and the statutory grant of power. Further, they argue that the statutory conditions precedent for the ongoing designation of the U.S. as a safe third country have not been satisfied.

Designation Inconsistent with Statutory Purpose and Grant of Power

[59] The applicants submit that developments in the law since the F.C.A. decision in *CCR 2008* allow this Court to reconsider the *vires* issue. They rely upon *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers’ Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635 (*West Fraser Mills*) (at paragraphs 10 and 12) and *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan*

sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l’objet d’une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

[56] L’article 3 de la Convention contre la torture indique ce qui suit :

ARTICLE 3

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

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

[57] Ces dispositions ont été examinées en détail dans les décisions *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2007 CF 1262, [2008] 3 R.C.F. 606 (*CCR 2007*) et *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136 (*CCR 2008*).

Observations des demandeurs

[58] Les demandeurs font valoir que l’article 159.3 du Règlement est *ultra vires* parce que la désignation actuelle des États-Unis comme tiers pays sûr est incompatible avec l’objet de la loi habilitante et les pouvoirs conférés par celle-ci. De plus, ils font valoir que les conditions prévues par la loi préalables à la désignation actuelle des États-Unis en tant que tiers pays sûr n’ont pas été remplies.

Désignation incompatible avec l’objet de la loi et les pouvoirs conférés par la loi

[59] Les demandeurs allèguent que l’évolution du droit depuis la décision de la Cour d’appel fédérale (la C.A.F.) dans l’affaire *CCR 2008* permet à la Cour de réexaminer la question de l’excès de pouvoir. Les demandeurs s’appuient sur les arrêts *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635 (*West Fraser Mills*)

(*District*), 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5 (at paragraph 12) to argue that a regulation is *ultra vires* when it is “inconsistent with the objective of the enabling statute or the scope of the statutory mandate” (*West Fraser Mills*, at paragraph 12).

[60] According to the applicants, based on the evidence of violations by the U.S. of the Refugee Convention, the U.S. is not a safe third country. They rely upon the following evidence:

- “Proposal for a Targeted Review of the US as a Safe Third Country” (Exhibit 8 to the cross-examination of André Baril) (“Proposal for a Targeted Review”).
- *Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees For the Office of the High Commissioner for Human Rights’ Compilation Report – Universal Periodic Review: United States of America*, UNHCR, October 2014 (Exhibit 10 to the cross-examination of André Baril) (Universal Periodic Review).
- Memorandum to Minister Hussein from Deputy Minister, “Amnesty International and Canadian Council for Refugees Report Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country” (June 28, 2017) (Exhibit 10 to the cross-examination of André Baril) (Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country).
- Human Rights Watch, *In the Freezer: Abusive Conditions for Women and Children in US Immigration Holding Cells* [28 February 2018] (Exhibit 30 to the cross-examination of André Baril) (In the Freezer).
- “Memorandum to the Assistant Deputy Minister—U.S. Development pertaining to domestic and gang violence related to asylum claims” (Exhibit 29 to the cross-examination of André Baril).

(aux paragraphes 10 et 12) et *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5 (au paragraphe 12) pour faire valoir qu’un règlement est *ultra vires* lorsqu’il est « incompatible avec l’objectif de [l]a loi habilitante ou encore [s]’il déborde le cadre du mandat prévu par la Loi » (*West Fraser Mills*, au paragraphe 12).

[60] Selon les demandeurs, à la lumière des preuves de violations de la Convention sur les réfugiés par les États-Unis, ce pays n’est pas un tiers pays sûr. Les éléments de preuve étayant leurs allégations sont les suivants :

- « Proposal for a Targeted Review of the US as a Safe Third Country » (pièce 8 relative au contre-interrogatoire d’André Baril) (la Proposition de réexamen ciblé).
- *Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees For the Office of the High Commissioner for Human Rights’ Compilation Report – Universal Periodic Review: United States of America*, HCNUR, Octobre 2014 (pièce 10 relative au contre-interrogatoire d’André Baril) (l’Examen périodique universel).
- Mémoire du sous-ministre adressée au ministre Hussein, «Amnesty International and Canadian Council for Refugees Report contesting the Designation of the US as a Safe Third Country » (28 juin 2017) (pièce 10 relative au contre-interrogatoire d’André Baril) (le Rapport contestant la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr).
- Human Rights Watch, *In the Freezer: Abusive Conditions for Women and Children in US Immigration Holding Cells* [28 février 2018] (pièce 30 relative au contre-interrogatoire d’André Baril) (le rapport In the Freezer).
- « Memorandum to the Assistant Deputy Minister – U.S. Development pertaining to domestic and gang violence related to asylum claims » (pièce 29 relative au contre-interrogatoire d’André Baril).

- “Domestic Gang Violence Claims in the US”, September 2018 (Exhibit 20 to the cross-examination of André Baril).
- “Memorandum to the Assistant Deputy Minister— U.S. Development pertaining to domestic and gang violence related to asylum claims”, Summary (Exhibit 23 to the cross-examination of André Baril).
- “UNHCR Amicus brief on asylum policy developments in the US” (Exhibit 24 to the cross-examination of André Baril) (UNHCR Amicus brief).
- Emails from Dean Barry with IRCC [Immigration, Refugees and Citizenship Canada] Reports and Flash Reports, June 7, 2018—November 26, 2018 (Exhibit 52 to the cross-examination of André Baril).
- « Domestic Gang Violence Claims in the US », septembre 2018 (pièce 20 relative au contre-interrogatoire d’André Baril).
- « Memorandum to the Assistant Deputy Minister – U.S. Development pertaining to domestic and gang violence related to asylum claims », sommaire (pièce 23 relative au contre-interrogatoire d’André Baril).
- « UNHCR Amicus brief on asylum policy developments in the US » (pièce 24 relative au contre-interrogatoire d’André Baril) (le Mémoire d’*amicus curiae* du HCR [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés]).
- Courriels de Dean Barry auxquels sont joints des rapports et des rapports sommaires d’IRCC [Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada], 7 juin 2018 — 26 novembre 2018 (pièce 52 relative au contre-interrogatoire d’André Baril).

[61] The applicants argue that based upon these reports, Canadian officials were aware of the U.S. practice of detaining and punishing asylum-seekers in contravention of the Refugee Convention. They point out that the detention conditions were reported to the Minister in the document “Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country” prepared by Amnesty International and The Canadian Council for Refugees. The “Proposal for a Targeted Review” provided information on the U.S. policy of separating parents from their children in detention. “In the Freezer” confirms that routine detention in inhumane conditions was continuing in the U.S. into February 2018.

[62] Information contained in the “Universal Periodic Review” and the “Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country” reports provided the Canadian government with information on the impact of the one-year bar, the U.S. zero tolerance policy and the risk of *refoulement*. In the U.S., asylum seekers must make their claim within a year of entering the U.S. If this deadline is missed, claimants must show it is more likely than

[61] Les demandeurs font valoir qu’à la lumière de ces rapports, les autorités canadiennes étaient au courant de la pratique américaine consistant à détenir et à punir les demandeurs d’asile et savaient que celle-ci ne respectait pas Convention sur les réfugiés. Ils soulignent que les conditions de détention ont été signalées au ministre dans le Rapport contestant la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr préparé par Amnesty internationale et le Conseil canadien pour les réfugiés. La Proposition de réexamen ciblé fournit des renseignements sur la politique américaine de séparation des parents de leurs enfants lorsqu’ils sont en détention. Le rapport « In the Freezer » confirme que la détention systématique dans des conditions inhumaines s’est poursuivie aux États-Unis jusqu’en février 2018.

[62] Les renseignements contenus dans l’Examen périodique universel et le Rapport contestant la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr ont fourni au gouvernement canadien des informations sur les répercussions du délai de prescription d’un an, de la politique de tolérance zéro américaine et du risque de *refoulement*. Aux États-Unis, les demandeurs d’asile doivent présenter leur demande au cours de l’année qui suit leur entrée

not that they will be persecuted because of a protected ground, which is a higher standard than the usual standard of having a well-founded fear of persecution. The applicants contend that the shift in the burden after the one-year deadline is missed means that people with legitimate claims will likely be *refouled* because they do not reach the new (higher) threshold.

[63] The applicants also argue that the adoption of the “zero tolerance” policy for illegal entry was an explicit attempt to deter migration, including asylum seekers. They point to the February 4, 2019 cross-examination of Prof. Yale-Loerh who agreed that family separation and detention are penalties being imposed to deter migrants from entering the U.S.

[64] Furthermore, the applicants argue that “UNHCR Amicus brief” demonstrates that following the decision in the *Matter of A-B-* [22 I&N 318 (A.G. 2018)], it became more difficult to establish domestic and/or gang grounds for refugee protection in the U.S.

[65] The applicants submit that the Canadian government had knowledge that the U.S. asylum practices and policies are not in keeping with the UNHCR Guidelines, and therefore the U.S. is not a “safe third country” within the meaning of the statutory purpose.

Failure to Satisfy Conditions Precedent

[66] The applicants submit that the factors outlined in subsections 102(2) and (3) of the IRPA are conditions precedent that have not been met. They rely upon the decisions in *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810 (*Katz*) and *Thorne’s Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, (1983), 143 D.L.R. (3d) 577 (*Thorne’s*) to argue that the regulation, as subordinate legislation, is invalid as it fails to satisfy the applicable statutory conditions. The applicants argue that subsection 102(3) of the

sur le territoire. Si ce délai n’est pas respecté, les demandeurs doivent démontrer qu’il est plus probable que le contraire qu’ils seront persécutés en raison d’un motif protégé, ce qui est une norme plus élevée que la norme habituelle qui consiste à avoir une crainte fondée de persécution. Les demandeurs allèguent que le renversement du fardeau de preuve après le délai d’un an signifie que les personnes ayant des demandes légitimes seront probablement refoulées au motif qu’elles ne satisfont plus au nouveau critère (plus élevé).

[63] Les demandeurs font également valoir que l’adoption de la politique de « tolérance zéro » relativement à l’entrée illégale était une tentative explicite de dissuader la migration, y compris celle des demandeurs d’asile. Ils s’appuient sur le contre-interrogatoire du 4 février 2019 de M. Yale-Loerh qui a convenu que la séparation des familles et leur détention sont des sanctions imposées pour dissuader les migrants d’entrer aux États-Unis.

[64] De plus, les demandeurs allèguent que le mémoire d’*amicus curiae* du HCR démontre qu’à la suite de la décision rendue dans l’affaire *Matter of A-B-* [22 I&N 318 (A.G. 2018)], il est devenu plus difficile d’établir des motifs de protection des réfugiés aux États-Unis liés à la famille et/ou aux gangs.

[65] Les demandeurs font valoir que le gouvernement canadien savait que les pratiques et les politiques des États-Unis en matière d’asile n’étaient pas conformes aux principes directeurs du HCR et que les États-Unis ne sont donc pas un « tiers pays sûr » au sens de l’objet de la loi.

Défaut de satisfaire aux conditions préalables

[66] Les demandeurs allèguent que les facteurs énoncés aux paragraphes 102(2) et (3) de la LIPR sont des conditions préalables qui n’ont pas été remplies. Ils s’appuient sur les décisions *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810 (*Katz*) et *Thorne’s Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106 (*Thorne’s*) pour faire valoir que le Règlement, en tant que texte législatif subordonné, est invalide car il ne répond pas aux exigences applicables prévues par la loi. Les demandeurs soutiennent que le

IRPA mandates a continuing review of the designation factors and requires the Minister to form an opinion that the safe third country designation should be maintained.

[67] Initially, by the 2004 Order in Council (OIC) [P.C. 2004-1158 (October 12, 2004)], the review responsibility was delegated to the Minister of Citizenship and Immigration. In his affidavit, Mr. Baril explains that pursuant to the 2004 OIC, reviews were conducted every 5 years (2009 and 2014). The 2015 OIC [P.C. 2015-0809 (June 11, 2015)] marked a change in the review responsibility. The 2015 OIC states:

1. (1) The Minister of Citizenship and Immigration must undertake a review, on a continual basis, of the factors set out in subsection 102(2) of the Immigration and Refugee Protection Act with respect to the United States, as a country designated under paragraph 102(1)(a) of that Act and referred to in section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, by monitoring those factors on a regular basis. The Minister must report to the Governor in Council on that review when the circumstances warrant.

[68] The applicants allege that this change in review responsibility was an unlawful sub-delegation of the review authority (*Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, [1973] S.C.R. 131, (1972), 30 D.L.R. (3d) 559; *Morton v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 575, 96 Admin. L.R. (5th) 1, at paragraphs 82–83).

[69] On monitoring, the applicants argue that the evidence demonstrates that there was a lack of meaningful analysis of the U.S. compliance with the Refugee Convention and international human rights standards. According to the applicants, in the absence of such analysis, the Minister, and the GIC [Governor in Council], were not provided with the information necessary to assess the designation.

[70] The applicants say that the F.C.A. in *CCR 2008*, did not consider whether subsection 102(3) created a condition precedent to the validity of the ongoing designation. They argue that the F.C.A. did not make any finding on whether ongoing review is actually required.

paragraphe 102(3) de la LIPR impose un suivi de l'examen des facteurs de désignation et exige que le ministre juge si la désignation de tiers pays sûr doit être maintenue.

[67] Initialement, aux termes du décret de 2004 [C.P. 2004-1158 (12 octobre 2004)], la responsabilité de l'examen était déléguée au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Dans son affidavit, M. Baril explique qu'en vertu du décret de 2004, les examens étaient effectués tous les cinq ans (2009 et 2014). Le décret de 2015 [C.P. 2015-0809 (11 juin 2015)] a marqué un changement dans la responsabilité de l'examen. Le décret de 2015 stipule ce qui suit :

1. (1) Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration procède, sur une base régulière, au suivi de l'examen des facteurs prévus au paragraphe 102(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à l'égard des États-Unis, à titre de pays désigné en vertu de l'alinéa 102(1)a) de cette loi et visé à l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* en surveillant ces facteurs sur une base régulière. Il fait rapport au gouverneur en conseil relativement à cet examen si les circonstances le justifient.

[68] Les demandeurs allèguent que ce changement de responsabilité en matière d'examen était une sous-délégation illégale du pouvoir d'examen (*Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131; *Morton c. Canada (Pêches et Océans)*, 2015 CF 575, aux paragraphes 82 et 83).

[69] En ce qui concerne le volet de la surveillance, les demandeurs font valoir que la preuve démontre qu'il y a eu un manque d'analyse significative quant au respect par les États-Unis de la Convention sur les réfugiés et des normes internationales en matière de droits de la personne. Selon les demandeurs, en l'absence d'une telle analyse, le ministre et le gouverneur en conseil n'ont pas disposé des informations nécessaires pour réévaluer la désignation.

[70] Les demandeurs affirment que dans l'affaire *CCR 2008*, la C.A.F. n'a pas examiné si le paragraphe 102(3) créait une condition préalable au maintien de la désignation des États-Unis. Ils indiquent que la C.A.F. n'a pas fait de constatation sur la nécessité d'assurer le suivi

They argue that the F.C.A. did not find subsequent factors are irrelevant, and that, as such, the F.C.A. has not decided the *vires* issue they raise now. The applicants further note that, unlike in *CCR 2008*, they are seeking a remedy for the alleged failure to review (see: *CCR 2008*, at paragraph 83).

Analysis—Ultra Vires

[71] I begin the analysis of this issue by reference to the following statement from the F.C.A. in *CCR 2008*, at paragraph 57:

An attack aimed at the *vires* of a regulation involves the narrow question of whether the conditions precedent set out by Parliament for the exercise of the delegated authority are present at the time of the promulgation....

[72] Further, at paragraph 89, the F.C.A. states:

There is one key date that the applications Judge had to be mindful of: December 29, 2004, when the Regulations came into force, the last relevant date for the assessment of the *vires* issue. Regardless of the conditions precedent which one wishes to apply, the *vires* of the Regulations could not be assessed on the basis of facts, events or developments that are subsequent to the date of the promulgation.

[73] On the decision to designate the U.S., the F.C.A. found that “[o]nce ... the GIC has given due consideration to these four factors, and formed the opinion that the candidate country is compliant with the relevant Articles of the Conventions, there is nothing left to be reviewed judicially” (*CCR 2008*, at paragraph 78).

[74] Considering the clear statements from the F.C.A. in *CCR 2008*, and notwithstanding the able arguments of counsel for the applicants, I am bound by *CCR 2008*. While the applicants have somewhat reframed the *vires* arguments on these judicial review applications, in my view, the F.C.A. decision is a full answer to the *vires* argument even as the applicants now present them.

de cette désignation. Ils font valoir que la CAF n’a pas jugé que les facteurs ultérieurs n’étaient pas pertinents et qu’elle n’a donc pas tranché la question de l’excès de pouvoir qu’ils soulèvent maintenant. Les demandeurs soulignent notamment que, contrairement à l’affaire *CCR 2008*, ils cherchent à obtenir une réparation pour le prétendu défaut d’assurer le suivi (voir : *CCR 2008*, au paragraphe 83).

Analyse — ultra vires

[71] Je commencerai l’analyse de cette question en renvoyant à la conclusion suivante de la C.A.F. au paragraphe 57 de l’arrêt *CCR 2008* :

La contestation de la légalité d’un règlement soulève la question précise de savoir si les conditions préalables à l’exercice du pouvoir délégué qui ont été énoncées par le législateur existent au moment où le règlement est pris [...]

[72] Plus loin, au paragraphe 89, la C.A.F. souligne ce qui suit :

Il y a une date importante que le juge de première instance aurait dû retenir : le 29 décembre 2004, la date à laquelle le Règlement est entré en vigueur, la dernière date pertinente en ce qui a trait à l’évaluation de la question de légalité. Peu importe les conditions préalables que l’on veut appliquer, la légalité du Règlement ne pouvait pas être évaluée sur la foi de faits survenus après la date de la prise du Règlement.

[73] En ce qui concerne la décision de désigner les États-Unis, la C.A.F. a conclu ce qui suit : « Une fois que [...] le GC a tenu compte de ces quatre facteurs de manière appropriée et qu’il est arrivé à la conclusion que le pays candidat se conforme aux articles pertinents des Conventions, il n’y a plus rien qui puisse faire l’objet d’un contrôle judiciaire » (*CCR 2008*, au paragraphe 78).

[74] Compte tenu des observations claires formulées par la C.A.F. dans l’arrêt *CCR 2008*, et malgré les arguments solides des avocats des demandeurs, je suis liée par l’arrêt *CCR 2008*. Bien que les demandeurs aient quelque peu reformulé les arguments sur la question de l’excès de pouvoir dans le cadre des présentes demandes de contrôle judiciaire, la décision de la C.A.F. fournit,

[75] I have considered the cases relied upon by the applicants (*Katz, Thorne's, Wildlands League v. Ontario (Natural Resources and Forestry)*, 2016 ONCA 741 [*sub nom. Wildlands League v. Ontario Lieutenant Governor in Council*], 134 O.R. (3d) 450), however I do not read these cases as opening the door for this Court to take post-promulgation facts into consideration to determine the *vires* of the regulation. These cases specify that judicial review of regulations is “usually restricted to the grounds that they are inconsistent with the purpose of the statute or that some condition precedent in the statute has not been observed” (*Katz*, at paragraph 27). This issue was addressed in *CCR 2008*.

[76] In *CCR 2008*, the F.C.A. notes in paragraphs 74, 75, 76 and 78 that section 101 of the IRPA does not require “actual compliance” or compliance in absolute terms. Further, the wording of subsection 102(3) does not reference actual compliance with the Refugee Convention or the Convention against Torture, rather, it is compliance with the factors set out in subsection 102(2) of the IRPA that is assessed.

[77] The applicants’ arguments regarding the sufficiency of the ongoing review were also addressed by the F.C.A. in *CCR 2008*, at paragraphs 92–97. For the time-frame post *CCR 2008*, in his affidavit, Mr. Baril confirms that reporting on the STCA continued. Mr. Baril states that the IRCC prepared reports in December 2016, March 2017, and February 2018, although he acknowledges that these reports were not submitted to the Governor in Council (GIC).

[78] Redacted versions of the reports to the Minister were marked as exhibits to Mr. Baril’s cross-examination. Although the content of these reports was not in evidence, they do provide evidence that reporting continued after the 2015 OIC. Therefore, I am satisfied that the obligation to review and to report “when the circumstances warrant” as noted in the 2015 OIC continued. Furthermore, the applicants’ arguments regarding

selon moi, une réponse complète aux arguments fondés sur l’excès de pouvoir même si les demandeurs les présentent maintenant.

[75] J’ai examiné les décisions invoquées par les demandeurs (*Katz, Thorne's, Wildlands League v. Ontario (Natural Resources and Forestry)*, 2016 ONCA 741 [*sub nom. Wildlands League v. Ontario (Lieutenant Governor in Council)*], 134 O.R. (3d) 450), mais je ne considère pas que celles-ci permettent la prise en compte par notre Cour de faits survenus après la date de prise du Règlement pour se prononcer sur la légalité de celui-ci. Ces décisions précisent que le contrôle judiciaire des règlements « se limite normalement à la question de leur incompatibilité avec l’objet de la loi ou à l’inobservation d’une condition préalable prévue par la loi » (*Katz*, au paragraphe 27). Cette question a été abordée dans l’arrêt *CCR 2008*.

[76] Dans l’arrêt *CCR 2008*, la C.A.F. souligne aux paragraphes 74, 75, 76 et 78 que l’article 101 de la LIPR n’exige pas une « conformité effective » ou rigoureuse. De plus, le libellé du paragraphe 102(3) ne fait pas référence à la conformité effective avec la Convention sur les réfugiés ou la Convention contre la torture, mais plutôt à la conformité avec les facteurs énoncés au paragraphe 102(2) de la LIPR qui sont évalués.

[77] Les arguments des demandeurs concernant le caractère suffisant du suivi ont également été abordés par la C.A.F. aux paragraphes 92 à 97 de l’arrêt *CCR 2008*. Pour la période postérieure à l’arrêt *CCR 2008*, M. Baril confirme, dans son affidavit, que la production de rapports sur l’ETPS s’est poursuivie. M. Baril déclare qu’IRCC a préparé des rapports en décembre 2016, en mars 2017 et en février 2018, bien qu’il reconnaisse que ces rapports n’aient pas été soumis au gouverneur en conseil.

[78] Des versions expurgées des rapports au ministre ont été déposées à titre de pièces relatives au contre-interrogatoire de M. Baril. Bien que le contenu de ces rapports n’ait pas été produit en preuve, ces derniers prouvent que des rapports ont continué à être présentés après le décret de 2015. Par conséquent, je suis d’avis que l’obligation de procéder au suivi de l’examen des facteurs et de faire rapport « si les circonstances les

the 2015 OIC are an attempt to challenge the OIC itself, which is beyond the mandate of this judicial review.

[79] Overall, in my view, the applicants have not convinced me that the threshold to revisit the binding nature of the F.C.A. decision on the *vires* issue is met here. Notwithstanding that the factual circumstances of the applicants here may differ from the circumstances before the F.C.A. in 2008, what does not differ are the legal arguments aimed at the same legislative provisions as determined by the F.C.A. in 2008.

[80] I therefore find that the issue of whether section 159.3 of the IRPR is *ultra vires* of the IRPA was determined in *CCR 2008* and I see no grounds to depart from binding authority.

Does the STCA Violate Section 7 of the Charter?

[81] Section 7 of the Charter provides that “[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.”

Applicants' Submissions

[82] The applicants argue that there is a causal connection between Canada's adherence to the STCA and the deprivation of section 7 rights because failed STCA applicants are imprisoned upon being returned to the U.S. They argue that liberty and security of the person interests are engaged because of the penalization of asylum seekers by U.S. authorities. According to a report prepared by the UN Human Rights Council in July 2017, as referred to by Dr. Anker in her affidavit of October 6, 2017 (paragraph 19), the U.S. “now operates the largest immigration detention system in the world”.

justifient », tel qu'il est indiqué dans le décret de 2015, a été respectée. Par ailleurs, les arguments des demandeurs concernant le décret de 2015 constituent une tentative de contester le décret lui-même, ce qui outrepassé le mandat du présent contrôle judiciaire.

[79] Dans l'ensemble, les demandeurs ne m'ont pas convaincu que le critère nécessaire au réexamen de la nature contraignante de la décision de la C.A.F. sur la question de l'excès de pouvoir a été satisfait en l'espèce. Même si les circonstances factuelles des demandeurs en l'espèce diffèrent de celles qui ont été portées à la connaissance de la C.A.F. en 2008, les arguments juridiques visant les mêmes dispositions législatives sur lesquels la C.A.F. s'est prononcée en 2008 ne diffèrent pas.

[80] Je conclus donc que la question de savoir si l'article 159.3 du RIPR est *ultra vires* de la LIPR a été tranchée par la C.A.F. en 2008 et je ne vois aucune raison d'aller à l'encontre d'une décision qui a force de précédent.

L'ETPS viole-t-elle l'article 7 de la Charte?

[81] L'article 7 de la Charte prévoit que « [c]hacun 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 ».

Observations des demandeurs

[82] Les demandeurs soutiennent qu'il existe un lien de causalité entre l'adhésion du Canada à l'ETPS et la violation des droits garantis par l'article 7, car les demandeurs d'asile dont la demande a été jugée irrecevable en vertu de l'ETPS sont emprisonnés à leur retour aux États-Unis. Ils allèguent que leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne est en jeu en raison de la pénalisation des demandeurs d'asile par les autorités américaines. Selon un rapport préparé par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies en juillet 2017, auquel M^{me} Anker fait référence dans son affidavit du 6 octobre 2017 (paragraphe 19), les États-Unis [TRADUCTION] « disposent aujourd'hui du plus grand système de détention d'immigrants au monde ».

[83] Aside from the deprivation of liberty caused by detention, the fact of being detained often results in a lack of basic human dignity, lack of medical care, and lack of food. Furthermore, detention impedes the ability to retain and instruct legal counsel and increases the risk of *refoulement*. Anwen Hughes states that asylum seekers can be detained for months without review of their detention.

Respondents' Submissions

[84] The respondents argue that even if section 7 is engaged on these facts, there are safeguards in the IRPA, ongoing monitoring of subsection 102(2) factors, and discretionary remedies. They also note that there is the option to seek judicial review of CBSA decisions. Additionally, the respondents argue that the Charter does not apply to U.S. law or the actions of U.S. authorities.

Analysis

(a) Section 7—General Principles

[85] Section 7 considerations are two-fold. First, a claimant must demonstrate that the challenged law deprives her or him of the right to life, liberty or security of the person. If so, section 7 is engaged. Once section 7 is engaged, the claimant must demonstrate that the deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331 (*Carter*), paragraph 55).

[86] The principles of fundamental justice are concerned with arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality (*Carter*, at paragraph 72). “The question under s. 7 is whether *anyone's* life, liberty or security of the person has been denied by a law that is inherently bad; a grossly disproportionate, over-broad, or arbitrary effect on one person is sufficient to establish a breach of s. 7” [emphasis in original] (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101 (*Bedford*), at paragraph 123).

[83] En plus d’être privé de sa liberté, le détenu se retrouve souvent privé de sa dignité humaine fondamentale, de soins médicaux et de nourriture. De plus, la détention empêche le détenu d’avoir recours aux services d’un avocat et augmente le risque de *refoulement*. Anwen Hughes affirme que les demandeurs d’asile peuvent être détenus pendant des mois sans que leur détention ne soit examinée.

Observations des défendeurs

[84] Les défendeurs soutiennent que même si l’article 7 s’applique compte tenu des faits en l’espèce, il existe des garanties dans la LIPR, un suivi de l’examen des facteurs énoncés au paragraphe 102(2) et des recours discrétionnaires. Ils notent également qu’il est possible de demander le contrôle judiciaire des décisions de l’ASFC. De plus, les défendeurs font valoir que la Charte ne s’applique pas au droit américain ni aux actes des autorités américaines.

Analyse

a) Article 7 — Principes généraux

[85] Les considérations relatives à l’article 7 comportent deux volets. Premièrement, le demandeur doit démontrer que la loi contestée porte atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. Si tel est le cas, l’article 7 s’applique. Une fois que l’article 7 entre en jeu, le demandeur doit démontrer que l’atteinte aux droits garantis par l’article 7 n’était pas conforme aux principes de justice fondamentale (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331 (*Carter*), au paragraphe 55).

[86] Les principes de justice fondamentale concernent le caractère arbitraire, la portée excessive et le caractère totalement disproportionné (*Carter*, au paragraphe 72). « La question à se poser dans le cadre de l’analyse fondée sur l’art. 7 est celle de savoir si une disposition législative intrinsèquement mauvaise prive *qui que ce soit* du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; un effet totalement disproportionné, excessif ou arbitraire sur une seule personne suffit pour établir l’atteinte au droit garanti à l’art. 7 » [italiques dans l’original] (*Canada (Procureur*

[87] As a starting point, I would note that having been physically present in Canada, the individual applicants have the right to advance a Charter claim (*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422, at paragraph 35 [pages 201–202 of S.C.R.]). Furthermore, the fact that Ms. Mustefa was returned to the U.S., does not prevent her from asserting a Charter claim (*Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299 (*Kreishan*), at paragraph 78).

[88] In order to properly assess the section 7 arguments, it is important to understand the process that unfolds under the STCA when a claimant arrives at a Canadian land POE and claims refugee status.

[89] In her affidavit, Sharon Spicer, the Director of Inland Enforcement Operations and Case Management Division for the CBSA, details that process. It starts with an interview by a CBSA Examining Officer (EO) who makes an initial determination on eligibility under section 101 of the IRPA including whether any of the STCA exceptions apply. Exceptions to the STCA are outlined in paragraph 101(1)(e) and include, among others, those who have immediate family who are Canadian citizens or permanent residents, and unaccompanied minors. Following this assessment, the EO prepares an admissibility report to the Minister's Delegate (MD) under section 44 of the IRPA outlining the grounds of inadmissibility.

[90] Ms. Spicer explains that the MD reviews this report and informs the claimant of the results. If the claimant is eligible to advance a refugee claim, the claim is referred to the Immigration and Refugee Board. If the claimant is not eligible, the MD issues an exclusion order, which has immediate effect and removal takes place as soon as possible. If the CBSA EO determines that a

général) c. Bedford, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 (*Bedford*), au paragraphe 123).

[87] Pour commencer, je tiens à souligner qu'étant donné qu'ils se trouvent au Canada, les demandeurs ont individuellement le droit de faire valoir une revendication fondée sur la Charte (*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, au paragraphe 35 [aux pages 201 et 202]). De plus, le fait que M^{me} Mustefa ait été renvoyée aux États-Unis ne l'empêche pas de faire valoir une revendication fondée sur la Charte (*Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299 (*Kreishan*), au paragraphe 78).

[88] Afin d'évaluer correctement les arguments relatifs à l'article 7, il est important de comprendre le processus qui se déroule en application de l'ETPS lorsqu'un demandeur arrive à un PDE terrestre canadien et présente une demande d'asile.

[89] Dans son affidavit, Sharon Spicer, directrice de la division Opérations d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs et gestion de cas pour l'ASFC, décrit ce processus en détail. Il commence par un entretien avec un agent d'examen de l'ASFC qui prend une décision initiale sur l'admissibilité au titre de l'article 101 de la LIPR, en se prononçant notamment sur la question de savoir si l'une des exceptions prévues par l'ETPS s'applique. Les exceptions à l'ETPS sont énoncées à l'alinéa 101(1)e de la LIPR et comprennent, entre autres, les personnes dont des membres de leur famille immédiate sont citoyens canadiens ou résidents permanents et les mineurs non accompagnés. À la suite de cette évaluation, l'agent d'examen établit un rapport circonstancié à l'intention du délégué du ministre en application de l'article 44 de la LIPR, qui décrit les motifs d'interdiction de territoire.

[90] M^{me} Spicer explique que le délégué du ministre examine ce rapport et informe le demandeur d'asile des résultats. Si la demande d'asile du demandeur est recevable, la demande est renvoyée à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Si sa demande n'est pas recevable, le délégué du ministre prend une mesure d'exclusion, qui a un effet immédiat et le renvoi

claimant does not fall within one of the exceptions, and is therefore ineligible because of the operation of the STCA, the officer has no discretion to exercise.

[91] The CBSA arranges for the claimant to be returned to the U.S. by (1) informing their U.S. counterparts that the claimant is being returned, (2) providing a notification of return to U.S. authorities, or (3) driving the claimant back to the U.S.

[92] Here, each of the individual applicants were found to be ineligible because of the STCA. CBSA returned Ms. Mustefa to the U.S. where she was immediately imprisoned.

(b) Engagement—Liberty

[93] The applicants must establish that their liberty and security of the person has been or may be negatively affected or limited and that there is a sufficient causal connection between the STCA ineligibility finding and the prejudice suffered (*Bedford*, at paragraphs 58 and 75). In *Bedford*, at paragraph 75 (quoting from *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307), the Court noted the need for “a sufficient causal connection between the state-caused [effect] and the prejudice suffered by the [claimant]” [emphasis in original] for section 7 to be engaged. The Court also noted that the impugned government action or law does not need to be the only or the dominant cause of the prejudice suffered by the claimant; the connection can be satisfied by a reasonable inference drawn on a balance of probabilities. This requires a real and non-speculative link between the prejudice and the legislative provisions (*Bedford*, at paragraph 76).

[94] The issue in relation to section 7 is if the actions of Canadian officials in returning ineligible STCA claimants to U.S. authorities, where they will be imprisoned, is a sufficient causal connection so as to engage liberty and security of the person interests. The evidence is clear that the most significant harm suffered is imprisonment.

a lieu dès que possible. Si l’agent d’examen de l’ASFC détermine qu’un demandeur ne relève pas de l’une des exceptions, et que sa demande est donc irrecevable en raison de l’application de l’ETPS, l’agent n’a pas de pouvoir discrétionnaire à exercer.

[91] L’ASFC prend des dispositions pour que le demandeur soit renvoyé aux États-Unis 1) en informant ses homologues américains que le demandeur est renvoyé, 2) en envoyant un avis de renvoi aux autorités américaines ou 3) en reconduisant le demandeur aux États-Unis.

[92] En l’espèce, chacune des demandes d’asile des demandeurs a été jugée irrecevable en raison de l’ETPS. L’ASFC a renvoyé M^{me} Mustefa aux États-Unis où elle a été immédiatement emprisonnée.

b) Applicabilité — Liberté

[93] Chacun des demandeurs doit démontrer que les dispositions contestées ont un effet préjudiciable, ou pourrait avoir pareil effet, sur son droit à la liberté et à la sécurité ou limitent ce droit et qu’il existe un lien de causalité suffisant entre la conclusion d’irrecevabilité au titre de l’ETPS et le préjudice subi (*Bedford*, aux paragraphes 58 et 75). Au paragraphe 75 de l’arrêt *Bedford* (citant l’arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307), la Cour suprême a souligné la nécessité de l’existence d’« un lien de causalité suffisant entre [l’effet] imputable à l’État et le préjudice subi par [le demandeur] » [souligné dans l’original] pour que l’article 7 entre en jeu. La Cour a également noté que la norme du lien de causalité suffisant n’exige pas que la mesure législative ou autre reprochée à l’État soit l’unique ou la principale cause du préjudice subi par le demandeur; il y est satisfait par déduction raisonnable, suivant la prépondérance des probabilités. Cela exige l’existence d’un lien réel, et non hypothétique (*Bedford*, au paragraphe 76).

[94] La question qui se pose en relation avec l’article 7 est de savoir si les actes des fonctionnaires canadiens, c’est-à-dire le renvoi des demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS aux États-Unis, où ils seront emprisonnés par les autorités américaines, constituent un lien de causalité suffisant

Additionally, there are the related harms regarding the conditions of detention and the heightened risk of *refoulement*.

[95] In the case of the applicant Ms. Mustefa, upon being found ineligible she was returned to the U.S. by CBSA officers and immediately taken into custody by U.S. authorities. She was detained at the Clinton Correctional Facility for one month and held in solitary confinement for one week. She was released on bond on May 9, 2017.

[96] Ms. Mustefa's imprisonment evidence is compelling. In her affidavit she explains not knowing how long she would be detained or how long she would be kept in solitary confinement. She describes her time in solitary confinement as "a terrifying, isolating and psychologically traumatic experience." Ms. Mustefa, who is Muslim, believes that she was fed pork, despite telling the guards she could not consume it for religious reasons. Ms. Mustefa describes skipping meals because she was unable to access appropriate food, and losing nearly 15 pounds. Ms. Mustefa also notes that after she was released from solitary confinement, she was detained alongside people who had criminal convictions. She explains the facility as "freezing cold" and states that they were not allowed to use blankets during the day. Ms. Mustefa states that she "felt scared, alone, and confused at all times" and that she "did not know when [she] would be released, if at all."

[97] The anonymized affiants H.I., L.M., N.O., P.Q., R.S., T.U., V.W., X.Y., and Z.Z., were each detained by U.S. authorities after being refused entry to Canada as ineligible STCA claimants. In their affidavits, the affiants N.O., P.Q., T.U. and V.W., state that CBSA handed them directly over to U.S. officials. In the case of the affiant L.M., CBSA also gave her cellphone directly to U.S. officials.

pour mettre en jeu le droit à la liberté et à la sécurité de la personne. La preuve démontre clairement que le préjudice subi le plus important est l'emprisonnement. Il existe également des préjudices connexes relatifs aux conditions de détention et au risque accru de *refoulement*.

[95] Dans le cas de la demanderesse M^{me} Mustefa, après que sa demande a été jugée irrecevable, elle a été renvoyée aux États-Unis par des agents de l'ASFC et immédiatement mise en détention par les autorités américaines. Elle a été détenue au centre de détention de Clinton pendant un mois et maintenue en isolement pendant une semaine. Elle a été libérée sous caution le 9 mai 2017.

[96] La preuve de l'emprisonnement de M^{me} Mustefa est convaincante. Dans son affidavit, elle explique qu'elle ne savait pas combien de temps elle serait détenue ou placée en isolement. Elle décrit son séjour en isolement comme [TRADUCTION] « une expérience terrifiante, aliénante et psychologiquement traumatisante ». M^{me} Mustefa, qui est musulmane, croit qu'on lui a donné du porc, bien qu'elle ait dit aux gardes qu'elle ne pouvait pas en consommer pour des raisons religieuses. M^{me} Mustefa indique avoir sauté des repas parce qu'elle n'avait pas accès à une nourriture appropriée et avoir perdu près de 15 livres. Elle souligne également qu'après être sortie de l'isolement, elle a été détenue avec des personnes condamnées pour des infractions criminelles. Elle explique que l'établissement était d'un [TRADUCTION] « froid glacial » et qu'aucun des détenus n'était autorisé à utiliser des couvertures pendant la journée. M^{me} Mustefa dit qu'elle [TRADUCTION] « se sentait effrayée, seule et confuse en tout temps » et qu'elle [TRADUCTION] « n'avait aucune idée quand elle allait être libérée ni si elle le serait un jour ».

[97] Les déposants anonymes H.I., L.M., N.O., P.Q., R.S., T.U., V.W., X.Y. et Z.Z. ont tous été détenus par les autorités américaines après s'être vu refuser l'entrée au motif de l'irrecevabilité de leur demande d'asile au titre de l'ETPS. Dans leurs affidavits, les déposants N.O., P.Q., T.U. et V.W. affirment que l'ASFC les a livrés directement aux autorités américaines. En ce qui concerne la déposante L.M., l'ASFC aurait également

[98] There is also the affidavit evidence of lawyers who provide assistance to those detained. Ruby Robinson, Carol Anne Donahue, Ramon Irizarry and Ryan Witmer work for organizations that provide legal services to those detained following their return to the U.S. under the STCA. Ms. Donahue notes that at the detention facility where she provides services, most are detained for two weeks to two months. Mr. Witmer notes that nearly all of the STCA returnees he has encountered have been detained for three to five weeks without bond. Mr. Witmer also states that attempts to claim refugee status in Canada can be used by U.S. authorities as grounds to justify a large bond and ongoing detention.

[99] The lawyers describe meeting their clients in detention and their clients spending weeks in detention before getting bond hearings. In cross-examination, Anwen Hughes confirmed that the average time in detention is 31 days.

[100] Deprivations of section 7 rights caused by actors other than our own government are still subject to the guarantee of fundamental justice, as long as there is a sufficient causal connection between our government's participation and the deprivation. In this context, a sufficient causal connection is one in which "Canada's participation is a necessary precondition" to the deprivation and "where the deprivation is an entirely foreseeable consequence of Canada's participation" (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*), at paragraph 54). Canada "does not avoid the guarantee of fundamental justice merely because the deprivation in question would be effected by someone else's hand" (*Suresh*, at paragraph 54). Accordingly, the fact that STCA returnees are imprisoned by U.S. authorities, does not immunize the actions of Canadian officials from consideration.

remis son téléphone cellulaire directement aux autorités américaines.

[98] Les avocats qui fournissent une assistance aux personnes détenues ont également témoigné par affidavit. Ruby Robinson, Carol Anne Donahue, Ramon Irizarry et Ryan Witmer travaillent pour des organisations qui fournissent des services juridiques aux personnes détenues après leur retour aux États-Unis dans le contexte de l'ETPS. M^{me} Donahue note que dans le centre de détention où elle offre ses services, la plupart des personnes sont détenues de deux semaines à deux mois. M. Witmer fait remarquer que presque tous les rapatriés au titre de l'ETPS qu'il a rencontrés ont été détenus pendant trois à cinq semaines sans caution. M. Witmer déclare également que les tentatives de demande d'asile au Canada peuvent être utilisées par les autorités américaines pour justifier une caution importante et le maintien en détention.

[99] Les avocats décrivent leurs rencontres avec leurs clients en détention et le fait que ceux-ci passent des semaines en détention avant d'obtenir une audience de cautionnement. Lors du contre-interrogatoire, Anwen Hughes a confirmé que la durée moyenne de détention est de 31 jours.

[100] Les atteintes aux droits garantis par l'article 7 qui sont le fait d'acteurs autres que ceux de notre propre gouvernement sont toujours assujetties à la garantie relative au principe de justice fondamentale, à condition qu'il existe un lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l'atteinte. Dans ce contexte, un lien causal suffisant est un lien dans lequel « la participation du Canada est un préalable nécessaire » à l'atteinte et « où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne » (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*), au paragraphe 54). Le Canada « ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale uniquement parce que l'atteinte en cause serait le fait d'autrui » (*Suresh*, au paragraphe 54). Par conséquent, le fait que les rapatriés au titre de l'ETPS soient emprisonnés par les autorités américaines ne libère pas les actes des fonctionnaires canadiens de toute considération.

[101] The evidence of Sharon Spicer confirms that CBSA officials inform U.S. officials that STCA claimants are being returned. CBSA officials are involved in the physical handing over of claimants to U.S. officials. This conduct does not make Canada a “passive participant” and it provides a “sufficient connection” [emphasis in original] (*Suresh*, at paragraph 55) to the offending conduct. I conclude that the actions of Canadian officials in returning ineligible STCA claimants to U.S. officials facilitate a process that results in detention.

[102] I would also note that none of the factors regarding security or criminality as outlined in paragraph 101(1)(f) of IRPA were identified as being relevant with respect to any of the applicants here when they were deemed ineligible pursuant to the STCA.

[103] Ms. Mustefa’s imprisonment is a clear illustration of the limitation on liberty flowing directly from a finding of ineligibility under paragraph 101(1)(e) of the IRPA. It is my conclusion, based upon the evidence, that ineligible STCA claimants are returned to the U.S. by Canadian officials where they are immediately and automatically imprisoned by U.S. authorities. This is sufficient to establish that section 7 liberty rights are engaged.

(c) Engagement—Security of the Person

[104] In *Singh* (paragraph 47 [page 207]) the Supreme Court held that “‘security of the person’ must encompass freedom from the threat of physical punishment or suffering as well as freedom from such punishment itself.” In *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283 (*Burns*), at paragraph 59, the Court found that extradition that potentially puts a life at risk deprives a person of their liberty and security of the person. Although *Burns* dealt with extradition and the possible application of the death penalty, it is relevant insofar as both scenarios involve the near certainty of detention which engages

[101] Le témoignage de Sharon Spicer confirme que les agents de l’ASFC informent les autorités américaines que les demandeurs d’asile au titre de l’ETPS sont renvoyés aux États-Unis. Les agents de l’ASFC participent au retour physique des demandeurs entre les mains des autorités américaines. Ce comportement ne fait pas du Canada un « acteur passif » et fait en sorte qu’il existe un « lien suffisant » [souligné dans l’original] (*Suresh*, au paragraphe 55) avec les actes répréhensibles. J’en conclus que les actes des fonctionnaires canadiens, à savoir le renvoi des demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS aux autorités américaines, participent à un processus qui mène à la détention.

[102] Je tiens également à souligner qu’aucun des facteurs relatifs à la sécurité ou à la criminalité, tels qu’ils sont énoncés à l’alinéa 101(1)f) de la LIPR, n’a été considéré comme pertinent à l’égard de l’un ou l’autre des demandeurs en l’espèce lorsque leur demande a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS.

[103] L’emprisonnement de M^{me} Mustefa illustre bien l’atteinte à la liberté qui découle directement d’un constat d’irrecevabilité au titre de l’alinéa 101(1)e) de la LIPR. Je conclus, à la lumière de la preuve, que les demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS sont renvoyés aux États-Unis par les fonctionnaires canadiens où ils sont immédiatement et automatiquement emprisonnés par les autorités américaines. Cela est suffisant pour établir que le droit à la liberté garanti par l’article 7 est en jeu.

c) Applicabilité — Sécurité de la personne

[104] Dans l’affaire *Singh* (paragraphe 47 [page 207]), la Cour suprême a déclaré que 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 ». Dans l’arrêt *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283 (*Burns*), au paragraphe 59, la Cour suprême a estimé qu’une extradition qui met potentiellement une vie en danger prive une personne du droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Même si l’arrêt *Burns* portait sur l’extradition et l’application

liberty and at times security of the person. Further, in *Suresh*, at paragraph 44, the Court noted that “deportation to torture may deprive a refugee of liberty, security and perhaps life.”

[105] The applicant ABC fears the MS-13 gang if she were forced to return, or *refouled*, to El Salvador. The applicants argue that there is a real risk she would be returned to El Salvador based on the interpretation of the “particular social group” under U.S. asylum law and the requirement that asylum seekers prove their persecutor’s motive. This they argue, is inconsistent with the Refugee Convention. The applicants also argue that the U.S. decision in *Matter of A-B-*, means that victims are unlikely to be able to prove that state protection is not reasonably available. The applicants’ expert on the conditions in El Salvador, Elizabeth Kennedy, reports that between 2013–2015, more than 70 people who were deported to El Salvador from the U.S. were murdered after their return.

[106] In the case of ABC, I am satisfied that the evidence supports a finding that the risk of *refoulement* for her is real and not speculative had she been detained in the U.S. I find this based upon the evidence documenting the challenges in advancing an asylum claims for those detained. There is evidence of the barriers in accessing legal advice and acquiring the necessary documents to establish an asylum claim in the U.S.

[107] Professor Hughes describes the difficulties faced by those who are detained including: detainees not being able to afford phone calls, people from outside the detention facility not being able to contact detainees because they cannot call them, evidence being lost due to

éventuelle de la peine de mort, il est pertinent dans la mesure où les deux cas de figure impliquent la quasi-certitude d’une détention qui met en jeu la liberté et parfois la sécurité de la personne. De plus, dans l’arrêt *Suresh*, la Cour suprême a souligné au paragraphe 44 que « l’expulsion d’un réfugié vers un pays où il risque la torture peut compromettre sa liberté, sa sécurité et, peut-être, sa vie ».

[105] La demanderesse ABC craint le gang MS-13 advenant son retour forcé, ou son refolement, au Salvador. Les demandeurs font valoir qu’il existe un risque réel qu’elle soit renvoyée au Salvador à la lumière de l’interprétation de l’expression « particular social group » ([TRADUCTION] « groupe social particulier ») par le droit d’asile américain, et compte tenu de l’exigence selon laquelle les demandeurs d’asile doivent prouver la motivation de leur persécuteur. Selon eux, cela est incompatible avec la Convention sur les réfugiés. Les demandeurs d’asile font également valoir que, compte tenu de la décision américaine *Matter of A-B-*, les victimes ne seront probablement pas en mesure de prouver que la protection de l’État n’est pas normalement accessible. Elizabeth Kennedy, l’experte des demandeurs concernant les conditions au Salvador, rapporte qu’entre 2013 et 2015, plus de 70 personnes qui ont été expulsées des États-Unis vers le Salvador ont été assassinées à leur retour.

[106] Dans le cas d’ABC, je suis convaincue que les éléments de preuve permettent de conclure que le risque de refolement pour elle est réel et non spéculatif si elle avait été détenue aux États-Unis. J’estime que cette conclusion est fondée sur les éléments de preuve établissant les difficultés vécues par les personnes détenues pour présenter une demande d’asile. Il existe des éléments de preuve démontrant l’existence d’obstacles empêchant l’accès à des conseils juridiques et l’obtention des documents nécessaires pour établir le bien-fondé d’une demande d’asile aux États-Unis.

[107] M^{me} Hughes décrit les difficultés auxquelles sont confrontées les personnes détenues, notamment : les détenus n’ont pas les moyens de faire des appels téléphoniques, les personnes en dehors du centre de détention ne peuvent pas communiquer avec les détenus

transfers between detention centres, and detainees not having access to translators they may need to fill in the necessary forms.

[108] Mr. Witmer, a lawyer working with detainees, describes issues with “basic communication” as an impediment to the making of an asylum case. He notes that detainees are unable to leave messages with a call back number. He also notes that while many detainees are accustomed to communicating with family using email, social media and internet-based communication apps, they do not have access to these services in detention.

[109] Further, lawyer Timothy Warden-Hertz estimates that, at the detention centres his organization services, the Northwest Detention Center (NWDC), 80–85 percent of those detained do not have a lawyer and must represent themselves. He estimates that 75 percent of asylum claims from the NWDC are denied as compared to the national average of 52 percent of claims being denied.

[110] The use of solitary confinement, and the general conditions of detention are also factors that raise security of the person interests. Ms. Mustefa, P.Q., and R.S. were all placed in solitary confinement immediately upon arrival at U.S. detention facilities. R.S. was left without food and was not given the opportunity to bathe for the first three days she was in solitary confinement. R.S. states that after she was able to speak to other STCA detainees she came to realize that “everyone would be placed in solitary confinement upon arriving in prison” (affidavit of R.S., at paragraph 32).

[111] Further, Ms. Mustefa, J.K., P.Q. and R.S. all describe the detention centres as abnormally cold. J.K. describes being unable to sleep due to the cold; P.Q. describes asking for extra blankets, but not receiving any until she had a fever and needed to see a doctor, and R.S. stated that when prisoners would huddle together for warmth, the guards would pull the blankets off them.

parce qu’elles ne peuvent pas les appeler, des éléments de preuve sont perdus en raison des transferts entre les centres de détention et les détenus n’ont pas accès à des traducteurs, service auquel ils pourraient avoir besoin pour remplir les formulaires requis.

[108] M. Witmer, un avocat qui travaille avec les détenus, décrit l’existence de problèmes de [TRADUCTION] « communication de base » comme un obstacle à la présentation d’une demande d’asile. Il précise que les détenus sont incapables de laisser des messages en fournissant un numéro de rappel. Il note également que si de nombreux détenus sont habitués à communiquer avec les membres de leur famille par courrier électronique, par les médias sociaux et au moyen d’applications de communication en ligne, ils n’ont pas accès à ces services lorsqu’ils sont en détention.

[109] De plus, M^e Timothy Warden-Hertz estime que, dans les centres de détention desservis par son organisation, le Northwest Detention Center (NWDC), 80 p. 100 à 85 p. 100 des personnes détenues n’ont pas d’avocat et doivent se représenter elles-mêmes. Il estime que 75 p. 100 des demandes d’asile provenant du NWDC sont rejetées, alors que la moyenne nationale est de 52 p. 100 de demandes rejetées.

[110] Le recours à l’isolement cellulaire et les conditions générales de détention sont également des facteurs qui soulèvent la question de l’atteinte au droit à la sécurité d’une personne. M^{me} Mustefa, P.Q. et R.S. ont toutes trois été placées en isolement dès leur arrivée dans les centres de détention américains. R.S. a été privée de nourriture et n’a pas eu la possibilité de se laver pendant les trois premiers jours passés en isolement. R.S. affirme qu’après avoir pu parler à d’autres détenus au titre de l’ETPS, elle a réalisé que [TRADUCTION] « tout le monde serait placé en isolement à son arrivée en prison » (paragraphe 32 de l’affidavit de R.S.).

[111] De plus, M^{me} Mustefa, J.K., P.Q. et R.S. décrivent les centres de détention comme anormalement froids. J.K. indique avoir été incapable de dormir à cause du froid; P.Q. affirme avoir demandé des couvertures supplémentaires, mais n’en a reçu aucune jusqu’à ce qu’elle ait de la fièvre et doive consulter un médecin; et R.S. déclare que lorsque les prisonniers se blottissaient les uns

[112] J.K. states that she denied requiring medical attention to avoid being handcuffed. R.S. describes the medical care in her detention facility as being inadequate. R.S. observed the nurse in her detention facility ignore black detainees while going out of her way to address medical issues of white detainees. She states that the nurse would “ignore us and simply not address our concerns” (affidavit of R.S., at paragraph 35).

[113] These circumstances raise security of the person interests and flow directly from the actions of Canadian officials in returning claimants to the U.S. where they are imprisoned. In this context, it is the impact of detention and not the current state of the U.S. asylum law which raises security of the persons interests.

[114] Security of the person encompasses freedom from the threat of physical punishment or suffering (*Singh*, at paragraph 47 [page 207]); the accounts of the detainees demonstrate both physical and psychological suffering because of detention, and a real risk that they will not be able to assert asylum claims.

[115] It is my finding that the evidence establishes that the conditions faced by those detained, as detailed above, engages the security of the person interest under section 7 of the Charter.

(d) Conclusion—Engagement

[116] Having found that detention and the attendant hardship and risks that flow from detention is a limitation on liberty and security of the person within the meaning of section 7 of the Charter, I must now determine if the limitation is in accordance with the principles of fundamental justice.

contre les autres pour se réchauffer, les gardiens leur retireraient les couvertures.

[112] J.K. affirme qu’elle a prétendu ne pas avoir besoin de soins médicaux pour éviter d’être menottée. R.S. décrit les soins médicaux dans son établissement de détention comme étant inadéquats. Elle a observé que l’infirmière de son centre de détention ignorait les détenus noirs tout en faisant tout son possible pour traiter les problèmes médicaux des détenus blancs. Elle indique que l’infirmière [TRADUCTION] « nous ignorait et ne répondait tout simplement pas à nos préoccupations » (paragraphe 35 de l’affidavit de R.S.).

[113] Ces circonstances soulèvent la question de l’atteinte au droit à la sécurité de la personne et découlent directement des actes posés par des fonctionnaires canadiens, soit le renvoi des demandeurs d’asile aux États-Unis où ils sont emprisonnés. Dans ce contexte, ce sont les conséquences de la détention et non l’état actuel du droit américain en matière d’asile qui soulève la question de l’atteinte au droit à la sécurité de la personne.

[114] La sécurité de la personne doit englober tout autant la protection contre la menace d’un châtiment corporel ou de souffrances physiques (*Singh*, au paragraphe 47 [page 207]); les récits des détenus révèlent qu’ils ont souffert physiquement et psychologiquement à cause de leur détention et qu’ils couraient un risque réel de ne pas pouvoir revendiquer leur statut de réfugié.

[115] J’arrive à la conclusion que les éléments de preuve établissent que les conditions auxquelles sont confrontées les personnes détenues, telles qu’elles ont été exposées précédemment, mettent en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti par l’article 7 de la Charte.

d) Conclusion — Applicabilité

[116] Ayant conclu que la détention ainsi que les difficultés et les risques qui en découlent constituent une atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne au sens de l’article 7 de la Charte, je dois maintenant déterminer si cette restriction est conforme aux principes de justice fondamentale.

(e) Principles of Fundamental Justice

[117] In *Bedford*, at paragraph 125, the Supreme Court states:

... The question under s. 7 is whether the law’s negative effect on life, liberty, or security of the person is in accordance with the principles of fundamental justice. With respect to the principles of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality, the specific questions are whether the law’s purpose, taken at face value, is connected to its effects and whether the negative effect is grossly disproportionate to the law’s purpose.

[118] Although there may be “significant overlap” between the principles (arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality), the question is whether the law is “inadequately connected to its objective or in some sense goes too far in seeking to attain it” (*Bedford*, at paragraph 107). In considering these principles, the objective or purpose of the law must be identified.

[119] The Federal Court of Appeal in *CCR 2008* defined the legislative objective of the STCA at paragraph 75 as follows:

... the scheme implemented by Parliament has, as its objective, the sharing of responsibility for the consideration of refugee claims with countries that are signatory to and comply with the relevant articles of the Conventions and have an acceptable human rights record.

[120] This is reflected in the preamble to the STCA which states:

CONSIDERING that Canada is a party to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees ... and the Protocol Relating to the Status of Refugees...that the United States is a party to the Protocol, and reaffirming their obligation to provide protection for refugees on their territory in accordance with these instruments;

ACKNOWLEDGING in particular the international legal obligations of the Parties under the principle of non-refoulement set forth in the Convention and Protocol, as well as the Convention Against Torture and Other

e) Les principes de justice fondamentale

[117] Dans l’arrêt *Bedford*, la Cour suprême s’est exprimée comme suit au paragraphe 125 de ses motifs :

[...] Pour les besoins de l’art. 7, l’effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est-il conforme aux principes de justice fondamentale? En ce qui concerne le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, il faut se demander si, de prime d’abord, l’objet de la disposition présente un lien avec ses effets et si l’effet préjudiciable est proportionné à cet objet.

[118] Bien qu’il puisse y avoir un « chevauchement important » entre les principes (le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale), la question est de savoir si la disposition « n’est pas suffisamment liée à son objectif ou, dans un certain sens, qu’elle va trop loin pour l’atteindre » (*Bedford*, au paragraphe 107). Lors de l’examen de ces principes, l’objectif ou l’objet de la disposition doit être identifié.

[119] Dans l’arrêt *CCR 2008*, la C.A.F. a défini l’objectif législatif de l’ETPS au paragraphe 75 comme suit :

[...] l’objectif du régime mis en place par le législateur est le partage de la responsabilité de l’examen des demandes d’asile avec des pays signataires qui se conforment aux articles pertinents des Conventions et qui ont des antécédents acceptables en matière de respect des droits de la personne.

[120] C’est ce qui ressort du préambule de l’ETPS, qui est libellé ainsi :

CONSIDÉRANT que le Canada est partie à la Convention relative au statut des réfugiés (la « Convention ») de Genève du 28 juillet 1951 et au *Protocole relatif au statut des réfugiés* de New York du 31 janvier 1967 (le « Protocole ») et que les États-Unis sont parties au Protocole, et réaffirmant leur obligation d’accorder protection aux réfugiés présents sur leur territoire, conformément à ces instruments;

RECONNAISSANT en particulier les obligations juridiques internationales des parties en vertu du principe du non-refoulement énoncé dans la Convention et dans le Protocole, ainsi qu’en vertu de la *Convention contre la*

Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ... and reaffirming their mutual obligations to promote and protect human rights and fundamental freedoms.

torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (la « Convention contre la torture ») de New York du 10 décembre 1984, et réaffirmant leurs obligations mutuelles de promotion et de protection des droits de la personne et des liberté (sic) fondamentales;

[121] The respondents urge caution in relying upon the *CCR 2008* articulation of the legislative objective arguing that the F.C.A. was only addressing the *vires* issue. I disagree with this as it suggests that the legislative objective changes depending upon the purposes for which it is being assessed.

[121] Les défendeurs recommandent la prudence dans le recours à l'analyse de l'objectif législatif énoncée dans l'arrêt *CCR 2008*, faisant valoir que la C.A.F. ne traitait que de la question de l'excès de pouvoir. Je ne souscris pas à cette affirmation, car elle laisse entendre que l'objectif législatif change en fonction des fins pour lesquelles il est évalué.

[122] The legislative objective of “sharing of responsibility”, provides the framework for considering whether the legislation is overbroad and disproportionate. The parties did not argue that the legislation was arbitrary.

[122] L'objectif législatif de « partage des responsabilités » fournit le cadre permettant d'examiner si la disposition législative est disproportionnée ou si sa portée est trop grande. Les parties n'ont pas fait valoir que les dispositions législatives étaient arbitraires.

(f) Overbroad

f) La portée excessive

[123] *Bedford* (at paragraph 101) tells us that a law is overbroad when it goes too far and interferes with conduct that bears no connection to the objective of the law. In *Carter*, at paragraph 85, the Court confirmed that the focus when considering if a law is overbroad is the “impact of the measure on the individuals whose life, liberty or security of the person is trammelled.”

[123] Dans l'arrêt *Bedford* (au paragraphe 101), la Cour suprême affirme qu'une disposition a une portée excessive lorsqu'elle va trop loin et empiète sur un comportement sans lien avec son objectif. Dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême a confirmé au paragraphe 85 de ses motifs que l'analyse de la portée excessive doit mettre l'accent sur « l'incidence de la mesure sur les personnes dont la vie, la liberté ou la sécurité est restreinte ».

[124] The applicants argue that the actions of Canadian authorities in returning STCA claimants to U.S. authorities where they are imprisoned bear no connection to the “sharing of responsibility” objective of the STCA. This, according to the applicants, is overbroad. They also argue that this deprivation of liberty is completely out of sync with the purpose of the STCA and therefore it is also grossly disproportional.

[124] Les demandeurs allèguent que les actes des autorités canadiennes, qui ont renvoyé les demandeurs d'asile au titre de l'ETPS aux États-Unis, où ils sont emprisonnés par les autorités américaines, n'ont aucun lien avec l'objectif de « partage des responsabilités » de l'ETPS. Selon les demandeurs, la portée de cet objectif est excessive. Ils font également valoir que cette privation de liberté est sans rapport aucun avec l'objectif de l'ETPS et qu'elle est donc aussi totalement disproportionnée.

[125] In response, the respondents argue that in *Bedford* and in *Carter* the impacts caused by the legislation were within Canada's control, unlike here where the conduct complained of is outside Canada's control. They argue that the issues raised are with the U.S. authorities and

[125] En réponse, les défendeurs soutiennent que dans les arrêts *Bedford* et *Carter*, les répercussions des dispositions législatives étaient sous le contrôle du Canada, contrairement à la présente affaire, où le comportement répréhensible est hors du contrôle du Canada.

U.S. policies and, therefore, is outside of Canada's control. In any event, the respondents argue that the IRPA has safeguards to protect against overbreadth, as there are discretionary remedies available.

[126] The respondents rely upon the cases that state that the Charter is not engaged at time of removal from Canada. Recently, in *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700 (at paragraph 81), the Court addressed this and referenced a number of the cases relied upon by the respondents. At paragraph 87 in *Tapambwa* the Court states:

... this Court held that individuals who are barred from a full PRRA, as the appellants here, have their section 7 risks assessed at the removal stage. The manner in which section 7 risks of applicants who are PRRA-barred are assessed is a process where “an enforcement officer assesses the sufficiency of the evidence of risk, and if satisfied the evidence is sufficient, defers removal and refers the risk assessment to another decision-maker” (*Atawnah*, at paragraph 27). An enforcement officer's refusal to defer removal may be challenged in the Federal Court, and a stay of removal may be obtained pending the outcome of an application for judicial review. The Federal Court can, and often does, consider a request for a stay of removal in a more comprehensive manner than an enforcement officer can consider a request for a deferral ... the rights available to those being removed in the absence of the basis of any PRRA were “not illusory”, but real and effective.

[127] The applicants in *Tapambwa* had a risk assessment by the RPD (paragraph 77). In fact, in the cases that arise in the inadmissibility or exclusion scenarios, there has been some consideration of the claimant's risk. That is not the case for the applicants here, who because they are ineligible by operation of the STCA, have not had any form of risk assessment. The facts of the applicants here are different from those in *Tapambwa*.

Les défendeurs font valoir que les questions soulevées concernent les autorités et les politiques américaines et échappent donc au contrôle du Canada. En tout état de cause, les défendeurs allèguent que la LIPR comporte des garanties de protection contre la portée excessive puisqu'il existe des recours discrétionnaires.

[126] Les défendeurs s'appuient sur des décisions statuant que la Charte n'entre pas en jeu au moment du renvoi du Canada. Récemment, dans l'arrêt *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700 (au paragraphe 81), la C.A.F. a abordé cette question et a cité un certain nombre de jugements invoqués par les défendeurs. Au paragraphe 87 de l'arrêt *Tapambwa*, la C.A.F. a conclu comme suit :

[...] notre Cour a conclu que les personnes qui ne peuvent pas faire l'objet d'un ERAR complet, tout comme les appelants en l'espèce, voient leurs risques liés à l'article 7 évalués à l'étape du renvoi. La façon d'évaluer les risques liés à l'article 7 pour les demandeurs qui sont interdits d'ERAR est un processus dans le cadre duquel « un seul décideur est requis pour examiner le risque et, s'il est convaincu que la preuve est suffisante, reporte le renvoi et transmet à un autre décideur l'examen du risque » (*Atawnah*, au paragraphe 27). Le refus d'un décideur de reporter le renvoi peut être contesté devant la Cour fédérale; le sursis au renvoi peut être obtenu dans l'attente de l'issue d'une procédure de contrôle judiciaire. La Cour fédérale peut, et elle le fait souvent, examiner une demande de sursis à l'exécution de la mesure de renvoi d'une manière plus complète que ne peut le faire un agent d'immigration dans le cadre d'une demande de report [...] les droits dont disposent les personnes qui sont renvoyées en l'absence de fondement d'un ERAR n'étaient « pas illusoire », mais réels et exécutoires.

[127] Les appelants dans l'arrêt *Tapambwa* avaient fait l'objet d'une évaluation des risques par la SPR (au paragraphe 77). En fait, dans les jugements liés aux cas d'interdiction de territoire ou d'exclusion, le demandeur a fait l'objet d'une certaine évaluation des risques auxquels il est confronté. Or, en l'espèce, ce n'est pas le cas pour les demandeurs, qui, parce que leur demande a été jugée irrecevable au titre de l'ETPS, n'ont fait l'objet d'aucune forme d'évaluation des risques. Les faits relatifs aux demandeurs dans l'affaire qui nous occupe sont différents de ceux de l'arrêt *Tapambwa*.

[128] I find that the cases that have held that section 7 interests are not engaged at the removals stage are distinguishable from the facts in these applications. Here, the applicants have had no consideration of their risks or the substance of their refugee claim because of the STCA. They are returned to the U.S. under the STCA based on the understanding that they will have access to a fair refugee determination process. However, the evidence demonstrates that the immediate consequence to ineligible STCA claimants is that they will be imprisoned solely for having attempted to make a refugee claim in Canada. The “sharing of responsibility” objective of the STCA should entail some guarantee of access to a fair refugee process.

[129] Additionally, *Tapambwa* is distinguishable on the basis that the Charter argument was hypothetical, as there was no factual basis to support the argument that the applicants faced risk upon their removal (*Tapambwa*, at paragraphs 77 to 90). Here, the applicants provided the necessary factual evidence of Ms. Mustefa and others to serve as the factual basis for their Charter claim.

[130] Despite the fact that two of the applicants had access to lawyers who were able to advance stay applications on their behalf, this should not be taken to suggest that such resources are readily available. It is clear that this was accomplished as a result of extraordinary efforts, which would not be generally available to those who arrive at a land POE. Despite the respondents’ suggestion that there are safeguards, in my view, they are largely out of reach and are therefore “illusory”.

[131] I conclude that the STCA legislation is overbroad as the deprivation of the liberty rights of STCA returnees (their detention in the U.S.) has no connection to the “mischief contemplated by the legislature” (sharing responsibility for refugees with a country that complies with the Conventions) (*Carter*, at paragraph 85).

[128] J’estime que les jugements dans lesquels il a été conclu que les droits garantis par l’article 7 ne sont pas mis en cause à l’étape du renvoi se distinguent des présentes demandes par leurs faits. En l’espèce, les demandeurs n’ont fait l’objet d’aucune évaluation de leurs risques ou du bien-fondé de leur demande d’asile en raison de l’ETPS. Ils sont renvoyés aux États-Unis en vertu de l’ETPS, étant entendu qu’ils auront accès à un processus de détermination du statut de réfugié équitable. Toutefois, la preuve démontre que la conséquence immédiate pour les demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS est l’emprisonnement, et ce, uniquement pour avoir tenté de présenter une demande d’asile au Canada. L’objectif de « partage des responsabilités » de l’ETPS devrait comprendre une certaine garantie d’accès à un processus de détermination du statut de réfugié équitable.

[129] De plus, l’arrêt *Tapambwa* se distingue de la présente affaire au motif que dans l’arrêt *Tapambwa*, l’argument fondé sur la Charte était hypothétique, car il n’y avait pas de fondement factuel au soutien de l’allégation selon laquelle les demandeurs seraient exposés à un risque lors de leur renvoi (*Tapambwa*, aux paragraphes 77 à 90). Dans la présente affaire, les demandeurs ont fourni la preuve factuelle nécessaire de M^{me} Mustefa et d’autres personnes pour servir de fondement factuel à leur revendication fondée sur la Charte.

[130] Bien que deux des demandeurs aient eu accès à des avocats qui ont pu présenter des demandes de sursis en leur nom, cela ne doit pas être considéré comme une indication que de telles ressources sont facilement disponibles. Il est clair que cela a été accompli grâce à des efforts extraordinaires, qui ne seraient généralement pas accessibles à ceux qui arrivent à un PDE terrestre. Malgré l’argument avancé par les défendeurs selon lequel il existe des garanties, celles-ci sont, à mon avis, largement hors de portée et sont donc « illusoire ».

[131] Je conclus que les dispositions législatives de l’ETPS ont une portée excessive, car la privation du droit à la liberté des rapatriés au titre de l’ETPS (leur détention aux États-Unis) n’a aucun lien avec le « mal qu’avait à l’esprit le législateur » (le partage des responsabilités relativement aux réfugiés avec un pays qui respecte les Conventions) (*Carter*, au paragraphe 85).

(g) Grossly Disproportionate

[132] In considering if a law is grossly disproportionate, the beneficial effects of the law do not factor into the analysis. Rather, the analysis balances the negative effect of the law on the individual as against the purpose of the law. A grossly disproportionate effect on one person is sufficient (*Bedford*, at paragraphs 121–122).

[133] The respondents argue that there are a number of protections against the grossly disproportionate impact of the STCA. First, they argue that the test is whether the impact of foreign law would “shock the conscience” (*Suresh*, at paragraph 18). The respondents also point out that pursuant to *Burns*, at paragraph 36, the Supreme Court of Canada confirmed that we cannot apply our Charter extraterritorially. In any event, the respondents rely upon *Suresh* and *Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355 (*Revell*), to argue that in the removal context, the STCA is not overbroad or disproportionate in its application.

[134] As noted above, there is an important distinction between the removal cases and the facts here. Here, the applicants have not had the merits or the substance of their refugee protection claims considered in any manner in Canada, nor have they had their risks assessed. In the “removals” cases, such as *Suresh* and *Revell*, the Courts found that there were sufficient consideration of the merits of the claims and “safety valves” to assess claims for protection. The applicants here—ABC, DE, FG, Ms. Mustefa and the Homs/Al-Nahass family—did not benefit from any such consideration of their claims for protection.

[135] The question is whether the evidence of the impact of the STCA demonstrates that the Charter deprivation is “out of sync” with the objectives of the legislation. Ms. Mustefa’s evidence, and the evidence of the ten anonymized affiants, establishes that imprisonment flows

g) Le caractère totalement disproportionné

[132] L’analyse de la disproportion totale au regard d’une disposition législative donnée ne tient pas compte des avantages de la loi pour la société. Au contraire, elle met en balance l’effet préjudiciable sur l’intéressé avec l’objet de la loi. Un effet totalement disproportionné sur une seule personne suffit (*Bedford*, aux paragraphes 121 et 122).

[133] Les défendeurs font valoir qu’il existe un certain nombre de protections contre l’effet totalement disproportionné de l’ETPS. Tout d’abord, ils soutiennent que le critère est de savoir si l’effet du droit étranger « “choquerait la conscience” » (*Suresh*, au paragraphe 18). Les défendeurs soulignent également que selon l’arrêt *Burns* (au paragraphe 36), la Cour suprême du Canada a confirmé que nous ne pouvons pas appliquer notre Charte à un État étranger. En tout état de cause, les défendeurs s’appuient sur l’arrêt *Suresh* et *Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355 (*Revell*), pour soutenir que dans le contexte d’une mesure de renvoi, l’application de l’ETPS n’a pas de portée excessive ou disproportionnée.

[134] Comme il a été mentionné précédemment, il existe une distinction importante entre les faits des causes en matière de renvoi et les faits de la présente affaire. En l’espèce, les demandes d’asile présentées par les demandeurs n’ont pas été examinées à la lumière des faits qui leur sont propres au Canada et il n’y a jamais d’évaluation du risque pour les demandeurs. Dans les jugements portant sur des mesures de renvoi, comme [les arrêts] *Suresh* et *Revell*, les tribunaux ont statué qu’il y avait eu un examen suffisant du bien-fondé des demandes et des « soupapes de sécurité » pour évaluer les demandes de protection. Les demandeurs en l’espèce — ABC, DE, FG, M^{me} Mustefa et la famille Homs/Al-Nahass — n’ont bénéficié d’aucune considération semblable de leurs demandes de protection.

[135] La question est de savoir si la preuve de l’effet de l’ETPS démontre que la privation de la Charte est « sans rapport aucun » avec les objectifs de la loi. Le témoignage de M^{me} Mustefa, et celui des dix déposants anonymes, démontre que l’emprisonnement découle

automatically from a finding of ineligibility under the STCA. Failed claimants are detained without regard to their circumstances, moral blameworthiness, or their actions. They are detained often without a release on bond and without a meaningful process for review of their detention. While, responsibility sharing may be a worthwhile goal, this goal must be balanced against the impact it has on the lives of those who attempt to make refugee claims in Canada and are returned to the U.S. in the name of “administrative efficiency” (*Bedford*, at paragraph 121). In my view, imprisonment cannot be justified for the sake of, and in the name of, administrative efficiency.

[136] The risks of detention and loss of security of the person, which are facilitated by the STCA, are grossly disproportional to the administrative benefits of the STCA, which was intended to help Canada and the U.S. share responsibility for refugees in a way that complies with the Refugee Convention (*CCR 2008*, at paragraph 75). In my view, the impact of being found ineligible under the STCA is grossly disproportionate, and out of sync with the objective of the legislation (*Bedford*, at paragraph 120). Responsibility sharing cannot be positively balanced against imprisonment or the deleterious effects of cruel and unusual detention conditions, solitary confinement, and the risk of *refoulement*. In my view, to find otherwise would be “entirely outside the norms accepted in our free and democratic society” (*Bedford*, at paragraph 120).

[137] Gross disproportionality can be established based upon the impact on a single person. In my view, Ms. Mustefa’s evidence alone meets this test and is sufficient to “shock the conscience”.

(h) Conclusion—Section 7

[138] The applicants have provided significant evidence of the risks and challenges faced by STCA ineligible claimants when they are returned to the U.S. Although the U.S. system has been subject to much debate and criticism, a comparison of the two systems is not the role of this Court, nor is it the role of this Court to pass

automatiquement d’un constat d’irrecevabilité au titre de l’ETPS. Les demandeurs déboutés sont détenus sans égard à leur situation, à leur culpabilité morale ou à leurs actes. Ils sont souvent détenus sans libération sous caution et sans qu’il y ait de véritable processus de révision de leur détention. Si le partage des responsabilités peut être un objectif valable, il doit être soupesé en fonction de l’effet qu’il a sur la vie de ceux qui tentent de demander le statut de réfugié au Canada et qui sont renvoyés aux États-Unis au nom de « l’efficacité administrative » (*Bedford*, au paragraphe 121). À mon avis, il est impossible de justifier l’emprisonnement dans l’intérêt de l’efficacité administrative.

[136] Les risques de détention et d’atteinte à la sécurité de la personne, qui sont facilités par l’ETPS, sont totalement disproportionnés par rapport aux avantages administratifs de l’ETPS, qui était destinée à aider le Canada et les États-Unis à partager les responsabilités relativement aux réfugiés d’une manière conforme à la Convention sur les réfugiés (*CCR 2008*, au paragraphe 75). Selon moi, l’effet de ne pas pouvoir présenter de demande d’asile au titre de l’ETPS est totalement disproportionné et sans rapport aucun avec l’objectif de la loi (*Bedford*, au paragraphe 120). Le partage des responsabilités ne peut être contrebalancé par l’emprisonnement ou les effets néfastes des conditions de détention cruelles et inhabituelles, l’isolement cellulaire et le risque de refoulement. À mon avis, conclure le contraire déborderait « complètement le cadre des normes reconnues dans notre société libre et démocratique » (*Bedford*, au paragraphe 120).

[137] La disproportion totale peut être établie en fonction de l’effet sur une seule personne. À mon avis, le témoignage de M^{me} Mustefa satisfait à lui seul à ce critère et suffit à « choqu[er] la conscience ».

h) Conclusion — Article 7

[138] Les demandeurs ont fourni des éléments de preuve importants démontrant les risques et les défis auxquels sont confrontés les demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS lorsqu’ils sont renvoyés aux États-Unis. Bien que le système américain ait fait l’objet de nombreux débats et

judgment on the U.S. asylum system. The narrow focus here is the consequences that flow when a refugee claimant is returned to the U.S. by operation of the STCA. The evidence establishes that the conduct of Canadian officials in applying the provisions of the STCA will provoke certain, and known, reactions by U.S. officials. In my view, the risk of detention for the sake of “administrative” compliance with the provisions of the STCA cannot be justified. Canada cannot turn a blind eye to the consequences that befell Ms. Mustefa in its efforts to adhere to the STCA. The evidence clearly demonstrates that those returned to the U.S. by Canadian officials are detained as a penalty.

[139] The penalization of the simple act of making a refugee claim is not in keeping with the spirit or the intention of the STCA or the foundational Conventions upon which it was built.

[140] For these reasons, I conclude that the applicants have established a breach of section 7 of the Charter.

Is the Section 7 Infringement Justified Under section 1 of the Charter?

[141] Section 1 of the Charter provides:

Rights and freedoms in Canada

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

[142] In *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at paragraph 111, the Court outlined the section 1 considerations once a violation of a Charter right has been established. The state must show:

critiques, il n’appartient pas à la Cour de comparer les deux systèmes ni de se prononcer sur le système d’asile des États-Unis. L’accent est davantage mis en l’espèce sur les conséquences qui se produisent lorsqu’un demandeur d’asile est renvoyé aux États-Unis au titre de l’ETPS. La preuve établit que le comportement des fonctionnaires canadiens dans l’application des dispositions de l’ETPS provoquera certaines réactions connues de la part des fonctionnaires américains. À mon avis, le risque de détention dans l’intérêt du respect [TRADUCTION] « administratif » des dispositions de l’ETPS ne peut être justifié. Le Canada ne peut pas fermer les yeux sur les conséquences dont a été victime M^{me} Mustefa dans ses efforts pour adhérer à l’ETPS. La preuve démontre clairement que les personnes renvoyées aux États-Unis par des fonctionnaires canadiens sont détenues à titre de sanction.

[139] L’imposition d’une sanction pour le simple fait d’avoir demandé le statut de réfugié n’est pas conforme à l’esprit ou à l’intention de l’ETPS ou des Conventions à l’origine de sa création.

[140] Pour ces motifs, je conclus que les demandeurs ont établi l’existence d’une violation de l’article 7 de la Charte.

La violation de l’article 7 est-elle justifiée au regard de l’article premier de la Charte?

[141] L’article premier de la Charte est libellé comme suit :

Droits et libertés au Canada

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.

[142] Dans l’arrêt *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, la Cour suprême a exposé, au paragraphe 111 de ses motifs, les considérations relatives à l’article premier une fois que la violation d’un droit garanti par la Charte a été établie. L’État doit démontrer :

... that the law has a pressing and substantial objective and that the means chosen are proportional to that objective. A law is proportionate if (1) the means adopted are rationally connected to that objective; (2) it is minimally impairing of the right in question; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law....

[143] Under section 1, the respondents bear the burden of proof and they need evidence to discharge the burden. In *Bedford*, at paragraph 125, the Supreme Court explains the section 1 considerations as follows:

.... Under s.1, the question is different — whether the negative impact of a law on the rights of individuals is proportionate to the pressing and substantial goal of the law in furthering the public interest. The question of justification on the basis of an overarching public goal is at the heart of s.1....

[144] The Attorney General must show that that a law's breach of individual rights can be justified. I note the following from *Bedford* [at paragraph 129]:

It has been said that a law that violates s.7 is unlikely to be justified under s.1 of the *Charter* (*Motor Vehicle Reference*, at p. 518). The significance of the fundamental rights protected by s. 7 supports this observation. Nevertheless, the jurisprudence has also recognized that there may be some cases where s. 1 has a role to play (see, e.g., *Malmo-Levine*, at paras. 9698). Depending on the importance of the legislative goal and the nature of the s. 7 infringement in a particular case, the possibility that the government could establish that a s. 7 violation is justified under s.1 of the *Charter* cannot be discounted.

[145] The respondents argue that the pressing and substantial objective of paragraph 101(1)(e) and section 102 of the IRPA, which is the sharing of responsibility, has been met. They rely upon the Affidavit evidence of Mr. Badour, who explains the challenges Canada's refugee system would face if the volume of refugee claimants were to increase. He states that if the STCA were not operative it would be reasonable to assume there

[...] que la loi a un objectif réel et urgent et que le moyen choisi est proportionnel à cet objectif. Une loi est proportionnelle (1) lorsqu'il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et cet objectif, (2) que le moyen choisi est de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et (3) qu'il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables de ses dispositions et leurs effets bénéfiques [...]

[143] Dans le cadre de l'article premier, la charge de la preuve incombe aux défendeurs et ceux-ci ont besoin d'éléments de preuve pour s'en acquitter. Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour suprême explique comme suit les considérations relatives à l'article premier (au paragraphe 125) :

[...] Pour les besoins de l'article premier, il faut plutôt se demander si l'effet préjudiciable sur les droits des personnes est proportionné à l'objectif urgent et réel de défense de l'intérêt public. La justification fondée sur l'objectif public prédominant constitue l'axe central de l'application de l'article premier [...]

[144] Le procureur général doit démontrer que la violation des droits individuels par une loi peut être justifiée. Je souligne ce qui suit dans l'arrêt *Bedford* [au paragraphe 129] :

On a affirmé que la disposition qui violait un droit garanti à l'art. 7 avait peu de chances d'être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* (*Renvoi sur la MVA*, p. 518). L'importance des droits fondamentaux protégés par l'art. 7 appuie cette remarque. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît par ailleurs qu'il peut se présenter des situations dans lesquelles l'article premier a un rôle à jouer (voir, p. ex., l'arrêt *Malmo-Levine*, par. 96-98). On ne peut écarter la possibilité que l'État soit en mesure de démontrer que l'atteinte à un droit garanti à l'art. 7 est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, selon l'importance de l'objectif législatif et la nature de l'atteinte à un droit garanti par l'art. 7.

[145] Les défendeurs soutiennent que l'objectif urgent et réel de l'alinéa 101(1)e) et de l'article 102 de la LIPR, qui est le partage des responsabilités, a été atteint. Ils s'appuient sur le témoignage par affidavit de M. Badour, qui explique les défis auxquels le régime de protection des réfugiés canadien devrait faire face si le volume de demandeurs d'asile devait augmenter. Il affirme que si l'ETPS était inopérant, il serait raisonnable de supposer

would be an increase in the number of refugee claimants. According to the Respondents, the overall refugee system sustainability is at risk if there is an increase. Mr. Badour states there would be impacts to accommodation space for refugee claimants and the flow of immigration processing times. Mr. Badour also says that it would add more stress on the system which would result in increased processing time and costs. This according to the Respondents, tips the balance in favour of the government (*Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, at paragraphs 65–72).

[146] The respondents also argue that although failed STCA claimants are subject to detention in the U.S. there is a fair detention review process available. They point to the fact that Ms. Mustefa was eventually released, as were eight of the nine detained anonymized affiants. In my view, the fact that the detainees were released does not establish that there is a fair review process available. In any event, suggesting that those who are imprisoned will eventually be released, is not sufficient evidence of minimal impairment.

[147] The respondents' strongest argument to justify the STCA is the sustainability of the refugee system in Canada if the number of claimants were to increase. However, in my view, the evidence offered by the respondents on this point is weak. In the past, Canada has demonstrated flexibility to adjust to fluctuations in refugee numbers in response to needs. Having found that the operation of the STCA is a violation of section 7 Charter rights, I see no principled reason to continue to allow the provisions of the STCA to be applied to this narrow category of refugee claimants, when the evidence is that they will be imprisoned upon return to the U.S.

[148] The treatment of this narrow category of refugee claimants who arrive from the U.S. at a land POE as compared to others who arrive from the U.S. but have the benefit of the exemptions carved out in the STCA, is

qu'il y aurait une augmentation du nombre de demandeurs d'asile. Selon les défendeurs, la viabilité globale du régime de protection des réfugiés est menacée s'il y a pareille augmentation. M. Badour déclare qu'il y aurait des répercussions sur l'espace nécessaire pour héberger des demandeurs d'asile et sur les délais de traitement des demandes d'immigration. M. Badour indique également que le régime serait ainsi soumis à davantage de pressions, ce qui entraînerait un accroissement des délais de traitement et des coûts connexes. Selon les défendeurs, cela fait pencher la balance en faveur du gouvernement (*Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, aux paragraphes 65–72).

[146] Les défendeurs font également valoir que, bien que les demandeurs d'asile déboutés soient détenus aux États-Unis, il existe une procédure de contrôle des motifs de la détention équitable. Ils soulignent le fait que M^{me} Mustefa a finalement été libérée, tout comme huit des neuf déposants anonymes détenus. À mon avis, le fait que les détenus aient été libérés ne prouve pas qu'il existe une procédure de contrôle équitable. Par ailleurs, le fait de laisser entendre que ceux qui sont emprisonnés seront ultimement libérés ne constitue pas une preuve suffisante d'une atteinte minimale.

[147] L'argument le plus solide avancé par les défendeurs pour justifier l'ETPS est la viabilité du régime de protection des réfugiés au Canada si le nombre de demandeurs d'asile devait augmenter. Toutefois, je suis d'avis que les éléments de preuve présentés par les défendeurs sur ce point sont peu convaincants. Dans le passé, le Canada a fait preuve de souplesse pour s'adapter aux variations du nombre de réfugiés en fonction des besoins. Ayant constaté que l'application de l'ETPS entraîne la violation de droits garantis par l'article 7 de la Charte, je ne vois aucune raison logique de continuer à permettre l'application des dispositions de l'ETPS à cette catégorie étroite de demandeurs d'asile, alors que la preuve révèle qu'ils seront emprisonnés à leur retour aux États-Unis.

[148] Le traitement de cette catégorie étroite de demandeurs d'asile qui arrivent des États-Unis à un PDE terrestre par rapport à d'autres qui arrivent des États-Unis, mais qui bénéficient des exceptions prévues par l'ETPS,

hard to reconcile (*Kreishan*, at paragraph 71). Although there may have been justifiable reasons in 2004 when the STCA was enacted, there is a lack of evidence that this “carve out” serves any current justifiable purpose.

[149] The respondents have failed to produce sufficient evidence to meet the section 1 justification burden, as the rights of refugee claimants are more than minimally impaired by the STCA and the deleterious effects (detention and threats to security of the person) are not proportional to the salutary effects (administrative efficiency).

[150] I conclude that the respondents have not met their section 1 evidentiary burden.

Does the STCA Infringe Section 15 of the Charter?

[151] In addition to the challenge under section 7 of the Charter, the applicants also argue that although the STCA applies to everyone, it violates section 15 of the Charter because it has a disproportionate impact on women. The applicants contend that this is due to the operation of domestic U.S. asylum law and to claims made under the “particular social group” where most gender claims would be made. They rely upon the evidence of Prof. Anker and Prof. Musalo, who explain recent developments in U.S. asylum law pertaining to the category “particular social group”, in particular, new restrictions that have come about due to the *Matter of A-B-*.

[152] Prof. Anker explains in her June 26, 2018 affidavit, the *Matter of A-B-* reframed the non-state actor doctrine in the U.S. in a manner that makes it more restrictive. In this decision, the Attorney General restricted the application of the non-state actors doctrine to “exceptional circumstances” in which the state “condones the conduct and when the ‘persecutors actions can be attributed’ to the state” (June 26, 2018 affidavit of Prof. Anker, at paragraph 10; *Matter of A-B-*, 22 I&N 318 (A.G. 2018), at page 317)). Prof. Anker states, at paragraph 8 of her

est difficile à concilier (*Kreishan*, au paragraphe 71). Bien qu’il ait pu y avoir des motifs justifiables en 2004, lorsque l’ETPS a été adoptée, il n’est pas établi que cette [TRADUCTION] « exclusion » réponde à un quelconque objectif justifiable à l’heure actuelle.

[149] Les défendeurs n’ont pas produit suffisamment d’éléments de preuve pour s’acquitter du fardeau de justification imposé par l’article premier, car l’atteinte aux droits des demandeurs d’asile par l’ETPS est plus que minimale et les effets préjudiciables (détenation et menaces à la sécurité de la personne) ne sont pas proportionnels aux effets bénéfiques (efficacité administrative).

[150] Je conclus que les défendeurs ne se sont pas acquittés du fardeau de la preuve qui leur incombait au titre de l’article premier.

L’ETPS viole-t-elle l’article 15 de la Charte?

[151] Outre la contestation fondée sur l’article 7 de la Charte, les demandeurs soutiennent également que, même si l’ETPS s’applique à tous, elle viole l’article 15 de la Charte parce qu’elle a des répercussions disproportionnées sur les femmes. Les demandeurs allèguent que cela est dû à l’effet du droit américain en matière d’asile et aux demandes présentées à titre de [TRADUCTION] « groupe social particulier » où la plupart des demandes sont faites en fonction du sexe. Ils s’appuient sur les témoignages de M^{me} Anker et de M^{me} Musalo, qui expliquent les développements récents en matière de droit d’asile aux États-Unis concernant la catégorie [TRADUCTION] « groupe social particulier », en particulier les nouvelles restrictions qui sont apparues par suite de l’affaire *Matter of A-B-*.

[152] M^{me} Anker explique dans son affidavit du 26 juin 2018 que l’affaire *Matter of A-B-* a redéfini la doctrine des acteurs non étatiques aux États-Unis de manière à la rendre plus restrictive. Dans cette décision, le procureur général a limité l’application de la doctrine des acteurs non étatiques aux [TRADUCTION] « circonstances exceptionnelles » dans lesquelles l’État [TRADUCTION] « tolère la conduite et lorsque les « actes des persécuteurs peuvent être attribués » à l’État » (paragraphe 10 de l’affidavit du 26 juin 2018 de M^{me} Anker; *Matter of A-B-*, 22

June 2018 affidavit, that this different requirement is a derogation from the “basic principle of refugee law that lack of state protection will be found where the state is *either unwilling or unable*, despite willingness, to provide protection from serious harm by a non-state actor.” The applicants argue that this decision, in addition to other pre-existing factors, such as the restrictive definition of “particular social group” under U.S. law, increases the risk of *refoulement* for those making claims under the category.

[153] The applicants also argue that the one-year bar in the U.S. disproportionately affects women because they frequently miss this deadline due to the nature of their claims. They argue that the nature of the persecution makes women less likely to disclose their persecution within the one-year deadline, because of the social norms in their countries of origin where they are viewed as private and/or family matters.

[154] As I have concluded that the STCA infringes section 7 of the Charter, I decline to address the section 15 Charter challenge (*Carter*, paragraph 93).

Should the Court Decline to Consider Ms. Mustefa’s Application?

[155] The respondents argue that Ms. Mustefa does not have “clean hands” because she engaged in “serious misconduct” at the time of making her refugee claim therefore the Court should decline to consider her judicial review application.

[156] When she arrived at the POE, Ms. Mustefa claimed she was eligible for an exemption to the STCA under subparagraph 159.5(b)(ii) of the Regulations because she had family in Canada. Ms. Mustefa initially listed two men as “uncles” on the forms she submitted.

I&N 318 (A.G. 2018), à la page 317). M^{me} Anker affirme au paragraphe 8 de son affidavit de juin 2018 que cette exigence différente est une dérogation au [TRADUCTION] « principe fondamental du droit des réfugiés selon lequel l’absence de protection de l’État sera constatée lorsque l’État ne veut pas ou ne peut pas, malgré sa volonté, fournir une protection contre des préjudices graves causés par un acteur non étatique ». Les demandeurs font valoir que cette décision, en plus d’autres facteurs préexistants, comme la définition restrictive de [TRADUCTION] « groupe social particulier » au sens du droit américain, augmente le risque de refoulement pour ceux qui présentent des demandes au titre de cette catégorie.

[153] Les demandeurs font également valoir que le délai de prescription d’un an aux États-Unis a une incidence disproportionnée sur les femmes, étant donné qu’il arrive souvent qu’elles ne soient pas en mesure de respecter ce délai en raison de la nature de leurs demandes. Ils soutiennent que compte tenu de la nature de la persécution dont elles sont victimes, les femmes sont moins susceptibles de révéler les actes de persécution dans le délai d’un an, en raison des normes sociales de leur pays d’origine où pareils actes sont considérés comme des questions privées et/ou familiales.

[154] Comme j’ai conclu que l’ETPS viole l’article 7 de la Charte, je décline de répondre à la contestation fondée sur l’article 15 de la Charte (*Carter*, au paragraphe 93).

La Cour devrait-elle refuser d’examiner la demande de M^{me} Mustefa?

[155] Les défendeurs font valoir que M^{me} Mustefa n’a pas une [TRADUCTION] « conduite irréprochable » parce qu’elle a commis une [TRADUCTION] « inconduite grave » au moment où elle a présenté sa demande d’asile et que la Cour devrait donc refuser d’examiner sa demande de contrôle judiciaire.

[156] Lorsqu’elle est arrivée au PDE, M^{me} Mustefa a déclaré qu’elle pouvait bénéficier d’une exception au titre de l’ETPS en application du sous-alinéa 159.5b)(ii) du Règlement parce qu’elle avait de la famille au Canada. M^{me} Mustefa a d’abord inscrit deux hommes comme ses

However, these men were in fact Ms. Mustefa's cousins, not uncles. She then listed her actual uncle, Mr. Mustefa, as her proposed anchor relative. At that time, Mr. Mustefa did not reside in Canada, but was present in Canada when Ms. Mustefa tried to make a refugee claim, as he drove her to the border.

[157] Based upon the questioning of Ms. Mustefa on this issue, her evidence is that she uses the term "uncle" to address older male relatives as a sign of respect. In light of this, in listing her cousins as anchor relatives, I do not find that she intended to deceive the CBSA officer or that she engaged in serious misconduct. Furthermore, there was no finding of misconduct on the part of CBSA. Accordingly, I accept her evidence.

[158] In any event, as I have found a breach of section 7 of the Charter, I am allowing her judicial review application on that basis.

XI. CERTIFIED QUESTIONS

[159] The parties jointly propose the following questions:

1. Is the designation of the United States of America as a "safe third country" under section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations ultra vires* [of] the *Immigration and Refugee Protection Act*?
2. Does the combined effect of paragraph 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* result in violation(s) of subsection 15(1) and/or section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*, and if so is/are such violation(s) justified under section 1 of the Charter?

oncles sur les formulaires qu'elle a présentés. Toutefois, ces hommes étaient en fait les cousins de M^{me} Mustefa, et non pas ses oncles. Elle a ensuite désigné son véritable oncle, M. Mustefa, comme étant un membre de la famille prêt à aider. À ce moment, M. Mustefa ne résidait pas au Canada, mais il était présent au Canada lorsque M^{me} Mustefa a tenté de présenter une demande d'asile; c'est lui qui l'a conduit à la frontière.

[157] Lorsqu'elle a été interrogée à ce sujet, M^{me} Mustefa a dit qu'elle utilise le terme « oncle » pour s'adresser à des parents masculins plus âgés en signe de respect. À la lumière de cette information, en désignant ses cousins comme membres de sa famille prêts à l'aider, je ne pense pas qu'elle ait eu l'intention de tromper l'agent de l'ASFC ou qu'elle ait commis une inconduite grave. Par ailleurs, l'ASFC n'a constaté aucune inconduite de sa part. En conséquence, j'accepte son témoignage.

[158] En tout état de cause, comme j'ai conclu à une violation de l'article 7 de la Charte, j'accueille sa demande de contrôle judiciaire sur cette base.

XI. QUESTIONS CERTIFIÉES

[159] Les parties proposent conjointement les questions suivantes à la certification :

1. La désignation des États-Unis d'Amérique comme « tiers pays sûr » au titre de l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* est-elle *ultra vires* de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?
2. L'effet combiné de l'alinéa 101(1)(e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et de l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* entraîne-t-il une ou plusieurs violations du paragraphe 15(1) et/ou de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et, dans l'affirmative, cette violation ou ces violations sont-elles justifiées au regard de l'article premier de la Charte?

[160] In the circumstances I am satisfied that these questions meet the test in *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674, at paragraph 46.

[161] I am therefore certifying both questions.

XII. CONCLUSION

[162] For the reasons outlined above, I conclude that the provisions enacting the STCA infringe the guarantees in section 7 of the Charter. I have also concluded that the infringement is not justified under section 1 of the Charter. Accordingly, paragraph 101(1)(e) of the IRPA and section 159.3 of the Regulations are of no force or effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, because they violate section 7 of the Charter.

[163] To allow time for Parliament to respond, I am suspending this declaration of invalidity for a period of 6 months from the date of this decision.

[164] No costs were requested and no costs are awarded.

JUDGMENT in IMM-2977-17, IMM-2229-17 and
IMM-775-17

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The judicial review applications are granted;
2. Paragraph 101(1)(e) of the IRPA and section 159.3 of the Regulations are of no force or effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, because they violate section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;
3. This declaration of invalidity shall be suspended for a period of 6 months from the date of this decision;

[160] Dans les circonstances, je suis convaincu que ces questions satisfont au critère de l'arrêt *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674, exposés au paragraphe 46.

[161] Je certifie donc les deux questions.

XII. CONCLUSION

[162] Pour les motifs exposés précédemment, je conclus que les dispositions édictant l'ETPS violent les droits garantis par l'article 7 de la Charte. J'ai également conclu que cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la Charte. En conséquence, l'alinéa 101(1)e) de la LIPR et l'article 159.3 du Règlement sont inopérants en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car ils violent l'article 7 de la Charte.

[163] Afin de permettre au législateur de répondre, je suspends la présente déclaration d'invalidité pour une période de six mois à compter de la date de la présente décision.

[164] Comme il n'y a pas eu de demande quant aux dépens, je n'en adjugerai aucuns.

JUGEMENT dans les dossiers IMM-2977-17,
IMM-2229-17 et IMM-775-17

LA COUR STATUE que :

1. Les demandes de contrôle judiciaire sont accueillies.
2. L'alinéa 101(1)e) de la LIPR et l'article 159.3 du Règlement sont inopérants en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car ils violent l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
3. Cette déclaration d'invalidité est suspendue pour une période de six mois à compter de la date de la présente décision.

4. The following questions are certified:

- (1) Is the designation of the United States of America as a “safe third country” under section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations ultra vires* [of] the *Immigration and Refugee Protection Act*?
- (2) Does the combined effect of paragraph 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* result in violation(s) of subsection 15(1) and/or section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*, and if so is/are such violation(s) justified under section 1 of the Charter?

5. No costs are awarded.

4. Les questions suivantes sont certifiées :

- 1) La désignation des États-Unis d’Amérique comme « tiers pays sûr » au titre de l’article 159.3 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* est-elle *ultra vires* de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*?
- 2) L’effet combiné de l’alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et de l’article 159.3 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* entraîne-t-il une ou plusieurs violations du paragraphe 15(1) et/ou de l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et, dans l’affirmative, cette violation ou ces violations sont-elles justifiées au regard de l’article premier de la Charte?

5. Aucuns dépens ne sont adjugés.