

A-37-08
2008 FCA 229

A-37-08
2008 CAF 229

Her Majesty The Queen (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

Canadian Council for Refugees, Canadian Council of Churches, Amnesty International and John Doe (*Respondents*)

Conseil canadien pour les réfugiés, Conseil canadien des Églises, Amnistie Internationale et M. Untel (*intimés*)

INDEXED AS: CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES v. CANADA (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS C. CANADA (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Noël and Evans JJ.A.—Toronto, May 21; Ottawa, June 27, 2008.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard et juges Noël et Evans, J.C.A.—Toronto, 21 mai; Ottawa, 27 juin 2008.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Appeal from Federal Court decision declaring invalid Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 159.1-159.7, 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 — Factors to be considered before designating safe third country under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 102(1) set out in IRPA, s. 102(2) — Compliance with United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 33, Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Art. 3 to be assessed on basis of appreciation by Governor in Council (GIC) of country's policies, practices, human rights record — As GIC giving due consideration to factors, forming opinion U.S. compliant, nothing left to judicially review — GIC's obligation to review limited to monitoring IRPA, s. 102(2) factors so as to be in position to reassess opportunity of maintaining designation should evolution of factors so require — Appeal allowed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Appel de la décision de la Cour fédérale déclarant invalides les art. 159.1 à 159.7 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés et l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de tiers pays — Les facteurs qui doivent être pris en compte avant de désigner un tiers pays sûr en application de l'art. 102(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) sont énoncés à l'art. 102(2) de la LIPR — La conformité à l'art. 33 de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés et à l'art. 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants doit être examinée sur la foi d'une évaluation, faite par le gouverneur en conseil (le GC), des politiques, des usages et des antécédents en matière de respect des droits de la personne du pays — Comme le GC avait tenu compte des facteurs de manière appropriée et qu'il était arrivé à la conclusion que les États-Unis se conformaient, il n'y avait plus rien qui puisse faire l'objet d'un contrôle judiciaire — L'obligation du GC d'assurer le suivi est limitée à surveiller l'observation des facteurs énoncés à l'art. 102(2) afin d'être en mesure de réévaluer la possibilité de maintenir la désignation au besoin — Appel accueilli.

Constitutional Law — Charter of Rights — Whether 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, Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 159.1-159.7 (implementing Regulations) violating Charter, ss. 7, 15 — Respondent organizations' ability to bring Charter challenge depending on John Doe — As latter never presenting

Droit constitutionnel — Charte des droits — Il s'agissait de savoir si l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de tiers pays et les art. 159.1 à 159.7 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement de mise en œuvre) contrevenaient aux art. 7 et 15 de la Charte — La capacité des organisations intimées de

himself at border, never requesting determination regarding eligibility, no factual basis upon which to assess alleged Charter breaches.

Construction of Statutes — Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 102(1) providing broad grant of authority to give effect to Parliament's expressed intent responsibility for consideration of refugee claims be shared with countries respectful of human rights, obligations under United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment — Factors to be considered, set out in IRPA, s. 102(2), general in nature, indicative of Parliament's intent matter of compliance be assessed on basis of appreciation by Governor in Council of country's policies, practices, human rights record.

This was an appeal from a decision of the Federal Court declaring invalid sections 159.1 to 159.7 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* and 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* (Safe Third Country Agreement).

The Regulations implement into domestic law the Safe Third Country Agreement whereby if a refugee enters Canada from the U.S. at a land border port of entry, Canada will, subject to specified exceptions, send the refugee back to the U.S., and *vice versa*. The applications Judge found that compliance with Article 33 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* and Article 3 of the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* was a condition precedent to the designation by the Governor in Council (GIC) of the U.S. as a safe third country under section 102 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), and that since the U.S. did not comply with either, the Safe Third Country Agreement and the implementing provisions of the Regulations were *ultra vires* section 102 of the IRPA, violated sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and were not saved under section 1 of the Charter.

Held, the appeal should be allowed.

Per Noël J.A. (Richard C.J. concurring): The matter raised herein was a pure *vires* issue. Therefore the applicable standard of review was that of correctness.

déposer une contestation fondée sur la Charte dépendait de M. Untel — Ce dernier ne s'étant jamais présenté à la frontière et n'ayant jamais fait examiner la recevabilité de sa demande d'asile, aucun fait ne justifiait un examen des prétendues atteintes à la Charte.

Interprétation des lois — L'art. 102(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) confère un vaste pouvoir dans le but de donner effet à l'intention exprimée par le législateur de faire en sorte que la responsabilité de l'examen des demandes d'asile soit partagée avec des pays qui respectent les droits de la personne et les obligations que leur imposent la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants — Les facteurs dont il faut tenir compte sont énoncés à l'art. 102(2) de la LIPR et il s'agit de facteurs généraux qui montrent que le législateur voulait que la conformité soit examinée sur la foi d'une évaluation, faite par le gouverneur en conseil, des politiques, des usages et des antécédents en matière de respect des droits de la personne du pays.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre de la décision de la Cour fédérale déclarant invalides les articles 159.1 à 159.7 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de tiers pays* (l'Entente sur les tiers pays sûrs).

Le Règlement met en œuvre dans le droit interne l'Entente sur les tiers pays sûrs, qui prévoit que, si un réfugié entre au Canada à partir des États-Unis à un poste frontalier terrestre, le Canada, sous réserve des exceptions qui y sont prévues, renverra le réfugié aux États-Unis et inversement. Le juge de première instance a conclu que la conformité à l'article 33 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* et à l'article 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* était une condition préalable à la désignation, par le gouverneur en conseil (le GC), des États-Unis à titre de tiers pays sûr en application de l'article 102 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) et que, comme les États-Unis ne s'étaient pas conformés à ces dispositions, l'Entente sur les tiers pays sûrs et les dispositions du Règlement qui la mettent en œuvre outrepassaient les pouvoirs conférés par l'article 102 de la LIPR, contrevenaient aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne se justifiaient pas en vertu de l'article premier de la Charte.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Le juge Noël, J.C.A. (le juge en chef Richard souscrivant à ses motifs) : La question soulevée en l'espèce se limitait à la question de l'excès de pouvoir. La norme de contrôle applicable était donc celle de la décision correcte.

The impugned Regulations and the Safe Third Country Agreement are not *ultra vires* the IRPA. Subsection 102(1) of the IRPA gives the GIC the power to promulgate regulations governing the treatment of refugee claims which may include provisions designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture. This is a broad grant of authority intended to give effect to Parliament's expressed intent that responsibility for the consideration of refugee claims be shared with countries that are respectful of their Convention obligations and human rights. The factors to be considered before designating a country are expressly set out in subsection 102(2) of the IRPA. The applications Judge's misapprehended concern that the GIC would have the discretion to designate a country that does not comply with the Conventions led him to transform the statutory objective of designating countries "that comply" into a condition precedent. This error was compounded by the applications Judge's further conclusion that what must be established is "actual" compliance or compliance "in absolute terms". Subsection 102(1) of IRPA does not refer to such compliance, nor does it otherwise specify the type and extent of compliance contemplated. However, Parliament has specified the four factors to be considered in determining whether a country can be designated. These factors are general in nature and are indicative of Parliament's intent that the matter of compliance be assessed on the basis of an appreciation by the GIC of the country's policies, practices and human rights record. Once it is accepted, as it was in this case, that 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. There was no suggestion in this case that the GIC acted in bad faith or for an improper purpose.

The applications Judge erred when he concluded that the GIC failed to ensure the continuing review of the United States as a safe third country as required by subsection 102(2). The obligation to review is not intended to monitor "actual" compliance or compliance "in absolute terms" but is intended to ensure that the GIC continues to monitor the factors identified in subsection 102(2) so as to be in a position to reassess the opportunity of maintaining the designation should the evolution of the factors so require. The GIC was not in breach of this obligation herein.

The applications Judge adopted a hypothetical approach to the respondent organizations' Charter challenge, i.e. that a class of refugees would be treated a certain way if they were to present themselves at a Canadian land border port of entry. This approach went against the well-established principle that a Charter challenge cannot be mounted in the abstract. There was no evidence that a refugee would have to bring a challenge

Le Règlement contesté et l'Entente sur les tiers pays sûrs n'excedent pas les pouvoirs conférés par la LIPR. Le paragraphe 102(1) de la LIPR confère au GC le pouvoir de prendre des règlements régissant le traitement des demandes d'asile qui peuvent prévoir notamment la désignation de 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. Ce vaste pouvoir est conféré dans le but de donner effet à l'intention exprimée par le législateur de faire en sorte que la responsabilité de l'examen des demandes d'asile soit partagée avec des pays qui respectent les obligations que leur imposent les Conventions et les droits de la personne. Les facteurs qui doivent être pris en compte avant de désigner un pays sont décrits expressément au paragraphe 102(2) de la LIPR. La fausse perception du juge de première instance selon laquelle le GC aurait le pouvoir discrétionnaire de désigner un pays qui ne se conforme pas aux Conventions l'ont amené à transformer l'objectif de la loi de désigner des pays « qui se conforment » en une condition préalable. L'erreur s'est aggravée par une autre conclusion du juge de première instance selon laquelle c'est la conformité « effective » ou « rigoureuse » qui doit être établie. Le paragraphe 102(1) de la LIPR ne fait pas référence à cette conformité ni par ailleurs au type et à l'étendue de la conformité exigée. Le législateur a cependant décrit les quatre facteurs dont il faut tenir compte lorsqu'on détermine si un pays peut être désigné. Il s'agit de facteurs généraux qui montrent que le législateur voulait que la conformité soit examinée sur la foi d'une évaluation, faite par le GC, des politiques, des usages et des antécédents en matière de respect des droits de la personne du pays en question. Une fois qu'on reconnaît, comme ce fut le cas en l'espèce, 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. Rien en l'espèce ne permettait de croire que le GC avait agi de mauvaise foi ou dans un but inapproprié.

Le juge de première instance s'est mépris lorsqu'il a conclu que le GC n'avait pas assuré le suivi de la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr, comme l'exige le paragraphe 102(2). L'obligation d'assurer le suivi n'a pas pour objet de vérifier la conformité « effective » ou « rigoureuse ». Elle vise plutôt à assurer que le GC continue de surveiller le respect des facteurs énoncés au paragraphe 102(2) afin d'être en mesure de réévaluer la possibilité de maintenir la désignation au besoin. Le GC ne manquait pas à cette obligation en l'espèce.

Le juge de première instance a adopté une approche hypothétique à l'égard de la contestation des organisations intimées fondée sur la Charte, soit qu'une catégorie de réfugiés seraient traités d'une certaine façon s'ils se présentaient à un poste frontalier terrestre canadien. Cette approche allait à l'encontre du principe bien établi selon lequel une contestation fondée sur la Charte ne peut être examinée dans l'abstrait. La preuve ne

from outside Canada. The respondent organizations' ability to bring the Charter challenge depended on John Doe. As the latter never presented himself at the border and therefore never requested a determination regarding his eligibility, there was no factual basis upon which to assess the alleged Charter breaches. The applications Judge thus erred in entertaining the Charter challenge.

Per Evans J.A. (concurring): The reasons for concluding that the applications Judge erred in determining the merits of the Charter challenges to the Regulations were, for the most part, equally applicable to the administrative law challenge. To grant the declaratory relief sought by the respondents would have been premature and served little useful purpose. Since the application for judicial review should have been dismissed without a determination of the substantive issues raised, no questions should have been certified, and none should have been answered.

The issues of statutory interpretation and the scope of judicial review raised by the respondents' application were not so clear and incontrovertible that they warranted a departure from the guiding principle of judicial restraint that it is generally better to say less than more.

In any event, a declaration of invalidity of the impugned Regulations is not required in order to ensure that they are not applied to claimants in breach of Canada's international obligations not to refole, or the Charter.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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, 5 December 2002, [2004] Can. T.S. No. 2, Art. 8(3).

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.

Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Art. 3.

Convention Determining the State Responsible for Examining Applications for Asylum Lodged in One of the Member States of the European Community, 15 June 1990, Dublin. (Dublin Convention).

démontrait pas qu'un réfugié devrait présenter la contestation à partir de l'extérieur du Canada. La capacité des organisations intimées de déposer une contestation fondée sur la Charte dépendait de M. Untel. Ce dernier ne s'étant jamais présenté à la frontière et n'ayant donc jamais fait examiner la recevabilité de sa demande d'asile, aucun fait ne justifiait un examen des prétendues atteintes portées à la Charte. Le juge de première instance a donc commis une erreur lorsqu'il a examiné la contestation fondée sur la Charte.

Le juge Evans, J.C.A. (motifs concourants) : Les motifs étant la conclusion que le juge de première instance a commis une erreur en se prononçant sur le bien-fondé de la contestation du Règlement fondée sur la Charte s'appliquaient également, pour la plupart, à la contestation fondée sur le droit administratif. Il aurait été prématuré et il n'aurait servi à peu près à rien de prononcer le jugement déclaratoire demandé par les intimés. Puisque la demande de contrôle judiciaire aurait dû être rejetée sans rendre de décision sur les questions de fond soulevées, aucune question n'aurait dû être certifiée, et la Cour n'aurait pas dû répondre à ces questions.

Les questions relatives à l'interprétation législative et à la portée du contrôle judiciaire soulevées dans la demande des intimés n'étaient pas à ce point claires et incontestables qu'elles justifiaient une dérogation au principe directeur de la retenue judiciaire selon lequel il vaut mieux généralement en dire moins que plus.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire de déclarer invalides les dispositions réglementaires contestées afin de s'assurer qu'elles ne s'appliquent pas aux demandeurs d'asile en violation des obligations internationales du Canada de ne pas refouler ou encore de la Charte.

LOIS ET RÈGLEMENTS 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 réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers, 5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2, art. 8(3).

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.

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, art. 33.

Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 2(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 1; 2006 c. 9, s. 38), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26).
Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3, 5 (as am. by S.C. 2004, c. 15, s. 70), 101, 102.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 159.1 to 159.7 (as enacted by SOR/2004-217, s. 2).
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 33.

des États membres des Communautés européennes, 15 juin 1990, Dublin (Convention de Dublin).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 2(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 1; 2006, ch. 9, art. 38), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3, 5 (mod. par L.C. 2004, ch. 15, art. 70), 101, 102.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 159.1 à 159.7 (édicte par DORS/2004-217, art. 2).
Règles des cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Sunshine Village Corp. v. Canada (Parks), [2004] 3 F.C.R. 600; (2004), 238 D.L.R. (4th) 647; 16 Admin. L.R. (4th) 242; 2004 FCA 166; *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 2008 SCC 9.

DISTINGUISHED:

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 2002 SCC 1.

CONSIDERED:

Canadian Council of Churches v. Canada, [1990] 2 F.C. 534; (1990), 68 D.L.R. (4th) 197; 44 Admin. L.R. 56; aff'd [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; *Canadian Council for Refugees v. Canada* (2008), 373 N.R. 387; 2008 FCA 40; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595; (1995), 125 D.L.R. (4th) 141; 30 Imm. L.R. (2d) 139; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; *Regina (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 1 A.C. 920; 2002 UKHL 36.

REFERRED TO:

United States v. Burns, [2001] 1 S.C.R. 283; (2001), 195 D.L.R. (4th) 1; [2001] 3 W.W.R. 193; 2001 SCC 7; *Law*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Sunshine Village Corp. c. Canada (Parcs), [2004] 3 R.C.F. 600; 2004 CAF 166; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 1; 2008 CSC 9.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Conseil canadien des Églises c. Canada, [1990] 2 C.F. 534 (C.A.); conf. par [1992] 1 R.C.S. 236; *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 40; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Regina (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 1 A.C. 920; 2002 UKHL 36.

DÉCISIONS CITÉES :

États-Unis c. Burns, [2001] 1 R.C.S. 283; 2001 CSC 7; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*,

v. *Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (F.C.T.D.); *Telecommunications Workers Union v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [2004] 2 F.C.R. 3; (2003), 233 D.L.R. (4th) 298; 312 N.R. 128; 2003 FCA 381; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173.

[1999] 1 R.C.S. 497; *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (C.F. 1^{re} inst.); *Syndicat des travailleurs en télécommunications c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [2004] 2 R.C.F. 3; 2003 CAF 381; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

AUTHORS CITED

- Canada. Citizenship and Immigration. *A Partnership for Protection: Year One Review*, November 2006, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/department/laws-policy/partnership/index.asp>>.
- Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar*. Ottawa: The Commission, 2006, online: <<http://www.ararcommission.ca>>.
- Foreign Affairs and International Trade Canada. *Smart Border Declaration: Building a Smart Border for the 21st Century on the Foundation of a North American Zone of Confidence*, Ottawa: December 12, 2001, online: <http://geo.international.gc.ca/can-am/main/border/smart_border_declaration-en.asp>.
- Hathaway, James C. *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Sgayias, David et al. *Federal Court Practice, 1991-92*. Scarborough: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
- United Nations High Commissioner for Refugees. *Monitoring Report: Canada-United States "Safe Third Country" Agreement, 29 December 2004-28 December 2005*, June 2006, online: <<http://www.unhcr.org/home/PROTECTION/455b2cca4.pdf>>.

APPEAL from a decision of the Federal Court ([2008] 3 F.C.R. 606; (2007), 74 Admin. L.R. (4th) 176; 164 C.R.R. (2d) 130; 2007 FC 1262) declaring invalid the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, sections 159.1 to 159.7, and the *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United*

DOCTRINE CITÉE

- Affaires étrangères et Commerce international Canada. *Déclaration sur la frontière intelligente : Création d'une frontière intelligente pour le XXI^e siècle soutenue par une zone de confiance nord-américaine*, Ottawa : 12 décembre 2001, en ligne : <http://geo.international.gc.ca/can-am/main/border/smart_border_declaration-fr.asp>.
- Canada. Citoyenneté et Immigration. *Partenariat pour la protection : Examen de la première année*, novembre 2006, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/lois-politiques/parteneriat/index.asp>>.
- Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar*. Ottawa : La Commission, 2006, en ligne : <<http://www.commission-arar.ca>>.
- Hathaway, James C. *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005.
- Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés. *Rapport de surveillance : Entente sur les tiers pays sûrs entre le Canada et les É.-U., 29 décembre 2004-28 décembre 2005*, juin 2006, en ligne : <<http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/protect/opendoc.pdf?tbl=PROTECTION&id=455b2cca4>>.
- Sgayias, David et al. *Federal Court Practice, 1991-92*. Scarborough : Thomson Professional Publishing Canada, 1991.

APPEL de la décision de la Cour fédérale ([2008] 3 R.C.F. 606; 2007 CF 1262) déclarant invalides les articles 159.1 à 159.7 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen*

States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries.
Appeal allowed.

des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de tiers pays. Appel accueilli.

APPEARANCES

David Lucas, Gregory G. George and Matina Karvellas for appellant.

Barbara L. Jackman, Andrew Brouwer and Leigh Salsberg for respondents Canadian Council for Refugees and Canadian Council of Churches.

Lorne Waldman for respondent Amnesty International.

ONT COMPARU

David Lucas, Gregory G. George et Matina Karvellas pour l'appelante.

Barbara L. Jackman, Andrew Brouwer et Leigh Salsberg pour les intimés le Conseil canadien pour les réfugiés et le Conseil canadien des Églises.

Lorne Waldman pour l'intimée Amnistie Internationale.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Jackman & Associates, Toronto, for respondents Canadian Council for Refugees and Canadian Council of Churches.

Waldman & Associates, Toronto, for respondent Amnesty International.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.

Jackman & Associates, Toronto, pour les intimés le Conseil canadien pour les réfugiés et le Conseil canadien des Églises.

Waldman & Associates, Toronto, pour l'intimée Amnistie Internationale.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] NOËL J.A.: This is an appeal from a decision of Phelan J. [[2008] 3 F.C.R. 606 (F.C.)] (the applications Judge), granting an application for judicial review by the Canadian Council for Refugees, the Canadian Council of Churches, Amnesty International and John Doe (the respondents), declaring invalid sections 159.1 to 159.7 [as enacted by SOR/2004-217, s. 2] of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations), and 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* [5 December 2002, [2004] Can. T.S. No. 2] (otherwise known as the Safe Third Country Agreement).

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre de la décision du juge Phelan [[2008] 3 R.C.F. 606 (C.F.)] (le juge de première instance) d'accueillir la demande de contrôle judiciaire présentée par le Conseil canadien pour les réfugiés, le Conseil canadien des Églises, Amnistie internationale et M. Untel (les intimés) et de déclarer invalides les articles 159.1 à 159.7 [édictees par DORS/2004-217, art. 2] du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), et l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de tiers pays* [5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2] (appelé aussi l'Entente sur les tiers pays sûrs).

[2] In particular the applications Judge found that compliance with Article 33 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (entered into force April 22, 1954) (the

[2] Le juge de première instance a conclu en particulier que la conformité à l'article 33 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (entrée en vigueur le 22 avril

Refugee Convention) and Article 3 of the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36 (entered into force June 26, 1987) (the Convention against Torture, together the Conventions [or Refugee and Torture Conventions]), was a condition precedent to the Governor in Council's (the GIC) exercise of its delegated authority under section 102 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) to designate the United States of America (the U.S.) as a safe third country and that, on the evidence before him, the U.S. did not comply with either. Accordingly, he held that the Safe Third Country Agreement and the implementing provisions of the Regulations were *ultra vires* the enabling legislation, section 102 of the IRPA; violated 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] (the Charter) and were not saved by section 1 of the Charter.

[3] On appeal, Her Majesty the Queen (the appellant) argues that the applications Judge erred in law by reviewing the Regulations as an administrative decision and that he erred in fact and in law in concluding that there was a real risk of refoulement where a refugee is returned to the U.S. Further, the appellant argues that the applications Judge erred in law in concluding that the Regulations violate the Charter.

RELEVANT FACTS

Background

[4] The Regulations at issue implement into domestic law a Safe Third Country Agreement between Canada and the U.S. whereby if a refugee enters Canada from the U.S. at a land border port of entry, Canada will, subject to specified exceptions, send the refugee back to the U.S. The same applies for refugees crossing by land from Canada into the U.S.

1954) (la Convention sur les réfugiés), et à l'article 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36 (entrée en vigueur le 26 juin 1987) (la Convention contre la torture, les deux conventions étant appelées collectivement « les Conventions »), était une condition préalable à l'exercice, par le gouverneur en conseil (le GC), du pouvoir qui lui est délégué à l'article 102 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), de désigner les États-Unis d'Amérique (les États-Unis) à titre de tiers pays sûr, et que, compte tenu de la preuve dont il disposait, les États-Unis ne s'étaient pas conformés à ces dispositions. Par conséquent, il a statué que l'Entente sur les tiers pays sûrs et les dispositions du Règlement qui la mettent en œuvre outrepassaient les pouvoirs conférés par la loi habilitante, plus précisément l'article 102 de la LIPR, contrevenaient aux 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), et ne se justifiaient pas en vertu de l'article premier de la Charte.

[3] En appel, Sa Majesté la Reine (l'appelante) prétend que le juge de première instance a commis une erreur de droit en contrôlant le Règlement comme s'il s'agissait d'une décision administrative et qu'il a commis une erreur de fait et de droit en concluant qu'il y avait un risque véritable de refoulement lorsqu'un réfugié est renvoyé aux États-Unis. L'appelante prétend également que le juge de première instance a commis une erreur de droit en concluant que le Règlement contrevient à la Charte.

LES FAITS PERTINENTS

Le contexte

[4] Le Règlement en cause en l'espèce met en œuvre dans le droit interne l'Entente sur les tiers pays sûrs conclue entre le Canada et les États-Unis, qui prévoit que, si un réfugié entre au Canada à partir des États-Unis à un poste frontalier terrestre, le Canada, sous réserve des exceptions qui sont prévues, renverra le réfugié aux États-Unis. La même règle s'applique aux réfugiés qui

[5] A “safe third country” clause first appeared in Canadian law in the 1988 amendments to the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28 and c. 29 (the *Immigration Act*). The provision allowed for the designation of another country as a “safe third country” such that refugee claimants seeking to enter Canada via such a country would not be permitted to claim protection in Canada.

[6] In 1989, the Canadian Council of Churches challenged the constitutionality of this clause, among others, however, the Federal Court of Appeal in *Canadian Council of Churches v. Canada*, [1990] 2 F.C. 534 (C.A.), held that the challenge was premature as no country had yet been designated under the clause. The Supreme Court of Canada in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at page 253 (*Canadian Council of Churches*) also disallowed the challenge, however, on the ground that the Canadian Council of Churches lacked standing to bring the challenge as there was a more reasonable and effective way to bring it, i.e., by a refugee.

[7] Through the 1990s, the Government of Canada continued to negotiate with the U.S. regarding a Safe Third Country Agreement. On December 12, 2001, the U.S.-Canada *Smart Border Declaration: Building a Smart Border for the 21st Century on the Foundation of a North American Zone of Confidence* was issued, setting out a 30-Point Action Plan that included a new commitment to negotiate an agreement.

[8] On June 28, 2002, the IRPA came into effect and as part of the IRPA, Parliament granted the GIC authority to designate a country as “safe” that, based on its laws, practices and human rights record, complies with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention against Torture. These provide:

arrivent aux États-Unis par voie terrestre en provenance du Canada.

[5] Une disposition sur les « tiers pays sûrs » est apparue pour la première fois dans le droit canadien dans les modifications apportées en 1988 à la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, modifiée par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28 et 29 (la *Loi sur l’immigration*). La disposition permettait la désignation d’un autre pays à titre de tiers pays sûr et prévoyait que les demandeurs du statut de réfugié cherchant à entrer au Canada à partir d’un pays ainsi désigné n’étaient pas autorisés à demander la protection du Canada.

[6] En 1989, le Conseil canadien des Églises a contesté la constitutionnalité de cette disposition — et d’autres également. La Cour d’appel fédérale a cependant statué, dans *Conseil canadien des églises c. Canada*, [1990] 2 C.F. 534 (C.A.), que la contestation était prématurée puisque aucun pays n’avait encore été désigné en application de la disposition. Dans *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, à la page 253 (*Conseil canadien des Églises*), la Cour suprême a aussi rejeté la contestation, mais au motif que le Conseil canadien des Églises n’avait pas qualité pour la présenter étant donné qu’il existait une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question au tribunal, à savoir par un réfugié.

[7] Pendant les années 1990, le gouvernement du Canada a poursuivi les négociations avec les États-Unis en vue de la conclusion d’une entente sur les tiers pays sûrs. Le 12 décembre 2001, on a rendu publique la *Déclaration sur la frontière intelligente : Création d’une frontière intelligente pour le XXI^e siècle soutenue par une zone de confiance nord-américaine*, qui décrivait un plan d’action en 30 points faisant état notamment d’un nouvel engagement concernant la négociation d’une entente.

[8] La LIPR est entrée en vigueur le 28 juin 2002. Dans cette Loi, le législateur a habilité le GC à désigner à titre de pays « sûr » tout pays qui, vu ses lois, ses usages et ses antécédents en matière de respect des droits de la personne, se conforme à l’article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l’article 3 de la Convention contre la torture. Ces deux dispositions prévoient ce qui suit :

Refugee Convention

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 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.

Convention against Torture

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.

[9] Section 5 [as am. by S.C. 2004, c. 15, s. 70] of the IRPA requires that a certain class of regulations involving matters of public interest be laid before the House of Parliament prior to promulgation. The Regulations in issue in the present proceeding come within that class and were placed before the House prior to promulgation.

[10] Further, the GIC’s authority to enter into a safe third country agreement is found at sections 101 and 102 of the IRPA:

101. (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if

...

Convention sur les réfugiés

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 seraient menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.
2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu’il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l’objet d’une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

Convention contre la torture

ARTICLE 3

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

[9] L’article 5 [mod. par L.C. 2004, ch. 15, art. 70] de la LIPR exige que les règlements régissant des questions d’intérêt public soient déposés devant chaque chambre du Parlement avant d’être pris. Le Règlement en cause en l’espèce appartient à cette catégorie de règlements et il a été déposé devant chacune des chambres du Parlement avant d’être pris.

[10] En outre, le pouvoir du GC de conclure une entente sur les tiers pays sûrs est prévu aux articles 101 et 102 de la LIPR :

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....

...

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

(a) designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture;

(b) making a list of those countries and amending it as necessary; and

(c) respecting the circumstances and criteria for the application of paragraph 101(1)(e).

(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.

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

[11] The final text of the Safe Third Country Agreement with the U.S. was signed on December 5, 2002. The GIC formally designated the U.S. two years later, on October 12, 2004, by promulgating section 159.3 of the Regulations, which came into force December 29, 2004:

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

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;

[...]

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

a) la désignation des pays qui se conforment à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture;

b) l'établissement de la liste de ces pays, laquelle est renouvelée en tant que de besoin;

c) les cas et les critères d'application de l'alinéa 101(1)e).

(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.

(3) Le gouverneur en conseil assure le suivi de l'examen des facteurs à l'égard de chacun des pays désignés. [Non souligné dans l'original.]

[11] Le texte final de l'Entente sur les tiers pays sûrs conclu avec les États-Unis a été signé le 5 décembre 2002. Le GC a désigné en bonne et due forme les États-Unis deux ans plus tard, le 12 octobre 2004, en prenant l'article 159.3 du Règlement; cette disposition est entrée en vigueur le 29 décembre 2004 :

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

Against Torture, and is a designated country for the purpose of the application of paragraph 101(1)(e) of the Act.

[12] Also promulgated on the same occasion were sections 159.1 to 159.7 of the Regulations, (these are reproduced as Appendix I to these reasons) according to which refugee claimants who request protection at the U.S.-Canada border by land are denied access to the refugee determination process in Canada unless they meet one of the enumerated exceptions in the Regulations (section 159.5):

- family member[s] of Canadian citizens [...] permanent residents [or] protected persons;
- unaccompanied minors;
- holders of Canadian travel documents;
- persons who do not need visas to enter Canada but need visas to enter the U.S.;
- persons who were refused entry to the U.S. without having their claim adjudicated or permanent residents of Canada being removed from the U.S.;
- persons who are subject to the death penalty; and
- persons who are nationals of countries to which the relevant Minister has imposed a stay on removal orders.

[13] Throughout the negotiations leading to the execution of the Safe Third Country Agreement and its implementation by the promulgation of the Regulations, the United Nations High Commissioner for Refugees (the UNHCR) monitored the process in order to ensure that persons seeking protection from persecution would have access to a full and fair procedure to assess their claims (see Scoffield affidavit, appeal book, Vol. 11, Tab 33, Exhibit B4, at page 3126; Scoffield affidavit, appeal book, Vol. 11, Tab 33, Exhibit B5, at page 3135). Its monitoring role was formally recognized in Article 8, paragraph 3 of the Safe Third Country Agreement, and extends to the ongoing review of the operation of the Agreement.

contre la torture et sont un pays désigné pour l'application de l'alinéa 101(1)e) de la Loi.

[12] Les articles 159.1 à 159.7 du Règlement (ces dispositions sont reproduites à l'annexe I des présents motifs) ont été pris à la même occasion. Selon ces dispositions, le demandeur d'asile qui sollicite la protection à la frontière terrestre canado-américaine ne peut se prévaloir du processus d'examen des demandes d'asile au Canada, sauf s'il est visé par l'une des exceptions prévues par le Règlement (article 159.5) :

- un membre de sa famille est un citoyen canadien [...] un résident permanent ou une personne protégée;
- il est un mineur non accompagné;
- il est titulaire de documents de voyage canadiens;
- il peut entrer au Canada sans visa, mais il doit en posséder un pour entrer aux États-Unis;
- sa demande d'admission aux États-Unis a été rejetée sans que sa demande d'asile ait été étudiée ou il est un résident permanent du Canada renvoyé aux États-Unis;
- il est passible de la peine de mort;
- il a la nationalité d'un pays à l'égard duquel le ministre compétent a imposé un sursis aux mesures de renvoi.

[13] Le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés (le HCR) a surveillé toutes les négociations qui ont mené à la signature de l'Entente sur les tiers pays sûrs et à sa mise en œuvre par la prise du Règlement afin de s'assurer que les personnes demandant à être protégées contre la persécution aient accès à un processus d'examen de leurs demandes qui soit complet et équitable (voir affidavit de M. Scoffield, dossier d'appel, vol. 11, onglet 33, pièce B4, à la page 3126; affidavit de M. Scoffield, dossier d'appel, vol. 11, onglet 33, pièce B5, à la page 3135). Ce rôle en matière de surveillance a été reconnu formellement à l'article 8, paragraphe 3 de l'Entente sur les tiers pays sûrs et comprend la surveillance continue de l'application de cette Entente.

Leave and judicial review application

[14] On December 29, 2005, the respondents launched an application for leave and judicial review seeking a declaration that the designation of the U.S. under section 102 of the IRPA was *ultra vires*, that the GIC erred in concluding that the U.S. complied with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention against Torture and further, that the designation breached sections 7 and 15 of the Charter. For purposes of clarity, it is useful to set out in full the issues set out in the judicial review application filed before the Court:

(1) The designation, under Paragraph 159.3 of the *Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations* and Sections 5(1) and 102 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, of the United States of America as a country that complies with Article 33 of the 1951 *Convention relating to the Status of Refugees* and Article 3 of the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* is an error of fact and law.

(2) The designation, under Paragraph 159.3 of the *Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations* and Sections 5(1) and 102 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, of the United States of America, and the resulting application of the ineligibility provision under Section 101(1)(e) to such persons who do not meet one of the exceptions specified under Paragraphs 159.4, 159.5 or 159.6 of the *Regulations*:

- a. is patently unreasonable and is an error of fact and law;
- b. is contrary to the obligation set out in Section 3(3)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* to apply the legislation in a manner that complies with international human rights instruments to which Canada is a signatory, and is therefore *ultra vires* the Governor-in-Council;
- c. is in breach of the rights to life, liberty, and/or security of the person of those subject to it and is not in accordance with the principles of fundamental justice, contrary to Section 7 of the Charter, and is not justified under Section 1 of the Charter; and

La demande d'autorisation et de contrôle judiciaire

[14] Le 29 décembre 2005, les intimés ont déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire dans le but d'obtenir un jugement déclarant que la désignation des États-Unis en vertu de l'article 102 de la LIPR outrepassait les pouvoirs conférés par cette loi, que le GC avait commis une erreur en concluant que les États-Unis se conformaient à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture et, en outre, que la désignation était contraire aux articles 7 et 15 de la Charte. Par souci de clarté, il est utile de reproduire intégralement les questions énoncées dans la demande de contrôle judiciaire qui a été présentée à la Cour fédérale :

[TRADUCTION]

1) La désignation, fondée sur l'article 159.3 du *Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* ainsi que sur le paragraphe 5(1) et l'article 102 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, des États-Unis d'Amérique à titre de pays qui se conforme à l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* et à l'article 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* est une erreur de fait et de droit.

2) La désignation, fondée sur l'article 159.3 du *Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* ainsi que sur le paragraphe 5(1) et l'article 102 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, des États-Unis d'Amérique et l'application de la disposition d'irrecevabilité de l'alinéa 101(1)e) aux personnes qui ne sont pas visées par l'une des exceptions prévues aux articles 159.4, 159.5 ou 159.6 du *Règlement* qui en résulte :

- a. sont manifestement déraisonnables et constituent une erreur de fait et de droit;
- b. sont contraires à l'obligation mentionnée à l'alinéa 3(3)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* d'appliquer la loi d'une manière conforme aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire et excèdent donc les pouvoirs du gouverneur en conseil;
- c. portent atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité des personnes visées, ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale, contrairement à l'article 7 de la Charte, et ne se justifient pas en vertu de l'article premier de la Charte;

d. is in breach of the rights to equality before and under the law and to equal protection and benefit of the law without discrimination, contrary to Section 15 of the Charter, and is not justified under Section 1 of the Charter.

[15] The remedies sought were a declaration that the designation of the U.S. is *ultra vires* the GIC and in breach of sections 7 and 15 of the Charter; that the delegation of authority to determine eligibility under paragraph 101(1)(e) of the IRPA to officers at ports of entry, and the failure to provide access to counsel during such eligibility determinations are contrary to the principles of natural justice and are in breach of section 7 of the Charter—the second aspect of this remedy (access to counsel) was denied by the applications Judge (reasons, at paragraphs 288 and 289) and is no longer in issue—and any other relief as the applicants may advise and that the Court may permit (appeal book, application for leave and for judicial review, Vol. 1, at page 133).

[16] Leave to proceed with the application was granted on June 29, 2006.

[17] In the supplementary memorandum of fact and law, which the respondents filed in support of their judicial review application, after leave was granted, they also argued that the GIC had, since the time of promulgation, breached its obligation to ensure a continuing review pursuant to subsection 102(3) of the IRPA (respondents' supplementary memorandum of fact and law, appeal book, Vol. 1, at page 200, paragraphs 89 to 97).

Standing

[18] The respondent organizations argued for public interest standing as organizations that advocate for refugee rights. In the context of this generalized attack on the Regulations, the involvement of John Doe, whose identity is protected by a confidentiality order, becomes relevant. John Doe is a U.S. refugee claimant who was denied refugee status in the U.S. and claimed that he would have sought asylum in Canada but for the Regulations (John

d. portent atteinte aux droits à l'égalité et à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, contrairement à l'article 15 de la Charte, et ne se justifient pas en vertu de l'article premier de la Charte.

[15] Les intimés demandaient les réparations suivantes : un jugement déclarant que la désignation des États-Unis excède les pouvoirs du GC et contrevient aux articles 7 et 15 de la Charte et que la délégation, aux agents aux points d'entrée, du pouvoir de statuer sur la recevabilité d'une demande dans le cas visé à l'alinéa 101(1)e) de la LIPR et le fait que l'intéressé n'a pas accès aux services d'un avocat à cet égard sont contraires aux principes de justice naturelle et à l'article 7 de la Charte — le deuxième volet de cette réparation (l'accès aux services d'un avocat) a été rejeté par le juge de première instance (motifs, aux paragraphes 288 et 289) et n'est plus en litige en l'espèce — ainsi que toute autre réparation que les intimés pourraient solliciter et que la Cour pourrait autoriser (dossier d'appel, demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, vol. 1, à la page 133).

[16] L'autorisation relative à la demande de contrôle judiciaire a été accordée le 29 juin 2006.

[17] Dans le mémoire supplémentaire des faits et du droit qu'ils ont déposé au soutien de leur demande de contrôle judiciaire après avoir obtenu l'autorisation, les intimés ont aussi fait valoir que, depuis que le Règlement avait été pris, le GC avait manqué à son obligation d'assurer un suivi que lui impose le paragraphe 102(3) de la LIPR (mémoire supplémentaire des faits et du droit des intimés, dossier d'appel, vol. 1, à la page 200, paragraphes 89 à 97).

La qualité pour agir

[18] Les organisations intimées prétendaient qu'elles avaient qualité pour agir dans l'intérêt public car elles défendent les droits des réfugiés. Dans le contexte de cette contestation générale du Règlement, l'intervention de M. Untel, dont l'identité est protégée par une ordonnance de confidentialité, est importante. M. Untel est un demandeur d'asile des États-Unis à qui l'asile avait été refusé dans ce pays et qui soutenait qu'il aurait demandé

Doe affidavit, appeal book, Vol. 2, at page 390, paragraph 25).

[19] John Doe was initially denied refugee status in the U.S. after arriving with his wife from Colombia on June 18, 2000, on a tourist visa. Approximately 14 months later, on August 9, 2001, the U.S. commenced removal proceedings against John Doe and his wife. On December 14, 2001, John Doe submitted an application for asylum and, in the alternative, a withholding of removal based on a fear of persecution. His application was denied as a result of having failed to apply for refugee status within one year of arriving in the U.S and his application for withholding removal was refused because he failed to establish his claim on the standard of “a clear probability of persecution” required for withholding to be granted (John Doe affidavit, appeal book, Vol. 2, at page 389, paragraphs 23 and 24). He did not appeal this decision and continued to live illegally in the U.S. He never approached the Canadian border as he had been informed (from an unknown source) that he was ineligible to make a claim in Canada (John Doe affidavit, appeal book, Vol. 2, at page 390, paragraph 25).

[20] During the course of the proceedings before the Federal Court, counsel for the respondent organizations also represented John Doe as he had no independent counsel. On February 1, 2007, John Doe was arrested by U.S. authorities and faced imminent deportation. The respondents filed a motion for an injunction before the Federal Court to compel the appellant “to allow John Doe and his wife to enter Canada” pending the disposition of the judicial review application which they had brought, or in the alternative, an order “restraining the [appellant] from denying him and his wife entry to Canada” (appeal book, Vol. 15, at page 4588). Accompanying this motion were renewed allegations of threats by the Revolutionary Armed Forces of Colombia (the FARC) directed against John Doe.

[21] On February 7, 2007, the applications Judge issued a conditional order providing that if John Doe were to arrive at a Canadian port of entry, he was not to be removed by Canadian authorities (appeal book, Vol.

l’asile au Canada n’eût été du Règlement (affidavit de M. Untel, dossier d’appel, vol. 2, à la page 390, paragraphe 25), est devenu partie à l’instance.

[19] M. Untel s’est vu refuser l’asile aux États-Unis après être entré dans ce pays avec sa femme en provenance de la Colombie le 18 juin 2000, en vertu d’un visa de touriste. Quatorze mois plus tard environ, le 9 août 2001, les États-Unis ont entrepris une procédure de renvoi contre lui et sa femme. Le 14 décembre 2001, M. Untel a demandé l’asile et, subsidiairement, un sursis de son renvoi parce qu’il craignait d’être persécuté. Sa demande a été rejetée au motif qu’il n’avait pas demandé l’asile dans l’année suivant son arrivée aux États-Unis et son renvoi n’a pas été reporté parce qu’il n’avait pas démontré qu’il était [TRADUCTION] « manifestement probable qu’il soit persécuté » (affidavit de M. Untel, dossier d’appel, vol. 2, à la page 389, paragraphes 23 et 24). Il n’a pas interjeté appel de cette décision et a continué à vivre illégalement aux États-Unis. Il n’a jamais tenté de franchir la frontière canadienne parce qu’il avait appris (d’une source anonyme) qu’il ne pouvait pas demander l’asile au Canada (affidavit de M. Untel, dossier d’appel, vol. 2, à la page 390, paragraphe 25).

[20] Devant la Cour fédérale, M. Untel était représenté par l’avocat des organisations intimées car il n’avait pas son propre avocat. Le 1^{er} février 2007, M. Untel a été arrêté par les autorités américaines et était sur le point d’être expulsé. Les intimés ont déposé une requête en injonction devant la Cour fédérale afin que celle-ci enjoigne à l’appelante [TRADUCTION] « d’autoriser M. Untel et son épouse à entrer au Canada » jusqu’à ce qu’une décision soit rendue sur la demande de contrôle judiciaire qu’ils avaient présentée ou, subsidiairement, qu’elle [TRADUCTION] « interdise à [l’appelante] de refuser l’entrée au Canada à M. Untel et à son épouse » (dossier d’appel, vol. 15, à la page 4588). Cette requête était étayée par de nouvelles allégations concernant des menaces qui auraient été formulées par les Forces armées révolutionnaires de Colombie (les FARC) à l’endroit de M. Untel.

[21] Le 7 février 2007, le juge de première instance a rendu une ordonnance conditionnelle selon laquelle M. Untel ne serait pas renvoyé par les autorités canadiennes s’il se présentait à un point d’entrée canadien (dossier

15, at page 4586). The applications Judge declined to provide any other relief until John Doe had exhausted all his remedies before the U.S. courts (appeal book, Vol. 15, at page 4588). In the meantime, the U.S. Board of Immigration Appeals reopened John Doe's claim and remanded it to an immigration judge for reconsideration and John Doe was eventually released from custody. Consequently, Phelan J. dismissed the remaining aspects of the respondents' motion which he had kept in abeyance (appeal book, Vol. 15, at page 4610).

The evidence

[22] In support of their application for judicial review, the respondents filed a series of affidavits from U.S. academics and practitioners (reasons [of the applications Judge], at paragraph 106 [subsequent references to reasons also refer to those of the applications Judge]), covering various aspects of U.S. asylum law and policy until the filing of the application. These affidavits attempt to establish the current state of U.S. asylum law and policy and generally allege an erosion of U.S. institutions, laws and practices including an expansion of exclusions from protection, the use of detention, restrictions on appeals and codification of questionable asylum laws. In particular, the affidavit evidence was adduced by the respondents to demonstrate:

That persons who fail to make a claim within one year of their arrival in the U.S. are improperly barred from consideration for asylum contrary to the Refugee Convention and although a claimant would still be eligible for a withholding removal, the U.S. law imposes a higher risk standard in relation to withholding removals, being—more likely than not (supplementary memorandum, appeal book, Vol. 1, page 200, at paragraphs 48-55);

The U.S. exclusion from consideration for asylum or withholding of removal of serious criminals, those who are a danger to security or terrorists goes further than what is permitted by the Conventions (*idem*, at paragraphs 56-57);

That the U.S. interprets too narrowly certain of the criteria under the Convention for granting protection. In particular, they contend that the U.S. fails to interpret the definition of refugee

d'appel, vol. 15, à la page 4586). Le juge de première instance a refusé de prendre d'autres mesures jusqu'à ce que M. Untel ait épuisé tous les recours qu'il pouvait exercer devant les tribunaux américains (dossier d'appel, vol. 15, à la page 4588). Entre temps, le U.S. Board of Immigration Appeals a rouvert le dossier de M. Untel et l'a renvoyé à un juge de l'immigration pour réexamen. M. Untel a finalement été libéré. En conséquence, le juge Phelan a rejeté les autres aspects de la requête des intimés qu'il avait laissés en suspens (dossier d'appel, vol. 15, à la page 4610).

La preuve

[22] Au soutien de leur demande de contrôle judiciaire, les intimés ont déposé plusieurs affidavits d'experts américains (motifs [du juge de première instance], au paragraphe 106 [les références ultérieures aux motifs renvoient également aux motifs du juge de première instance]), portant sur divers aspects de la politique et du droit américains en matière d'asile qui étaient en vigueur jusqu'au dépôt de la demande. Ces affidavits, qui visent à établir l'état actuel de la politique et du droit américains en matière d'asile, font généralement état d'une érosion des lois, des institutions et des usages américains, notamment l'élargissement des exclusions de la protection, l'utilisation de la détention, les restrictions en matière d'appel et la codification de dispositions législatives discutables sur l'asile. Les intimés ont produit ces affidavits pour démontrer en particulier :

[TRADUCTION] Que les personnes qui ne demandent pas l'asile dans l'année qui suit leur arrivée aux États-Unis ne peuvent pas demander l'asile par la suite, contrairement à la Convention sur les réfugiés, et, bien qu'un demandeur d'asile puisse toujours obtenir le sursis de son renvoi, le droit américain impose une norme plus élevée en matière de risque dans ces cas — le risque doit être plus probable que l'absence de risque (mémoire supplémentaire, dossier d'appel, vol. 1, page 200, aux paragraphes 48 à 55);

Que l'impossibilité, pour les grands criminels, ceux qui représentent un danger pour la sécurité ou les terroristes, de demander l'asile ou un sursis de leur renvoi excède ce que prévoient les Conventions (*idem*, aux paragraphes 56 et 57);

Que les États-Unis interprètent de manière trop restrictive certains des critères prévus par la Convention concernant la protection. En particulier, les intimés affirment que les États-Unis n'interprètent pas la définition de réfugié et qu'ils com-

and that the U.S. errs in the risk standard for torture (*idem*, at paragraphs 67-73);

That the U.S. practices impeded the successful advancement of a protection claim, more particularly by the detention of persons who are without valid status in the U.S. and those who arrive without proper documents (expedited removal) as well as by the failure to provide state-funded legal representation at all stages of the refugee determination process (*idem*, at paragraph 74 and Martin affidavit, appeal book, Vol. V, page 1210, at paragraphs 37, 38 and 191).

[23] The appellant also adduced expert affidavit evidence (reasons, at paragraph 106) covering the history and development of the safe third country concept in the European Union (the EU) member states, including the United Kingdom (the U.K.), information on the background, negotiations and terms of the Safe Third Country Agreement, the process leading to the designation of the U.S. as a safe third country and the adoption of the implementing Regulations, the compatibility of responsibility sharing agreements with the Refugee and Torture Conventions, a description of the U.S. refugee determination system and analysis of the specific areas of U.S. refugee laws and practices and human rights record attacked by the respondents, comparisons of the U.S. approach with the various approaches taken in the EU, U.K. and Canada in the specific areas impugned by the respondents and the implementation of the Safe Third Country Agreement at the Canada-U.S. border.

[24] In addition, on cross-examination of Bruce Scoffield, lead Citizenship and Immigration Canada official in the negotiation of the Safe Third Country Agreement with the U.S., the appellant provided a copy of the “advice” that Cabinet had received regarding U.S. compliance with the factors set out in subsection 102(2) of the IRPA, dated September 24, 2002.

[25] The parties confirmed that the witnesses adduced their evidence by way of sworn statements and that all cross-examinations thereon took place outside the presence of the applications Judge.

mettent une erreur au regard de la norme de risque de torture (*idem*, aux paragraphes 67 à 73);

Que les usages des États-Unis ont nui au traitement efficace des demandes de protection, en particulier à cause de la détention des personnes sans statut valide aux États-Unis et des personnes qui arrivent dans ce pays sans documents appropriés (renvoi accéléré), ainsi qu’à cause du défaut de fournir les services d’avocats rémunérés par l’État à toutes les étapes de l’examen des demandes d’asile (*idem*, au paragraphe 74 et affidavit de M. Martin, dossier d’appel, vol. V, page 1210, aux paragraphes 37, 38 et 191).

[23] L’appelante a aussi produit des affidavits d’experts (motifs, au paragraphe 106) traitant de l’historique et de l’élaboration de la notion de tiers pays sûr dans les États membres de l’Union européenne (l’UE), notamment au Royaume-Uni, du contexte, des négociations et des clauses de l’Entente sur les tiers pays sûrs, du processus menant à la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr et de l’adoption du Règlement de mise en œuvre, ainsi que de la compatibilité des ententes sur le partage de la responsabilité avec les Conventions; décrivant le système américain de détermination du statut de réfugié; analysant les lois et les usages américains concernant les réfugiés et les antécédents des États-Unis en matière de respect des droits de la personne qui sont contestés par les intimés; comparant le système en place aux États-Unis et les différentes approches adoptées dans l’UE, au Royaume-Uni et au Canada relativement aux différents aspects contestés par les intimés; décrivant la mise en œuvre de l’Entente sur les tiers pays sûrs à la frontière canado-américaine.

[24] De plus, au cours du contre-interrogatoire de Bruce Scoffield, qui était le principal représentant de Citoyenneté et Immigration Canada lors de la négociation de l’Entente sur les tiers pays sûrs avec les États-Unis, l’appelante a produit une copie de l’[TRADUCTION] « avis » daté du 24 septembre 2002 que le Cabinet avait reçu concernant le fait que les États-Unis satisfaisaient aux facteurs décrits au paragraphe 102(2) de la LIPR.

[25] Les parties ont confirmé que les témoins ont été assermentés et que tous les contre-interrogatoires relatifs aux témoignages se sont déroulés en l’absence du juge de première instance.

The outcome

[26] In a lengthy decision comprising 340 paragraphs, the applications Judge allowed the application for judicial review, declaring that: the Safe Third Country Agreement and sections 159.1 to 159.7 of the Regulations were *ultra vires*; the GIC acted unreasonably in concluding that the U.S. was compliant with its Convention obligations; the GIC had failed to ensure continuing review of the designation of the U.S. as a safe third country as required by subsection 102(2) of the IRPA; and sections 159.1 to 159.7 of the Regulations violated sections 7 and 15 of the Charter.

[27] The formal judgment delivered on January 17, 2008, certifies the following three questions for consideration by this Court:

(1) What is the appropriate standard of review in respect of the Governor-in-Council's decision to designate the United States of America as a "safe third country" pursuant to s. 102 of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

(2) Are paragraphs 159.1 to 159.7 (inclusive) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* and the Safe Third Country Agreement between Canada and the United States of America *ultra vires* and of no legal force and effect?

(3) Does the designation of the United States of America as a "safe third country" alone or in combination with the ineligibility provision of clause 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* violate sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is such violation justified under section 1?

[28] Although also asked to certify a question about whether the respondents had standing to bring forth the application for the judicial review, the applications Judge declined to do so (appeal book, Vol. 15, at page 4616).

[29] The present appeal ensued and by order dated January 31, 2008 [(2008), 373 N.R. 387 (F.C.)], the Chief Justice stayed the operation of the judgment until the present pronouncement.

La décision

[26] Dans une longue décision comportant 340 paragraphes, le juge de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire, déclarant que l'Entente sur les tiers pays sûrs et les articles 159.1 à 159.7 du Règlement constituaient un excès de pouvoir; que le GC avait agi de façon déraisonnable en concluant que les États-Unis se conformaient aux obligations imposées par les Conventions; que le GC n'avait pas assuré le suivi de la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr contrairement à ce qu'exigeait le paragraphe 102(2) de la LIPR; que les articles 159.1 à 159.7 du Règlement étaient contraires aux articles 7 et 15 de la Charte.

[27] Le jugement formel, rendu le 17 janvier 2008, certifie les trois questions suivantes à l'intention de la Cour :

[TRADUCTION]

1) Quelle est la norme de contrôle qui s'applique à la décision du gouverneur en conseil de désigner les États-Unis d'Amérique à titre de « tiers pays sûr » en vertu de l'article 102 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

2) Est-ce que les articles 159.1 à 159.7 (inclusivement) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et l'Entente sur les tiers pays sûrs conclue entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sont *ultra vires* et n'ont aucune valeur ou effet juridique?

3) La désignation des États-Unis d'Amérique à titre de « tiers pays sûr » seule ou combinée à la disposition sur la recevabilité contenue à l'alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* contrevient-elle aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et cette contravention se justifie-t-elle en vertu de l'article premier?

[28] Le juge de première instance a refusé de certifier la question de savoir si les intimés avaient qualité pour demander le contrôle judiciaire (dossier d'appel, vol. 15, à la page 4616).

[29] Le présent appel a ensuite été interjeté et, par une ordonnance rendue le 31 janvier 2008 [2008 CAF 40], le juge en chef a suspendu l'effet du jugement de première instance jusqu'à ce que la présente décision soit rendue.

FEDERAL COURT DECISION

[30] The applications Judge first determined that the three respondent organizations had standing to bring the judicial review application. In particular, he held that they had successfully established the third prong of the standing test, i.e. the absence of any other reasonable and effective manner to have this matter brought before a court. The applications Judge noted that no refugee from within Canada, seeking entry, can bring the claim. Only a refugee from outside Canada, an already vulnerable individual, could bring the challenge (reasons, at paragraphs 43, 44 and 45). The applications Judge distinguished the decision of the Supreme Court in *Canadian Council of Churches* on that basis (reasons, at paragraph 40). He went on to conclude that even without John Doe, these organizations bear recognition as legitimate applicants (reasons, at paragraph 51).

[31] In addressing John Doe's standing, the applications Judge reasoned that it is of no import that John Doe never approached the Canadian border as such a requirement would be wasteful, delaying and unfair (reasons, at paragraph 47). While the applications Judge acknowledged that the U.S. agreed to reconsider John Doe's claim, he did not accept that this was done in good faith. According to the applications Judge, this development can only be explained by the litigation undertaken before him (reasons, at paragraph 53). The applications Judge therefore reasoned that even though John Doe never showed up, he was to be considered as having presented himself at the border and as having been denied entry.

[32] The applications Judge begins his substantive analysis by referring to the promulgation on October 12, 2004, of section 159.3 of the Regulations designating the U.S. as a country that complies with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention against Torture (reasons, at paragraph 26). He describes "this designation" as "the central point of contention in this judicial review" (*idem*).

LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[30] Le juge de première instance a d'abord déterminé que les trois organisations intimées avaient qualité pour présenter la demande de contrôle judiciaire. Il a considéré en particulier qu'elles avaient démontré qu'elles satisfaisaient au troisième volet du critère relatif à la qualité pour agir, soit l'inexistence de toute autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à un tribunal. Le juge de première instance a souligné qu'aucun réfugié ne peut demander l'asile à partir du Canada. Seul un réfugié se trouvant à l'extérieur du Canada, une personne déjà vulnérable, pourrait présenter la contestation (motifs, aux paragraphes 43, 44 et 45). Il a fait une distinction d'avec *Conseil canadien des Églises*, pour cette raison (motifs, au paragraphe 40). Il a conclu que, même sans un demandeur du nom de M. Untel, il convenait de reconnaître la qualité de demandeurs légitimes aux trois organisations (motifs, au paragraphe 51).

[31] En ce qui concerne la qualité pour agir de M. Untel, le juge de première instance a indiqué qu'il était sans importance que ce dernier n'ait jamais tenté de franchir la frontière canadienne car une telle exigence serait injuste, entraînerait des délais et constituerait du gaspillage (motifs, au paragraphe 47). Bien qu'il ait reconnu que les États-Unis avaient accepté de réétudier la demande d'asile de M. Untel, il n'était pas convaincu que cela avait été fait de bonne foi. Selon lui, ce ne pouvait être qu'en raison du procès se déroulant devant lui que les autorités américaines avaient pris cette décision (motifs, au paragraphe 53). Par conséquent, il a conclu que, même si M. Untel ne s'était jamais présenté à la frontière, il fallait considérer qu'il l'avait fait et que l'autorisation d'entrer lui avait été refusée.

[32] Le juge de première instance commence son analyse de fond en traitant de la prise de l'article 159.3 du Règlement le 12 octobre 2004. Cette disposition désignait les États-Unis 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 (motifs, au paragraphe 26). Il décrit « [c]ette désignation » comme « le point de discordance central dans la présente instance en contrôle judiciaire » (*idem*).

[33] He later repeats (reasons, at paragraph 55) that the central issue is whether section 159.3 is *ultra vires* the power given by Parliament to make such regulations (hereinafter the *vires* issue). That in turn depends on whether the conditions precedent for the exercise of the delegated authority by the GIC were present when the designation was made.

[34] The applications Judge then begins exploring these conditions. He acknowledges that subsection 102(2) of the IRPA sets out several factors which must be considered before designating a country and that the GIC considered these factors before designating the U.S. as a safe third country (reasons, at paragraph 78):

The wording of the [Regulatory Impact Analysis Statement] establishes that the GIC considered the application of the four factors. Furthermore, the [respondents] set out in detail the content of a memorandum to the GIC created on September 24, 2002, and signed by the relevant Minister at the time. This memorandum appears to be the basis upon which the GIC entered into the STCA. In reviewing the points the [respondents] extract from that memorandum, it is clear that the GIC, in reading and reviewing the Minister's memorandum would have turned their mind to the four factors in the legislation, including the U.S. human rights record in general.

[35] However, beyond the conditions set out in subsection 102(2) of the IRPA, the applications Judge holds that the main condition is paragraph 102(1)(a) of the IRPA, which provides that the GIC is authorized to promulgate regulations “designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention against Torture” (reasons, at paragraph 79). According to the applications Judge compliance with the Conventions is a condition precedent to the exercise by the GIC of its delegated authority (*idem*). Although the issue whether the U.S. complies is, to some extent, a matter of opinion (reasons, at paragraph 80), the question to be decided is objective “compliance or not” (reasons, at paragraph 83).

[36] The applications Judge then addresses the standard of review. Later in his reasons he acknowledges that determining whether the conditions precedent to the

[33] Il répète plus loin (motifs, au paragraphe 55) que la question centrale est celle de savoir si l'article 159.3 du Règlement excède le pouvoir de prendre un tel règlement qui est conféré par le législateur (la question de la légalité). Pour répondre à cette question, il faut déterminer si les conditions préalables à l'exercice, par le GC, du pouvoir qui lui est délégué existaient lorsque la désignation a été faite.

[34] Le juge de première instance examine ensuite ces conditions. Il reconnaît que le paragraphe 102(2) de la LIPR décrit plusieurs facteurs dont il faut tenir compte avant de désigner un pays et que le GC a tenu compte de ces facteurs avant de désigner les États-Unis à titre de tiers pays sûr (motifs, au paragraphe 78) :

Il ressort par ailleurs du [Résumé de l'étude d'impact de la réglementation] que le gouverneur en conseil a tenu compte de l'application des quatre facteurs. De plus, les [intimés] ont exposé en détail le contenu d'un mémoire au gouverneur en conseil rédigé le 24 septembre 2002 et signé par le ministre de l'époque. Ce mémoire semble être le texte sur lequel le gouverneur en conseil s'est appuyé pour conclure l'Entente. L'examen des points que les [intimés] font ressortir de ce mémoire démontre à l'évidence qu'en lisant et en examinant le mémoire du ministre, le gouverneur en conseil aurait tenu compte des quatre facteurs énumérés dans la loi, y compris des antécédents des États-Unis en matière de respect des droits de la personne en général.

[35] Le juge de première instance estime toutefois que la condition la plus importante est celle qui est prévue à l'alinéa 102(1)a) de la LIPR. Aux termes de cette disposition, le GC peut prendre des règlements prévoyant « 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 » (motifs, au paragraphe 79). Selon le juge de première instance, la conformité aux Conventions constitue une condition préalable à l'exercice, par le GC, du pouvoir qui lui est délégué (*idem*). Bien que la question de savoir si les États-Unis se conforment aux instruments internationaux en question soit, dans une certaine mesure, une question d'opinion (motifs, au paragraphe 80), la décision, elle, est objective : « il y [a] conformité ou non » (motifs, au paragraphe 83).

[36] Le juge de première instance traite ensuite de la question de la norme de contrôle. Plus loin dans ses motifs, il reconnaît que la question de savoir si les condi-

exercise of the delegated authority are present is a simple matter that stands to be reviewed on a standard of correctness (reasons, at paragraph 75). However, the respondents also take issue with the “decision” of the GIC which led to the designation, “an argument involving the standard of review and its application” (reasons, at paragraph 54). After conducting a pragmatic and functional analysis (reasons, at paragraphs 88 to 105), the applications Judge holds that the applicable standard of review is reasonableness *simpliciter* (as it was then known).

[37] He then embarks on an extensive analysis to determine both whether the designation was *ultra vires*, and whether the GIC had failed to perform its statutory duty to review the designation thereafter as contemplated by subsection 102(2) of the IRPA. The applications Judge does not explain how this second issue came to be part of the judicial review application.

[38] With respect to the extensive expert evidence filed by the parties (he highlights six affidavits filed on behalf of the respondents and three on behalf of the appellant) expressing contradictory opinion on the issue whether the U.S. was compliant with the relevant articles of the Conventions, the applications Judge rules in two swift paragraphs that the respondents’ evidence is to be preferred whenever there is a conflict in views (reasons, at paragraphs 108 and 109):

I find the [respondents’] experts to be more credible, both in terms of their expertise and the sufficiency, directness and logic of their reports and their cross-examination thereon. I also recognized and have given the appropriate weight to the fact that some of the [respondents’] experts could be said to speak for or have “constituencies” which means that their evidence may lean in a direction more favourably to the constituency. The same can be said for the [appellant’s] experts who testify in support of either a process in which they have been engaged from the beginning or in support of a system they have worked in. Taking account of these subjective factors, I find the [respondents’] experts to be more objective and dispassionate in their analysis and report.

Therefore, I have been persuaded that, where in conflict, the [respondents’] evidence is to be preferred.

tions préalables à l’exercice du pouvoir délégué existent est une question simple à laquelle s’applique la norme de la décision correcte (motifs, au paragraphe 75). Les intimés contestent cependant également la « décision » du GC à l’origine de la désignation, un « moyen [qui] intéresse la norme de contrôle et son application » (motifs, au paragraphe 54). Après avoir effectué une analyse pragmatique et fonctionnelle (motifs, aux paragraphes 88 à 105), le juge de première instance statue que la norme de contrôle qui s’applique est celle de la décision raisonnable *simpliciter* (comme on l’appelait alors).

[37] Le juge de première instance entreprend ensuite une longue analyse afin de déterminer si la désignation excédait les pouvoirs du GC et si celui-ci avait manqué à son obligation d’assurer le suivi de la désignation comme l’exige le paragraphe 102(2) de la LIPR. Il n’explique pas comment cette deuxième question en est arrivée à faire partie de la demande de contrôle judiciaire.

[38] En ce qui concerne la preuve d’expert abondante produite par les parties (il met en évidence six affidavits déposés pour le compte des intimés et trois pour le compte de l’appelante) dans lesquels des opinions contradictoires sont exprimées concernant la conformité des États-Unis aux articles pertinents des Conventions, le juge de première instance statue, dans deux courts paragraphes, que c’est la preuve des intimés qu’il convient de préférer en cas de divergence d’opinions (motifs, aux paragraphes 108 et 109) :

J’estime que les experts des [intimés] sont plus crédibles, tant en ce qui concerne leurs connaissances techniques qu’en ce qui a trait à la suffisance, à la logique et au caractère direct de leur rapport qu’en ce qui concerne le contre-interrogatoire qu’ils ont subi sur ce dernier. Je reconnais aussi que l’on pourrait affirmer que certains des experts des [intimés] parlaient pour leurs « mandants » et j’ai tenu dûment compte de cette réalité, ce qui veut dire que leur témoignage était susceptible d’être davantage favorable aux personnes au nom desquelles ils témoignaient. On peut en dire autant des experts de [l’appelante], qui ont défendu, dans leur témoignage, une procédure dans laquelle ils sont engagés depuis le début ou un système dans lequel ils travaillent. Compte tenu de ces facteurs subjectifs, je conclus que les experts des [intimés] se sont montrés plus objectifs et impartiaux dans leur analyse et leur rapport.

On m’a donc persuadé qu’en cas de conflit, c’est la preuve des [intimés] qu’il convient de préférer.

[39] The applications Judge then proceeds to review what he describes as “legal facts” to ascertain whether the U.S. protects refugees from refoulement. He notes that the issue is whether the U.S. offers “actual” protection (reasons, at paragraph 136). The applications Judge collapses into one his analysis of whether the designation was validly made and whether the GIC had subsequently failed to conduct an ongoing review as required by subsection 102(3) of the IRPA. He indiscriminately reviews evidence which precedes and follows the effective date of the designation before concluding both that the designation was *ultra vires* and that the GIC had thereafter failed to conduct the ongoing review as required by subsection 102(3) of the IRPA (reasons, at paragraph 240). The formal judgment gives effect to both of these conclusions. (Although this is not said anywhere in the formal judgment or the reasons, both conclusions cannot stand at once. If the designation of the U.S. was *ultra vires* as was found, the GIC could not have breached its ongoing obligation to review it.)

[40] In addressing the Charter challenge, the applications Judge first determines that the applicable standard of review for determining whether the designation of the U.S. as a safe third country violates the Charter is correctness (reasons, at paragraph 276). According to the applications Judge, if Canadian officials return a refugee claimant to the U.S., pursuant to the Safe Third Country Agreement, this action must be in compliance with the Charter (reasons, at paragraph 281; relying on *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 and *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283). He then proceeds to address the Charter challenge based on his earlier finding that the U.S. is not compliant with the Conventions.

[41] According to the applications Judge, a refugee’s right to life, liberty and security is clearly put at risk when he or she is returned to the U.S. under the Safe Third Country Agreement, if the U.S. does not comply with the Conventions (reasons, at paragraph 285). In considering whether the deprivation of a person’s right to life, liberty and security is nevertheless in accordance with the fundamental principles of justice, he finds that

[39] Le juge de première instance procède ensuite à un examen de ce qu’il appelle les « faits juridiques » afin de savoir si les États-Unis protègent les réfugiés contre le refoulement. Il souligne que la question est de savoir si les États-Unis offrent une protection « effective » contre le refoulement (motifs, au paragraphe 136). Il analyse simultanément la question de savoir si la désignation était valide et la question de savoir si le GC avait omis d’assurer le suivi exigé par le paragraphe 102(3) de la LIPR. Il examine la preuve antérieure et postérieure à la date d’entrée en vigueur de la désignation, sans faire de différence entre les deux, et arrive à la conclusion que la désignation excédait les pouvoirs du GC et que ce dernier n’avait pas assuré le suivi exigé par le paragraphe 102(3) de la LIPR (motifs, au paragraphe 240). Le jugement formel donne effet à ces deux conclusions. (Bien que le jugement formel et les motifs ne le disent pas, ces conclusions s’excluent l’une l’autre. En effet, si la désignation des États-Unis excédait les pouvoirs du GC comme le juge de première instance l’a conclu, le GC ne pouvait pas avoir manqué à son obligation d’en assurer le suivi.)

[40] En ce qui concerne la contestation fondée sur la Charte, le juge de première instance décide d’abord que la norme de contrôle applicable à la question de savoir si la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr contrevient à la Charte est celle de la décision correcte (motifs, au paragraphe 276). Selon lui, si les autorités canadiennes renvoient un demandeur d’asile aux États-Unis en vertu de l’Entente sur les tiers pays sûrs, elles doivent le faire en conformité avec la Charte (motifs, au paragraphe 281; le juge de première instance s’appuie sur *Singh et autres c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 et *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283). Il examine ensuite la contestation fondée sur la Charte en tenant compte de la conclusion qu’il a tirée précédemment selon laquelle les États-Unis ne se conforment pas aux Conventions pertinentes.

[41] Selon le juge de première instance, il ne fait aucun doute que le droit d’un réfugié à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne est compromis lorsqu’il est renvoyé aux États-Unis en vertu de l’Entente sur les tiers pays sûrs si les États-Unis ne se conforment pas aux Conventions (motifs, au paragraphe 285). En déterminant si l’atteinte au droit d’une personne à la vie, à la liberté et à la sécurité est néanmoins conforme aux principes de

the lack of discretion for a Canadian immigration officer to allow a claimant to remain in Canada after determining that the claimant does not fall within the enumerated exceptions to the Safe Third Country Agreement, violates the principles of fundamental justice (reasons, at paragraphs 304 and 307).

[42] While recognizing that his conclusion is based on his findings under the *vires* analysis that the U.S. is not a safe country, the applications Judge suggests that the Regulations may violate the Charter even if the U.S. was a safe country (reasons, at paragraphs 311 and 312).

[43] Turning to the section 15 Charter challenge, the applications Judge finds, following an examination of the relevant factors (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at paragraph 51), that there is discrimination. According to the applications Judge, women and Colombian nationals have suffered a pre-existing disadvantage and the use of limited exceptions to the Safe Third Country Agreement does not address the specific needs of these individuals (reasons, at paragraphs 325 to 333). Furthermore, this unequal treatment cannot be justified under section 1 of the Charter (reasons, at paragraphs 335 and 336).

POSITION OF THE PARTIES

[44] Dealing with the *vires* issue, the appellant contends that the applications Judge erred by reviewing the promulgation of section 159.3 of the Regulations, which designates the U.S. as a safe third country, as if it was an administrative decision to be assessed on a standard of reasonableness. According to the appellant the matter before the applications Judge was a pure *vires* issue, and his only task was to verify whether the conditions precedent for the exercise of the delegated authority were present at the time of the promulgation.

[45] The appellant contends that the applications Judge erred in finding that compliance with the relevant articles of the Conventions in an absolutist sense is a condition precedent to the exercise of the delegated authority.

justice fondamentale, le juge de première instance conclut que l'absence de pouvoir discrétionnaire permettant à un agent d'immigration canadien d'autoriser un demandeur d'asile à demeurer au Canada après avoir déterminé que celui-ci n'est visé par aucune des exceptions à l'Entente sur les tiers pays sûrs contrevient aux principes de justice fondamentale (motifs, aux paragraphes 304 et 307).

[42] Tout en reconnaissant que sa conclusion est fondée sur son analyse de la légalité qui a démontré que les États-Unis ne sont pas un pays sûr, le juge de première instance laisse entendre que le Règlement pourrait contrevioler la Charte même si les États-Unis étaient un pays sûr (motifs, aux paragraphes 311 et 312).

[43] En ce qui concerne l'article 15 de la Charte, le juge de première instance conclut, après avoir examiné les facteurs pertinents (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au paragraphe 51), qu'il y a discrimination. Selon lui, les femmes et les ressortissants colombiens ont fait l'objet d'un désavantage préexistant et les exceptions limitées à l'Entente sur les tiers pays sûrs ne répondent pas à leurs besoins particuliers (motifs, aux paragraphes 325 à 333). En outre, cette inégalité de traitement ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la Charte (motifs, aux paragraphes 335 et 336).

LA POSITION DES PARTIES

[44] Au sujet de la question de la légalité, l'appelante soutient que le juge de première instance a commis une erreur en considérant la prise de l'article 159.3 du Règlement, qui désigne les États-Unis à titre de tiers pays sûr, comme s'il s'agissait d'une décision administrative assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable. Selon l'appelante, le juge de première instance était saisi d'une pure question de légalité et il devait seulement vérifier si les conditions préalables à l'exercice du pouvoir délégué existaient au moment de la prise du Règlement.

[45] L'appelante soutient que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la conformité rigoureuse aux articles pertinents des Conventions est une condition préalable à l'exercice du pouvoir

Paragraph 102(1)(a) of the IRPA sets out the statutory objective which is to designate countries that comply with the Conventions and the means of ascertaining compliance are set out in subsection 102(2) of the IRPA. By finding that “compliance” in an absolutist sense is a condition precedent, the applications Judge second guessed the promulgation of the designation. As such he usurped the authority which Parliament had expressly delegated to the GIC.

[46] In the alternative, the evidence establishes that the U.S. complies with the relevant articles of the Conventions. The conclusion reached by the applications Judge that the U.S. is not compliant is based on a “perverse” approach to the evidence as revealed by his one-sided assessment of the expert evidence, and his failure to confront the position of the UNHCR that the U.S., like Canada, is a “safe” country (Scofield affidavit, appeal book, Vol. 11, Tab 33, Exhibit B-10, at page 3247).

[47] Finally, with respect to the Charter violations found to have taken place, the appellant argues that Charter litigation does not involve administrative law standards of judicial review. Rather, a person alleging Charter violations has the burden of demonstrating infringement on a balance of probabilities. The appellant submits that the applications Judge ignored these fundamental principles and erred in undertaking a Charter analysis in the context of a purely hypothetical situation.

[48] The respondents, for their part, contend that the applications Judge came to the correct conclusion for the reasons that he gave with respect to all the issues that he was called upon to decide. They further submit that it would be “absurd” to construe the relevant provisions of the IRPA as allowing the GIC to designate a country that does not “actually” comply with the relevant articles of the Conventions.

[49] The respondents add that this appeal is an attempt to relitigate factual issues. The findings made by the applications Judge on the U.S. protection system and

délégué. L’alinéa 102(1)a) de la LIPR énonce le but qu’il vise, à savoir la désignation de pays qui se conforment aux Conventions, et les moyens de vérifier la conformité sont décrits au paragraphe 102(2) de la LIPR. En concluant que la « conformité » rigoureuse est une condition préalable, le juge de première instance a remis en question la désignation. Il a ainsi usurpé le pouvoir que le législateur avait expressément conféré au GC.

[46] Subsidièrement, la preuve démontre que les États-Unis se conforment aux articles pertinents des Conventions. La conclusion contraire à laquelle le juge de première instance est arrivé est fondée sur une interprétation [TRADUCTION] « abusive » de la preuve, laquelle ressort de son appréciation partielle de la preuve d’expert et de son défaut de tenir compte de l’opinion du HCR selon laquelle les États-Unis, comme le Canada, sont un pays « sûr » (affidavit de M. Scofield, dossier d’appel, vol. 11, onglet 33, pièce B-10, à la page 3247).

[47] Finalement, en ce qui concerne les atteintes qui, selon le juge de première instance, ont été portées aux droits garantis par la Charte, l’appelante prétend que les normes de contrôle judiciaire établies en droit administratif ne s’appliquent pas dans les affaires relatives à la Charte. En fait, une personne qui allègue des atteintes à la Charte doit en faire la preuve selon la prépondérance des probabilités. L’appelante affirme que le juge de première instance n’a pas tenu compte de ces principes fondamentaux et a commis une erreur en procédant à une analyse fondée sur la Charte dans le contexte d’une situation totalement hypothétique.

[48] Pour leur part, les intimés soutiennent que la conclusion du juge de première instance est correcte et étayée par les motifs qu’il a donnés relativement à toutes les questions qu’il devait trancher. Ils font valoir qu’il serait [TRADUCTION] « absurde » d’interpréter les dispositions pertinentes de la LIPR comme si elles permettaient au GC de désigner un pays qui ne se conforme pas [TRADUCTION] « effectivement » aux articles pertinents des Conventions.

[49] Les intimés ajoutent que le présent appel vise à remettre en litige les questions de fait. Les conclusions du juge de première instance sur le système de protection

human rights record cannot be reviewed in the absence of a palpable or overriding error, none of which has been established.

[50] At the hearing of the appeal, counsel for the respondents indicated that, rather than striking down sections 159.1 to 159.7 of the Regulations, the applications Judge could have limited his Charter remedy to a declaration that the Regulations were in breach of the Charter only to the extent that they fail to give border officers the discretion to allow a refugee claimant to remain in Canada on grounds other than those enumerated in section 159.5 of the Regulations (see paragraph 12 above). According to counsel, this absence of discretion is what creates a real risk of refoulement for a class of refugees, contrary to section 7 of the Charter.

ANALYSIS AND DECISION

First certified question: Standard of review

[51] The first question certified by the applications Judge deals with the *vires* issue and seeks to identify the appropriate standard of review in respect of the GIC's "decision" to designate the U.S. as a safe third country. In this respect, a preliminary issue arises as to whether the promulgation of the designation is a "decision" subject to judicial review pursuant to section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] (the *Federal Courts Act*).

[52] When served with the application for judicial review, the GIC had the obligation pursuant to the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 [as am. by SOR/2005-339, s. 1] to forward to the Federal Court Registry the reasons for the "decision" to promulgate the designation. The position taken by the GIC in this regard is set out in a letter forwarded to the Registry on February 4, 2006, the body of which reads:

et les antécédents en matière de respect des droits de la personne des États-Unis ne peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire, sauf erreur manifeste ou dominante. Or, une telle erreur n'a pas été établie.

[50] À l'audition de l'appel, l'avocat des intimés a indiqué que le juge de première instance aurait pu, au lieu d'invalider les articles 159.1 à 159.7 du Règlement, limiter la réparation qu'il a accordée en vertu de la Charte à un jugement déclarant que le Règlement contrevient à la Charte uniquement dans la mesure où il ne conférerait pas aux agents à la frontière le pouvoir discrétionnaire d'autoriser un demandeur d'asile à demeurer au Canada pour d'autres motifs que ceux énumérés à l'article 159.5 du Règlement (voir le paragraphe 12 ci-dessus). Selon l'avocat, c'est cette absence de pouvoir discrétionnaire qui crée un risque véritable de refoulement pour une catégorie de réfugiés, contrairement à l'article 7 de la Charte.

L'ANALYSE ET LA DÉCISION

La première question certifiée : la norme de contrôle

[51] La première question qui a été certifiée par le juge de première instance a trait à la question de la légalité et a pour but de déterminer la norme de contrôle qui s'applique à la « décision » du GC de désigner les États-Unis à titre de tiers pays sûr. Une question préliminaire se pose à cet égard : la désignation est-elle une « décision » susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire en vertu de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] (la *Loi sur les Cours fédérales*)?

[52] Lorsque la demande de contrôle judiciaire lui a été signifiée, le GC avait l'obligation de transmettre au greffe de la Cour fédérale les motifs de la « décision » de désigner les États-Unis à titre de tiers pays sûr, conformément aux *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 [mod. par DORS/2005-339, art. 1]. La position adoptée par le GC à cet égard est décrite dans une lettre transmise au greffe le 4 février 2006. Le corps de cette lettre est libellé ainsi :

This is in response to a request pursuant to Rule 9 of the *Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules, 1993*.

While there is no decision as such in this case, the *Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations, S.O.R./2004-217*, constitute the decision and reasons.

Pursuant to Rule 9(2)(a) of the *Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules, 1993*, I certify the enclosed two copies as correct copies of the original.

[53] This response with which the respondents do not take issue (notice of application, appeal book, Vol. I, at pages 133 to 135) conforms with the generally accepted view that the “decision” of the GIC to promulgate regulations, just like the “decision” by members of Parliament to enact legislation, is not subject to review by the courts (as to the latter, note subsection 2(2) of the *Federal Courts Act* (originally introduced by S.C. 1990, c. 8, s. 1 [and am. by S.C. 2006, c. 9, s. 38]) which provides that “[f]or greater certainty,” the House of Commons is not a federal board and therefore not subject to judicial review). That said, the legality or *vires* of a regulation promulgated under the authority of Parliament has always been open to challenge before the courts and to that extent, the actions of the GIC are subject to judicial review. This distinction between what can be reviewed and what falls outside the purview of the courts is highlighted by the Supreme Court in *Thorne’s Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106, at page 111:

The mere fact that a statutory power is vested in the Governor in Council does not mean that it is beyond judicial review: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735 at p. 748. I have no doubt as to the right of the courts to act in the event that statutorily prescribed conditions have not been met and where there is therefore fatal jurisdictional defect. Law and jurisdiction are within the ambit of judicial control and the courts are entitled to see that statutory procedures have been properly complied with: *R. v. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75; *Minister of Health v. The King (on the Prosecution of Yaffe)*, [1931] A.C. 494 at p. 533. Decisions made by the Governor in Council in matters of public convenience and general policy are final and not reviewable in legal proceedings. Although, as I have indicated, the possibility of striking down an order in council on jurisdictional or other

[TRANSLATION] La présente réponse fait suite à une demande présentée en vertu de l’article 9 des *Règles des Cours fédérales en matière d’immigration et de protection des réfugiés* (1993).

Comme il n’y a pas de décision en tant que telle dans cette affaire, le *Règlement modifiant le Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, D.O.R.S./2004-217, constitue la décision et les motifs.

Conformément à l’alinéa 9(2)a) des *Règles des Cours fédérales en matière d’immigration et de protection des réfugiés*, je certifie conformes les deux copies ci-jointes.

[53] Cette réponse que les intimés ne contestent pas (avis de demande, dossier d’appel, vol. 1, aux pages 133 à 135) est conforme à l’opinion généralement acceptée que la « décision » du GC de prendre le règlement, tout comme la « décision » des députés d’adopter une loi, ne sont pas susceptibles de contrôle par les tribunaux (pour ce qui est de l’action des députés, voir le paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* (édicte à l’origine par L.C. 1990, ch. 8, art. 1 [et mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 38]), selon lequel « [i] est entendu » que la Chambre des communes n’est pas un office fédéral, de sorte que ses décisions ne peuvent pas faire l’objet d’un contrôle judiciaire). Cela étant dit, la légalité d’un règlement pris en vertu d’un pouvoir conféré par le législateur au motif qu’il excède ce pouvoir a toujours pu être contestée devant les tribunaux et dans cette mesure, les actions du GC sont susceptibles de contrôle judiciaire. Cette distinction entre ce qui peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire et ce qui échappe à la compétence des tribunaux est mise en évidence par la Cour suprême dans *Thorne’s Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106, à la page 111 :

La simple attribution par la loi d’un pouvoir au gouverneur en conseil ne signifie pas que son exercice échappe au contrôle judiciaire : *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 748. Je n’ai pas le moindre doute sur le droit des cours d’intervenir dans les cas où il y a non-respect des conditions prescrites par la loi et, par conséquent, défaut de compétence fatal. Le droit et la compétence sont susceptibles d’examen judiciaire et les cours ont le pouvoir de veiller à ce que les procédures prévues par la loi soient suivies à la lettre : *R. v. National Fish Co.*, [1931] R.C. de l’É. 75; *Minister of Health v. The King (on the Prosecution of Yaffe)*, [1931] A.C. 494, à la p. 533. Les décisions prises par le gouverneur en conseil sur des questions de commodité publique et de politique générale sont sans appel et ne peuvent être examinées par voie de procédures judiciaires. Comme je

compelling grounds remains open, it would take an egregious case to warrant such action. This is not such a case.

[54] The dividing line was succinctly identified by Strayer J.A. in *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595 (C.A.), at page 602:

It goes without saying that it is not for a court to determine the wisdom of delegated legislation or to assess its validity on the basis of the court's policy preferences. The essential question for the court always is: does the statutory grant of authority permit this particular delegated legislation? [Footnote omitted.]

[55] Until 1990, the procedure for attacking the *vires* of a regulation promulgated under the authority of Parliament was by way of declaratory action initiated by way of a statement of claim (David Sgayias *et al.*, *Federal Court Practice, 1991-92* (Scarborough: Thomson Professional Publishing Canada, 1991), at page 89). Since then (see the amendment of the *Federal Courts Act* brought by S.C. 1990, c. 8, s. 4), the procedure for controlling the legality of subordinate legislation has been streamlined, and judicial review under section 18 of the *Federal Courts Act* became the means of controlling decisions of administrative bodies as well as the *vires* of subordinate legislation (*Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (F.C.T.D.), at paragraphs 11 to 15).

[56] This modification was procedural in nature. An attack on the legality of subordinate legislation, on the ground that the conditions precedent prescribed by Parliament were not met at the time of the promulgation, remains what it has always been; an attack on the impugned regulation *per se* and not on the "decision" to promulgate it.

[57] Understanding precisely what is in issue in a judicial review application is important when it comes time to determine the standard of review as well as the scope of the review that can be conducted by the Court. An attack aimed at the *vires* of a regulation involves the narrow question of whether the conditions precedent set

l'ai déjà indiqué, bien qu'un décret du Conseil puisse être annulé pour incompetence ou pour tout autre motif péremptoire, seul un cas flagrant pourrait justifier une pareille mesure. Tel n'est pas le cas ici.

[54] La distinction a été décrite brièvement par le juge Strayer dans *Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.), à la page 602 :

Il va sans dire qu'il n'appartient pas à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d'en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de politique. La question essentielle que doit toujours se poser le tribunal est la suivante : le pouvoir conféré par la loi permet-il cette législation par délégation particulière? [Note en bas de page omise.]

[55] Jusqu'en 1990, la procédure de contestation de la légalité d'un règlement pris en vertu d'un pouvoir délégué était une action déclaratoire intentée au moyen d'une déclaration (David Sgayias *et al.*, *Federal Court Practice, 1991-92* (Scarborough : Thomson Professional Publishing Canada, 1991), à la page 89). Depuis ce temps (voir les modifications apportées à la *Loi sur les Cours fédérales* par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), la procédure utilisée pour faire contrôler la légalité d'un texte réglementaire au motif qu'il excède le pouvoir conféré a été simplifiée et le contrôle judiciaire dont il est question à l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* est devenu le moyen de faire contrôler les décisions rendues par les organismes administratifs ainsi que la légalité des textes réglementaires (*Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 11 à 15).

[56] Cette modification était de nature procédurale. La contestation de la légalité d'un texte réglementaire, fondée sur le fait que les conditions préalables établies par le législateur n'étaient pas remplies au moment de la prise du règlement, reste ce qu'elle a toujours été : une contestation du règlement en soi et non de la « décision » de le prendre.

[57] Il importe de bien comprendre ce qui est en litige dans une demande de contrôle judiciaire lorsque vient le temps de déterminer la norme de contrôle qui s'applique et la portée du contrôle qui peut être effectué par le tribunal. La contestation de la légalité d'un règlement soulève la question précise de savoir si les conditions

out by Parliament for the exercise of the delegated authority are present at the time of the promulgation, an issue that invariably calls for a standard of correctness. As was stated by this Court in *Sunshine Village Corp. v. Canada (Parks)*, [2004] 3 F.C.R. 600, at paragraph 10:

Reviewing whether subordinate legislation is authorized by its enabling statute does not require application of the pragmatic and functional approach. Rather, the *vires* of subordinate legislation is always to be reviewed on a correctness standard. See, for analogous circumstances in respect of municipal by-laws, *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, at paragraph 5.

[58] The Supreme Court recently reiterated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 59, that “true questions of *vires*”, such as the one here in issue, always call for a standard of correctness without the need to conduct a pragmatic and functional analysis.

[59] In this case, there was confusion as to whether the issue raised by the application for judicial review is one of *vires* or whether the subject-matter of the application is a challenge of the GIC’s “decision” to promulgate the designation. The confusion appears to have arisen from the manner in which the respondents presented their case (reasons, at paragraph 54):

This judicial review has been argued from two perspectives. The first is an attack on the legitimacy of the Regulations — an argument as to “*vires*.” The second is an attack on the GIC decision which led to the Regulation — an argument involving the standard of review and its application.

The applications Judge in his reasons refers at times to a review of “the GIC’s determination” (reasons, at paragraph 88); a review of the “initial conclusions leading to” the promulgation of the Regulations (reasons, at paragraph 105) and his certified question seeks to identify the standard of review applicable to the GIC’s “decision” to designate the U.S.

[60] Despite this language, the matter raised by the application is a pure *vires* issue (see the relevant part of the application for judicial review quoted at paragraph

préalables à l’exercice du pouvoir délégué qui ont été énoncées par le législateur existant au moment où le règlement est pris, une question qui est invariablement assujettie à la norme de la décision correcte. Comme la Cour l’a affirmé dans *Sunshine Village Corp. c. Canada (Parcs)*, [2004] 3 R.C.F. 600, au paragraphe 10 :

L’analyse qui consiste à se demander si un texte réglementaire est autorisé par sa loi habilitante ne requiert pas l’application de l’approche pragmatique et fonctionnelle. La validité d’un texte réglementaire doit plutôt être toujours examinée selon la norme de la décision correcte. Pour une situation analogue se rapportant aux règlements municipaux, voir l’arrêt *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, au paragraphe 5.

[58] La Cour suprême a récemment répété dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 59, que les « question[s] touchant véritablement à la constitutionnalité », comme celle en cause en l’espèce, sont toujours assujetties à la norme de la décision correcte, sans qu’il soit nécessaire de procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle.

[59] En l’espèce, il n’était pas clair si la question soulevée par la demande de contrôle judiciaire concernait la légalité ou si la demande avait trait à la contestation de la « décision » du GC de désigner les États-Unis à titre de tiers pays sûr. La confusion semble découler de la manière dont les intimés ont exposé leur thèse (motifs, au paragraphe 54) :

La présente demande de contrôle judiciaire a été débattue sous deux angles différents. Le premier est une contestation de la légitimité du Règlement, un moyen intéressant la constitutionnalité. Le second est une contestation de la décision du gouverneur en conseil à l’origine du Règlement : ce moyen intéresse la norme de contrôle et son application.

Dans ses motifs, le juge de première instance fait parfois mention d’un contrôle de « la décision du [GC] » (motifs, au paragraphe 88) ou des « conclusions initiales qui ont mené » à la prise du Règlement (motifs, au paragraphe 105), et la question qu’il a certifiée a pour but de déterminer la norme de contrôle qui s’applique à la « décision » du GC de désigner les États-Unis.

[60] Malgré ce libellé, la question soulevée par la demande est une pure question de légalité (voir la partie pertinente de la demande de contrôle judiciaire reproduite

15 above). This is not controversial as counsel for the respondents (Mr. Waldman) acknowledged that they were out of time to challenge the “decision” to promulgate the Regulations even if they had wanted to. Nevertheless, the applications Judge chose to conduct a pragmatic and functional analysis in order to identify the standard of review. He said (reasons, at paragraph 88):

Unlike many cases of review of the *vires* of a regulation, the parties had access to some of the material before the GIC in its consideration of the relevant factors. Therefore, there is a record upon which the Court can apply a standard of review to the GIC’s determination.

Applying the framework of analysis developed by the Supreme Court in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3—because “*Suresh* ... most closely approximates the contextual circumstances of this case” (reasons, at paragraph 92)—the applications Judge concluded that reasonableness was the appropriate standard (reasons, at paragraph 105).

[61] With respect, the applications Judge did not need to conduct a pragmatic and functional analysis and he identified the wrong standard. Having access to part of the record before the GIC has no impact on the standard since there is in this case no decision to review. In *Suresh*, the Supreme Court was confronted with the judicial review of a decision of an immigration official to issue a deportation order. Hence the Supreme Court began its analysis stating (*Suresh*, at paragraph 29):

The first question is what standard should be adopted with respect to the Minister’s decision that a refugee constitutes a danger to the security of Canada.

[62] No such issue arises here again because there is no decision to review.

[63] The applications Judge therefore misspoke when he directed his question to the standard of review applicable to the “decision” of the GIC. In my respectful view, the first certified question should have been directed at the standard of review applicable to the review of the

au paragraphe 15 ci-dessus). Ce point n’est pas contesté puisque l’avocat des intimés (M^e Waldman) a reconnu qu’il ne pouvait plus contester la « décision » de prendre le Règlement, même s’il avait voulu, parce que le délai était expiré. Le juge de première instance a néanmoins choisi de procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle afin de déterminer la norme de contrôle applicable. Il a dit (motifs, au paragraphe 88) :

Contrairement à un grand nombre d’affaires portant sur la validité d’un règlement, les parties avaient accès en l’espèce à une partie des pièces soumises au gouverneur en conseil pour son examen des facteurs pertinents. Il existe donc un dossier auquel la Cour peut appliquer une norme de contrôle en ce qui concerne la décision du gouverneur en conseil.

Se servant du cadre d’analyse établi par la Cour suprême du Canada dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 — parce que « [I]es faits analysés dans l’arrêt *Suresh* [...] ressemblent beaucoup à ceux de la présente affaire » (motifs, au paragraphe 92) — le juge de première instance a conclu que la norme de contrôle appropriée était celle de la décision raisonnable (motifs, au paragraphe 105).

[61] En toute déférence, le juge de première instance n’avait pas besoin de procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle et il n’a pas appliqué la norme de contrôle appropriée. Le fait d’avoir accès à une partie du dossier dont disposait le GC n’a aucune incidence sur la norme puisqu’il n’y a pas en l’espèce une décision à contrôler. Dans *Suresh*, le contrôle judiciaire visait la décision d’un agent d’immigration de prendre une mesure d’expulsion. En conséquence, la Cour suprême a commencé son analyse en disant (*Suresh*, au paragraphe 29) :

La première question consiste à déterminer quelle norme de contrôle doit être appliquée à la décision ministérielle portant qu’un réfugié constitue un danger pour la sécurité du Canada.

[62] Aucune question semblable n’est soulevée en l’espèce parce que, comme il a été mentionné précédemment, il n’y a pas de décision à contrôler.

[63] Le juge de première instance a donc mal formulé la première question qu’il a certifiée en parlant de la norme de contrôle applicable à la « décision » du GC. À mon avis, cette question aurait dû porter sur la norme de contrôle applicable à la question de la légalité — cette

vires issue, and the standard applicable in such a case is correctness.

Second certified question: The *vires* of the designation

[64] The second certified question should therefore be read as asking whether—applying a standard of correctness—the impugned Regulations and the Safe Third Country Agreement are *ultra vires* the IRPA. This requires the Court to identify the conditions precedent to the GIC’s exercise of its delegated authority and determine whether these conditions were satisfied at the time of promulgation.

[65] If I have correctly stated the issue to be decided, the Court has before it all the elements required to address it, and I do not see how I could avoid dealing with the question certified by the applications Judge on this point. As we have seen, the respondents have raised *vires* as a self-standing issue and the applications Judge dealt with it on that basis (reasons, at paragraphs 61 to 87, 106 to 236 and 241 to 263). Contrary to the Charter challenge (see discussion below), the question whether the GIC has in this case acted in conformity with the conditions precedent prescribed by law is neither hypothetical nor theoretical.

[66] On a plain reading of sections 101 and 102 of the IRPA, the conditions precedent for the exercise of the delegated authority are those set out in subsection 102(2) of the IRPA. The reasoning of the applications Judge for concluding that beyond those, the country must “comply” with the relevant articles of the Conventions is as follows (reasons, at paragraphs 78 and 79):

With respect to what is authorized in terms of regulation making, there are several conditions precedent that accompany the authority of the GIC to designate the U.S. a safe third country. First, subsection 102(2) sets out several factors which must be considered before designating a country. There are no strict standards established for the consideration of the four factors but their consideration is phrased in mandatory language.

The main condition at issue in this case is paragraph 102(1)(a), which states that the GIC is authorized to enact

norme étant celle de la décision correcte.

La deuxième question certifiée : la légalité de la désignation

[64] La deuxième question certifiée devrait donc être libellée de la manière suivante : si l’on applique la norme de la décision correcte, le Règlement contesté et l’Entente sur les tiers pays sûrs excèdent-ils les pouvoirs conférés par la LIPR? Pour répondre à cette question, la Cour doit déterminer les conditions préalables à l’exercice, par le GC, du pouvoir qui lui est délégué et décider si ces conditions étaient remplies lorsque le Règlement a été pris.

[65] Si j’ai énoncé correctement la question qu’il faut trancher, la Cour dispose de tous les éléments pour le faire, et je ne vois pas comment je pourrais éviter d’examiner la question certifiée par le juge de première instance à cet égard. Comme nous l’avons vu, les intimés ont soulevé la question de la légalité séparément et le juge de première instance l’a examinée en conséquence (motifs, aux paragraphes 61 à 87, 106 à 236 et 242 à 263). Contrairement à la contestation fondée sur la Charte (voir plus loin), la question de savoir si le GC a agi en conformité avec les conditions préalables prescrites par la loi en l’espèce n’est ni hypothétique ni théorique.

[66] Il ressort clairement des articles 101 et 102 de la LIPR que les conditions préalables à l’exercice du pouvoir délégué sont celles qui sont énoncées au paragraphe 102(2) de la LIPR. Le raisonnement qui a amené le juge de première instance à conclure que, en plus de remplir ces conditions, le pays doit « se conform[er] » aux articles pertinents des Conventions est le suivant (motifs, aux paragraphes 78 et 79) :

S’agissant de ce qui est autorisé en matière de prise de règlements, il y a plusieurs conditions préalables que le gouverneur en conseil doit remplir avant de pouvoir désigner les États-Unis comme pays tiers sûr. En premier lieu, le paragraphe 102(2) énumère les facteurs dont il faut tenir compte avant de désigner un pays. L’examen des quatre facteurs prescrits n’est pas soumis à des normes rigoureuses, mais il est formulé en termes impératifs [...]

La principale condition en litige en l’espèce est celle qui est prévue à l’alinéa 102(1)a), à savoir que le gouverneur en con-

regulations that include provisions “designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture” (underlining added). The provision requires that compliance with the non-refoulement provisions of the Refugee Convention and the CAT is a necessary precondition to designation. It was my conclusion earlier that if a country did not comply with the relevant articles of the two Conventions, the GIC had no power to designate the country as “safe.” It is my further conclusion that in reaching this determination, the GIC must base its decision on the practices and policies of that government in respect of claims under the Refugee Convention and the obligations under the Convention Against Torture.

[67] The earlier conclusion to which he refers is the following (reasons, at paragraphs 56 and 57):

However, read as a whole, section 102 gives to the GIC the discretion to enter into an STCA only upon specific conditions, a fundamental condition is compliance with the specific articles of the Refugee Convention and Convention Against Torture. I do not interpret the provision as giving the GIC the power to enter into an STCA where the country does not comply with those preconditions. It simply gives the GIC the discretion to set up a regulation to designate a country as “safe” if the country meets the conditions of compliance.

To interpret subsection 102(1) as giving the GIC discretion to enter into such agreements with countries that did not comply with the Refugee Convention and Convention Against Torture would make a mockery of Canada’s international commitments, of the very purpose of our domestic laws and even of the internal logic of subsection 102(1). There would be no need to consider whether the country is a party to the Refugee Convention and Convention Against Torture (paragraph 102(2)(a)), nor that country’s policies and practices with respect to claims under the Refugee Convention or its obligations under the Convention Against Torture—both factors are compulsory factors to be considered. Nor would there be any merit in requiring an ongoing review of these factors (subsection 102(3)) which is a requirement phrased in directory terms “must ensure the continuing review.” [My emphasis.]

[68] In so saying, the applications Judge accepted the respondents’ submission that “actual” compliance was a

seil est autorisé à prendre des règlements prévoyant notamment « 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 » (soulignement ajouté). Suivant cet alinéa, la conformité aux dispositions de la Convention relative aux réfugiés et de la Convention contre la torture qui interdisent le refoulement constitue une condition préalable qui doit être remplie avant de pouvoir procéder à une désignation. J’ai déjà conclu que si un pays ne se conforme pas aux articles applicables des deux Conventions, le gouverneur en conseil n’est pas habilité à désigner un État comme « pays sûr ». J’estime également que, pour pouvoir effectuer cette désignation, le gouverneur en conseil doit tenir compte des politiques et usages de l’État concerné 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.

[67] La conclusion à laquelle il fait référence est la suivante (motifs, aux paragraphes 56 et 57) :

Toutefois, envisagé globalement, l’article 102 confère au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de conclure une entente seulement à certaines conditions précises, une condition essentielle étant la conformité à certains articles spécifiques de la Convention relative aux réfugiés et de la Convention contre la torture. Je ne considère pas que cette disposition confère au gouverneur en conseil le pouvoir de conclure une entente lorsque le pays en cause ne se conforme pas aux conditions préalables en question. L’article 102 confère simplement au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de prendre un règlement désignant un pays « comme pays sûr » si ce pays remplit les conditions de conformité.

Interpréter le paragraphe 102(1) comme conférant au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de conclure de tels accords avec des pays qui ne se conformeraient pas à la Convention relative aux réfugiés et à la Convention contre la torture reviendrait à tourner en dérision non seulement les engagements internationaux du Canada, mais aussi l’objet même de nos lois internes, voire la logique interne du paragraphe 102(1). Il ne serait plus nécessaire de déterminer si le pays en cause est partie à la Convention relative aux réfugiés et à la Convention contre la torture (alinéa 102(2)a), ni de vérifier ses politiques 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, deux facteurs dont il faut impérativement tenir compte. Il serait par ailleurs sans intérêt d’exiger le suivi de l’examen de ces facteurs (paragraphe 102(3)), une condition qui est formulée en termes impératifs : « [l]e gouverneur en conseil assure le suivi de l’examen des facteurs » (en anglais : « *must ensure the continuing review* »). [Non souligné dans l’original.]

[68] Le juge de première instance a ainsi accepté la prétention des intimés selon laquelle la conformité

condition precedent to the exercise of the delegated authority. According to the applications Judge, what had to be shown is “actual” protection from refoulement (reasons, at paragraph 136). He puts the matter this way earlier in his reasons (reasons, at paragraph 60):

In my view, the issue is whether the conditions for passing the Regulations have been met on an objective basis. The conditions are framed in terms of legal criteria and address the matter in absolute terms of compliance with international law [my emphasis]; not [emphasis in original] in terms of the GIC’s opinion or reasonable belief in such compliance.

[69] His lengthy analysis of the evidence focuses on whether “actual” compliance or compliance “in absolute terms” with the respective conventions had been demonstrated (reasons, at paragraphs 106 to 236 and 241 to 263). With respect to Article 33 of the Refugee Convention, he held that the “instances of non-compliance” were such that the U.S. could not be said to comply (reasons, at paragraph 240). With respect to the Convention against Torture, he finds that the respondents’ evidence that the U.S. does not comply with Article 3 “more credible” than the appellant’s since it was supported by “real life examples” that the U.S. does not comply (reasons, at paragraph 262). The applications Judge, applying a standard of reasonableness to what he perceives as a “decision”, concludes that the U.S. does not comply with either Conventions, and that the designation of the U.S. as a safe country, was *ultra vires* the IRPA.

[70] I note in passing that in reaching this conclusion the applications Judge did not concern himself with the fact that much of the evidence that he reviewed was not in existence when the GIC designated the U.S. since it relates to cases, events and legislative modifications, which are subsequent to the date of the promulgation. More is said about this later.

[71] I agree with counsel for the respondents that the question whether the applications Judge properly con-

« effective » était une condition préalable à l’exercice du pouvoir délégué. Selon lui, ce qu’il fallait démontrer, c’est la protection « effective » contre le refoulement (motifs, au paragraphe 136). Il formule la question de la manière suivante précédemment dans ses motifs (motifs, au paragraphe 60) :

À mon avis, la question en litige est celle de savoir si les conditions à remplir pour pouvoir prendre le Règlement ont objectivement été respectées. Ces conditions sont libellées sous forme de critères prescrits par la loi et elles exigent une rigoureuse conformité au droit international [non souligné dans l’original]; elles ne [souligné dans l’original] sont pas [souligné dans l’original] formulées en fonction de l’opinion du gouverneur en conseil ou de sa croyance raisonnable quant à la conformité au droit international.

[69] Dans sa longue analyse de la preuve, le juge de première instance insiste sur la question de savoir si la conformité « effective » ou « rigoureuse » aux Conventions avait été démontrée (motifs, aux paragraphes 106 à 236 et 241 à 263). En ce qui concerne l’article 33 de la Convention sur les réfugiés, il statue qu’à cause des « exemples de non-conformité » il était impossible de conclure que les États-Unis se conformaient à cette disposition (motifs, au paragraphe 240). Pour ce qui est de la Convention contre la torture, il considère que la preuve des intimés démontrant que les États-Unis ne se conforment pas à l’article 3 est « plus crédible » que celle de l’appelante parce qu’elle repose sur « un cas authentique » de non-conformité des États-Unis (motifs, au paragraphe 262). Le juge de première instance, en appliquant la norme de la décision raisonnable à ce qu’il considère être une « décision », conclut que les États-Unis ne se conforment à aucune des deux Conventions et que la désignation des États-Unis à titre de pays sûr excédait les pouvoirs conférés par la LIPR.

[70] Je mentionne en passant que, pour parvenir à cette conclusion, le juge de première instance n’a pas tenu compte du fait qu’une grande partie de la preuve qu’il a examinée n’existait pas lorsque le GC a désigné les États-Unis puisque cette preuve a trait à des décisions, à des faits et à des modifications législatives postérieurs à la date à laquelle le Règlement a été pris. La Cour reviendra sur ce sujet plus loin.

[71] Je suis d’accord avec l’avocat des intimés lorsqu’il dit que la question de savoir si le juge de première instance

strued the conditions precedent to the exercise of the delegated authority raises a pure issue of statutory construction (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21):

... the words of the Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament.

[72] Paragraph 101(1)(e) of the IRPA provides that a person entering Canada from a “designated country” is ineligible to have his or her claim for refugee protection considered by the Immigration and Refugee Board. For the purpose of giving effect to this provision, subsection 102(1) of the IRPA gives the GIC the power to promulgate regulations governing the treatment of such claims which may include provisions designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention against Torture; and respecting the circumstances and criteria applicable to a claimant who comes to Canada from such a country. This is a broad grant of authority intended to give effect to Parliament’s clearly expressed intent that responsibility for the consideration of refugee claims be shared with countries that are respectful of their Convention obligations and human rights.

[73] In this respect, subsection 102(2) of the IRPA requires that the GIC consider, prior to designating a country, the country’s policies and practices with respect to the Refugee Convention and the Convention against Torture as well as its human rights record. In recognition of the fact that such policies, practices and record can evolve over time, subsection 102(3) of the IRPA requires the GIC to conduct an ongoing review of these factors once a country has been designated. Where the GIC concludes by reasons of the evolution of those factors that the designation is no longer warranted, section 159.7 of the Regulations allows the Government of Canada to unilaterally suspend or terminate the Safe Third Country Agreement.

[74] Significantly, subsection 102(1) of the IRPA provides that a designation may be made “for the purposes of this Act” and section 3 of the IRPA provides amongst others the following two:

a interprété correctement les conditions préalables à l’exercice du pouvoir délégué soulève une pure question d’interprétation législative (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21) :

[TRADUCTION] [...] il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[72] L’alinéa 101(1)e) de la LIPR prévoit que la demande d’asile d’une personne qui arrive au Canada d’un « pays désigné » est irrecevable. Pour donner effet à cette disposition, le paragraphe 102(1) de la LIPR confère au GC le pouvoir de prendre des règlements régissant le traitement des demandes d’asile qui peuvent prévoir notamment la désignation de 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, ainsi que les cas et les critères concernant les demandeurs d’asile qui arrivent au Canada de ces pays. Ce vaste pouvoir est conféré dans le but de donner effet à l’intention exprimée clairement par le législateur de faire en sorte que la responsabilité de l’examen des demandes d’asile soit partagée avec des pays qui respectent les obligations que leur imposent les Conventions et les droits de la personne.

[73] À cet égard, le paragraphe 102(2) de la LIPR exige qu’avant de désigner un pays le GC tienne compte des politiques et usages de ce pays en ce qui touche la Convention sur les réfugiés et la Convention contre la torture, ainsi que de ses antécédents en matière de respect des droits de la personne. Ces pratiques, usages et antécédents pouvant changer avec le temps, le paragraphe 102(3) de la LIPR oblige le GC à assurer le suivi de l’examen de ces facteurs à l’égard de chacun des pays désignés. Lorsque le GC conclut que, en raison de l’évolution de ces facteurs, la désignation n’est plus justifiée, l’article 159.7 du Règlement permet au gouvernement du Canada de suspendre ou de dénoncer unilatéralement l’Entente sur les tiers pays sûrs.

[74] Il importe de mentionner que le paragraphe 102(1) de la LIPR prévoit qu’une désignation peut être faite « pour l’application de la présente loi » et que l’article 3 de la LIPR, qui décrit l’objet de celle-ci, indique notamment :

3. ...

(2) The objectives of this Act with respect to refugees are

...

(b) to fulfill Canada's international legal obligations with respect to refugees and affirm Canada's commitment to international efforts to provide assistance to those in need of resettlement;

...

(d) to offer safe haven to persons with a well-founded fear of persecution based on race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social group, as well as those at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment;

Also relevant is paragraph 3(3)(f) of the IRPA which sets out Parliament's requirement that the Act be construed in a manner which "complies with international human rights instruments to which Canada is signatory."

[75] As I read the relevant provisions, 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. The factors to be considered before designating a country are expressly set out in subsection 102(2) of the IRPA. The consideration of these factors is framed as a condition precedent to the designation of a country as the introductory words make clear: "[t]he following factors are to be considered"; "[i] est tenu compte des facteurs suivants".

[76] Keeping in mind that the statutory objective is to designate countries that comply with the relevant articles of the Conventions and are respectful of human rights, the GIC could not designate a country if it was not satisfied that the country's policies, practices and record indicate compliance. I take issue with the applications Judge's suggestion that unless "compliance" is made a condition precedent, the GIC would have discretion to designate a country that does not comply (reasons, at paragraph 56). It seems clear that the GIC would be acting for an improper purpose if it was to designate a country which it considers not to be compliant.

3. [...]

(2) S'agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet :

[...]

b) de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d'affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller;

[...]

d) d'offrir l'asile à ceux qui craignent avec raison d'être persécutés du fait de leur race, leur religion, leur nationalité, leurs opinions politiques, leur appartenance à un groupe social en particulier, ainsi qu'à ceux qui risquent la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités;

L'alinéa 3(3)f) de la LIPR, qui exige que l'interprétation de celle-ci ait pour effet « de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire », est également pertinent.

[75] Selon mon interprétation des dispositions pertinentes, 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. Les facteurs qui doivent être pris en compte avant de désigner un pays sont décrits expressément au paragraphe 102(2) de la LIPR. L'examen de ces facteurs constitue une condition préalable à la désignation d'un pays, comme le montre clairement l'énoncé liminaire : « [i] est tenu compte des facteurs suivants » (« [t]he following factors are to be considered »).

[76] Comme l'objectif visé est de désigner des pays qui se conforment aux articles pertinents des Conventions et respectent les droits de la personne, le GC ne pourrait pas désigner un pays s'il n'était pas convaincu que les politiques, les usages et les antécédents en matière de respect des droits de la personne de ce pays sont conformes aux Conventions. Je ne suis pas d'accord avec le juge de première instance lorsqu'il dit que, si la « conformité » n'était pas une condition préalable, le GC aurait le pouvoir discrétionnaire de désigner un pays qui ne se conforme pas aux articles pertinents des Conventions (motifs, au paragraphe 56). Il semble évident que le GC

[77] This misapprehended concern that the GIC would have the discretion to designate a country that does not comply appears to be what led the applications Judge to transform the statutory objective of designating countries “that comply” with the respective Conventions, into a condition precedent (reasons, at paragraph 57). The error is compounded by the applications Judge’s further conclusion that what must be established is “actual” compliance or compliance “in absolute terms”.

[78] Subsection [102(1)] does not refer to “actual” compliance or compliance “in absolute terms” nor does it otherwise specify the type and extent of compliance contemplated. However, Parliament has specified the four factors to be considered in determining whether a country can be designated. These factors are general in nature and are indicative of Parliament’s intent that the matter of compliance be assessed on the basis of an appreciation by the GIC of the country’s policies, practices and human rights record. Once it is accepted, as it must be in this case, that 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. I stress that there is no suggestion in this case that the GIC acted in bad faith or for an improper purpose.

[79] Indeed, no such suggestion could be made based on this record. The Regulatory Impact Analysis Statement (the RIAS) [*C. Gaz.* 2004.II.1622], published 60 days prior to the effective date of the promulgation, indicates that the GIC consulted with a number of non-governmental organizations who felt that the U.S. did not meet its Convention obligations. These views were considered together with those of others. In particular, the RIAS notes that the UNHCR expressed the view that the U.S. (like Canada), meets its international obligations (appeal book, Vol. 11, at page 3160). Two weeks before the effective date of the promulgation, Mr. Assadi, the UNHCR representative in Canada, reiterated before the House of Commons Standing Committee on Citizenship and Immigration that “we consider the U.S. to be a safe

agirait dans un but inapproprié s’il désignait un pays qui, selon lui, ne se conforme pas aux Conventions.

[77] C’est cette fausse perception que le GC aurait le pouvoir discrétionnaire de désigner un pays qui ne se conforme pas aux Conventions qui semble avoir amené le juge de première instance à transformer l’objectif de désigner des pays « qui se conforment » aux Conventions en une condition préalable (motifs, au paragraphe 57). L’erreur est aggravée par une autre conclusion du juge de première instance selon laquelle c’est la conformité « effective » ou « rigoureuse » qui doit être établie.

[78] Or, il n’est pas question de conformité « effective » ou « rigoureuse » au paragraphe [102(1)], ni par ailleurs du type et de l’étendue de la conformité exigée. Le législateur a cependant décrit quatre facteurs dont il faut tenir compte lorsqu’on détermine si un pays peut être désigné. Il s’agit de facteurs généraux qui montrent que le législateur voulait que la conformité soit examinée sur la foi d’une évaluation, faite par le GC, des politiques, des usages et des antécédents en matière de respect des droits de la personne du pays en question. Une fois que l’on reconnaît, comme on doit le faire en l’espèce, 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. J’insiste sur le fait que rien, en l’espèce, ne permet de croire que le GC a agi de mauvaise foi ou dans un but inapproprié.

[79] En fait, le dossier ne permet pas de tirer une telle conclusion en l’espèce. Le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation (le REIR) [*Gaz. C.* 2004.II.1622], publié 60 jours avant la prise du Règlement, indique que le GC a mené des consultations avec un certain nombre d’organisations non gouvernementales qui estimaient que les États-Unis ne respectaient pas les obligations prévues par les Conventions. Cette opinion, et d’autres également, ont été prises en compte. Le REIR précise en particulier que le HCR estimait que les États-Unis (tout comme le Canada) remplissaient leurs obligations internationales (dossier d’appel, vol. 11, à la page 3160). Deux semaines avant que le Règlement soit pris, M. Assadi, le représentant du HCR au Canada, a répété devant le Comité permanent de la citoyenneté et de

country” (appeal book, Vol. 11, at page 3247). Given the position of the UNHCR, the main supervisory body in relation to refugee protection, it cannot be suggested that the GIC was not acting in good faith, when it designated the U.S. as a country that complies with its Convention obligations.

[80] It follows that the fact that the respondents believe, and that the applications Judge agreed, that the U.S. does not “actually” comply is irrelevant since this was not the issue that the applications Judge was called upon to decide (compare *Telecommunications Workers Union v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [2004] 2 F.C.R. 3 (F.C.A.), at paragraphs 39 to 43). What is relevant is that the GIC considered the subsection 102(2) factors and, acting in good faith, designated the U.S. as a country that complies with the relevant articles of the Conventions and was respectful of human rights.

[81] I should add as an aside that even if “actual compliance” was a condition precedent, the conclusion reached by the applications Judge to the effect that the U.S. did not meet that requirement at the time of promulgation could not stand since it is largely based on evidence which postdates the time of the designation (see paragraphs 87 and 88 below).

[82] In short, it was not open to the applications Judge to hold on any of the alleged grounds that the designation of the U.S. as a safe third country and the related Regulations were outside the authority of the GIC or that the Safe Third Country Agreement between Canada and the U.S. was illegal. I would therefore answer the second certified question in the negative.

The failure to conduct the ongoing review

[83] In their memorandum, at paragraph 95, the respondents state that they “originally sought a declaration that both the original and the ongoing designation of the

l’immigration de la Chambre des communes : « Nous considérons les États-Unis comme un pays sûr » (dossier d’appel, vol. 11, à la page 3247). Vu la position du HCR, le principal organisme de surveillance de la protection des réfugiés, on ne peut laisser entendre que le GC n’a pas agi de bonne foi lorsqu’il a désigné les États-Unis à titre de pays qui se conforme à ses obligations internationales.

[80] Par conséquent, le fait que les intimés croient et que le juge de première instance convient que les États-Unis ne se conforment pas [TRADUCTION] « effectivement » aux Conventions n’est pas pertinent puisque ce n’était pas la question sur laquelle le juge de première instance devait se prononcer (comparer avec *Syndicat des travailleurs en télécommunications c. Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications canadiennes*, [2004] 2 R.C.F. 3 (C.A.F.), aux paragraphes 39 à 43). Ce qui est pertinent, c’est que le GC a tenu compte des facteurs décrits au paragraphe 102(2) et, de bonne foi, a désigné les États-Unis à titre de pays qui se conforme aux articles pertinents des Conventions et qui respecte les droits de la personne.

[81] J’aimerais ajouter en passant que, même si la « conformité effective » était une condition préalable, la conclusion du juge de première instance selon laquelle les États-Unis ne satisfaisaient pas à cette condition au moment de la prise du Règlement ne serait pas valable puisqu’elle repose en grande partie sur des éléments de preuve postérieurs à la date de la désignation (voir les paragraphes 87 et 88 ci-dessous).

[82] En résumé, il n’était pas loisible au juge de première instance de statuer sur la base des motifs allégués que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr et le Règlement connexe ne relevaient pas du pouvoir du GC ou que l’Entente sur les tiers pays sûrs intervenue entre le Canada et les États-Unis était illégale. Je répondrais donc par la négative à la deuxième question certifiée.

L’absence de suivi

[83] Au paragraphe 95 de leur mémoire, les intimés affirment qu’[TRADUCTION] « à l’origine, ils ont demandé un jugement déclarant que la désignation des États-Unis

U.S. as a safe third country *via* the continuing operation of the Regulations was unconstitutional and *ultra vires*” (emphasis by the respondents). They assert earlier in their memorandum (at paragraph 12) that they sought a declaration that the appellant had erred by failing to meet “her statutory continuing review obligation”. The record does not bear this out. The application filed by the respondents is aimed at the alleged illegal designation of the U.S. and nothing else. No mention is made of the alleged failure to review and no declaratory relief (or any other type of relief) is sought in that regard. This is how the applications Judge saw the application based on his own description of the matter before him (reasons, at paragraphs 1 and 2), and there is no indication that an amendment to the application brought by the respondents was sought or obtained in the course of the proceedings. I note, however, that both the respondents and the appellant made submissions on this issue, although there is no discussion as to the remedy which would flow from the alleged failure to review (see the parties’ respective supplementary submissions, appeal book, Vol. 1, at pages 242 to 245 and 357 to 358).

[84] In his reasons, the applications Judge conducts a judicial review of this issue (reasons, at paragraphs 264 to 275) and the formal judgment that he gives declares “that the Governor-in-Council failed to ensure the continuing review of the United States as a ‘safe third Country’ as required by subsection 102(2) of IRPA”.

[85] It is not clear how this discrete issue became part of the judicial review application. When asked whether an amendment was obtained, counsel for the respondents (Ms. Jackman) could not point to one but gave a stern response about how things are done by the immigration bar. She suggested that an amendment can in effect be made without anyone speaking to it (by “osmosis” is the description that I used), and that a notice to the profession would be required, if this Court was to find that the amendment which took place in this case was somehow inappropriate.

[86] I do not believe that I am advocating a return to procedural formalism if I suggest that an amendment of

à titre de tiers pays sûr et le maintien de celle-ci par suite de l’application continue du Règlement étaient inconstitutionnels et excédaient les pouvoirs du GC » (souligné par les intimés). Les intimés soutiennent précédemment dans leur mémoire (au paragraphe 12) qu’ils ont demandé un jugement déclarant que l’appelante avait commis une erreur en n’effectuant pas [TRADUCTION] « le suivi exigé par la LIPR ». Or, le dossier ne corrobore pas ces prétentions. La demande déposée par les intimés vise la désignation prétendument illégale des États-Unis et rien d’autre. Nulle part n’est-il question du prétendu défaut d’assurer le suivi et aucun jugement déclaratoire (ou un autre type de réparation) n’est demandé à cet égard. C’est de cette façon que le juge de première instance a considéré la demande, en tenant compte de sa propre description de l’affaire (motifs, aux paragraphes 1 et 2), et rien n’indique qu’une modification de la demande présentée par les intimés a été demandée ou obtenue au cours de l’instance. Je souligne cependant que les intimés et l’appelante ont abordé cette question, même si la réparation pouvant être accordée relativement au prétendu défaut d’assurer le suivi n’a pas été débattue (voir les observations supplémentaires des parties, dossier d’appel, vol. 1, aux pages 242 à 245, 357 et 358).

[84] Le juge de première instance traite de cette question dans ses motifs (aux paragraphes 264 à 275) et son jugement formel indique [TRADUCTION] « que le gouverneur en conseil n’a pas assuré le suivi de la désignation des États-Unis à titre de “tiers pays sûr”, qui était exigé par le paragraphe 102(2) de la LIPR ».

[85] On ne sait pas comment cette question bien distincte en est arrivée à faire partie du contrôle judiciaire. À la question de savoir si une modification avait été obtenue, l’avocate des intimés (M^e Jackman) n’a pas été en mesure d’en nommer une, mais a expliqué d’un ton opiniâtre la manière dont les choses sont faites par les avocats spécialistes de l’immigration. Elle a laissé entendre qu’une modification peut être apportée sans que personne n’en parle (j’ai employé l’expression [TRADUCTION] « par osmose ») et qu’un avis à la profession serait nécessaire si la Cour concluait que la modification en cause en l’espèce était inappropriée.

[86] Je ne crois pas prôner un retour au formalisme procédural si j’estime qu’une modification du genre de

the type here in question required, at the very least, that the matter be brought to the attention of the applications Judge so that he could put his mind to the distinct issues which flowed from it. The failure to do so in this case has given rise to significant difficulties, which do not assist anyone.

[87] First, the applications Judge never alludes to the fact that this additional issue becomes relevant only if the designation was validly promulgated in the first place. His conclusion was that the designation was void *ab initio*. Second, the applications Judge reviews the matter of the alleged failure to perform the ongoing review as a decision subject to a standard of reasonableness (reasons, at paragraph 105). There was, on the record before the applications Judge, no suggestion that the GIC was asked to perform this duty and refused to do so. Absent a decision, the remedy which flows from a failure to perform a statutory duty is a *mandamus* compelling the government actor to perform the duty.

[88] More importantly, the issue raised by the purported amendment allowed the applications Judge to have regard to an extensive body of evidence, adduced by both sides, which postdates the designation. The applications Judge relied on this evidence indiscriminately to support both his conclusion that the GIC had failed to conduct the ongoing review and that the designation was *ultra vires*. (This is evident throughout the reasons, but see for example paragraphs 7, and 260 to 262 where the applications Judge relies on the Maher Arar Report [*Report of the Events Relating to Maher Arar*] to support his view that the designation was illegal when made in 2004 although the report was only released in 2006.)

[89] 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. The applications Judge seems to recognize so much at paragraph 273 of his reasons, where

celle qui est en cause en l'espèce exigeait, à tout le moins, que la question soit portée à l'attention du juge de première instance afin qu'il puisse examiner les questions particulières qui en découlaient. Ne pas l'avoir fait en l'espèce a entraîné des problèmes graves, qui n'ont aidé personne.

[87] Premièrement, le juge de première instance ne fait jamais allusion au fait que cette question additionnelle devient pertinente seulement si la désignation a été faite valablement à l'origine. Or, il a conclu que cette désignation était nulle *ab initio*. Deuxièmement, le juge de première instance contrôle la question du prétendu défaut d'assurer le suivi comme s'il s'agissait d'une décision assujettie à la norme de la décision raisonnable (motifs, au paragraphe 105). Le dossier dont il disposait n'indiquait pas que l'on avait demandé au GC de procéder à ce suivi et que celui-ci avait refusé. Faute de décision, la réparation à laquelle donne lieu le défaut d'exécuter une obligation imposée par la loi est un *mandamus* enjoignant à l'acteur gouvernemental d'exécuter l'obligation.

[88] Fait plus important, la question soulevée par la prétendue modification a permis au juge de première instance de tenir compte d'une preuve abondante, produite par l'appelante et par les intimés, qui est postérieure à la désignation. Le juge de première instance s'est appuyé sans distinction sur cette preuve pour conclure que le GC n'avait pas assuré le suivi et que la désignation excédait les pouvoirs du GC. (Cette position ressort de l'ensemble des motifs, mais voir, par exemple, les paragraphes 7 et 260 à 262, où le juge de première instance s'appuie sur le rapport concernant Maher Arar [*Rapport sur les événements concernant Maher Arar*] pour statuer que la désignation était illégale lorsqu'elle a été faite en 2004, même si le rapport a été rendu public seulement en 2006.)

[89] 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. C'est ce que le juge de première instance semble d'ailleurs reconnaître au para-

he says that the third country must be shown to have complied with the relevant articles of the Conventions before the Regulations are passed. However, he reviewed the evidence without regard to this date (Appendix II to these reasons sets out, from a cursory review, the body of evidence before the applications Judge which postdates the date of promulgation as well as that which he specifically considered in support of his conclusion that the Regulations were *ultra vires*).

[90] In my respectful view, the applications Judge's failure to focus on the relevant date (as well as the other issues which went unaddressed) can only be attributed to the fact that the purported amendment to include the alleged failure to conduct the ongoing review was never spoken to. The respondents' contention that an amendment of the type here in issue can take place without being spoken to is ill advised and serves no one. If the respondents wanted to enlarge their judicial review application, it was incumbent upon them to bring the appropriate motion.

[91] That said, because the parties conducted their case on the basis that some form of amendment took place, I will nevertheless address the applications Judge's conclusion that the GIC failed to conduct the ongoing review.

[92] In my respectful view, the conclusion reached by the applications Judge suffers from the same fundamental flaw as his initial conclusion: it assumes that the GIC had an ongoing obligation to monitor "actual" compliance or compliance "in absolute terms". That is not how the obligation to review is framed. The obligation is directed at the review of the four factors identified in subsection 102(2) of the IRPA, and is intended to ensure that the GIC continues to monitor these factors so as to be in a position to reassess the opportunity of maintaining the designation should the evolution of the factors so require.

[93] In this respect, the record shows that directives were adopted as early as October 12, 2004, to ensure "a continuing review of factors set out in subsection 102(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* with respect to countries designated under paragraph 102(1)(a)

graphie 273 de ses motifs, lorsqu'il dit qu'il faut démontrer que le « pays tiers » s'est conformé aux articles pertinents de la Convention avant la prise du Règlement. Or, il a examiné la preuve sans tenir compte de cette date (l'annexe II des présents motifs donne un aperçu des éléments de preuve qui ont été présentés au juge de première instance et qui sont postérieurs à la date de prise du Règlement et de ceux qu'il a expressément pris en considération pour conclure que le Règlement excédait les pouvoirs conférés par la LIPR).

[90] À mon avis, le juge de première instance n'a pas tenu compte de la date pertinente (ni des autres questions qui n'ont pas été tranchées) tout simplement parce qu'il n'a jamais été question de la prétendue modification concernant le défaut du GC d'assurer le suivi. La prétention des intimés selon laquelle une modification de ce genre peut être apportée sans qu'elle soit débattue est déraisonnable et n'aide personne. Si les intimés voulaient élargir leur demande de contrôle judiciaire, il leur incombait de présenter la requête appropriée.

[91] Cela étant dit, je vais tout de même examiner la conclusion du juge de première instance selon laquelle le GC n'a pas assuré le suivi, parce que les parties ont présenté leur thèse comme si la modification dont il est question ci-dessus avait été apportée.

[92] À mon avis, la conclusion tirée par le juge de première instance comporte le même défaut que sa première conclusion : le juge de première instance suppose que le GC avait l'obligation de vérifier de manière continue la conformité « effective » ou « rigoureuse ». Or, l'obligation d'assurer le suivi n'est pas ainsi libellée : il s'agit d'assurer le suivi de l'examen des quatre facteurs prévus par le paragraphe 102(2) de la LIPR. Cette obligation vise à assurer que le GC continue de surveiller le respect des quatre facteurs afin d'être en mesure de réévaluer la possibilité de maintenir la désignation au besoin.

[93] À cet égard, le dossier révèle que des directives ont été adoptées dès le 12 octobre 2004 afin d'assurer « le suivi de l'examen des facteurs énoncés au paragraphe 102(2) de la LIPR à l'égard des pays désignés en vertu de l'alinéa 102(1)a) de la Loi » (affidavit de M.

of that Act” (Scofield affidavit, appeal book, Vol. 11, Tab 33, at paragraph 42 and Exhibit B-11). These directives require the Minister of Citizenship and Immigration to undertake a review “on a continuous basis” of those factors and report to the GIC on a regular basis, or more often should circumstances warrant.

[94] The record reveals that on May 29, 2006, the UNHCR’s representative in Canada again appeared before the House of Commons Standing Committee on Citizenship and Immigration regarding the UNHCR’s one year review of the Safe Third Country Agreement and expressed the view that both countries continue to qualify as safe third countries (see Scofield affidavit, appeal book, Vol. 11, Tab 33, at page 3101, paragraph 36 and Exhibit B10, at page 3247).

[95] Further, in June 2006, pursuant to Article 8, paragraph 3 of the Safe Third Country Agreement, the UNHCR released a report [*Monitoring Report: Canada-United States “Safe Third Country” Agreement, 29 December 2004–28 December 2005*], assessing the first 12 months of the Safe Third Country Agreement’s operation (Tom Heinze affidavit, appeal book, Vol. 12, Tab 34, Exhibit TH2, at page 3382). The crux of the report’s conclusions is as follows (Tom Heinze affidavit, appeal book, Vol. 12, Tab 34, Exhibit TH2, at page 3387) [at page 6]:

It is the UNHCR’s overall assessment that the Agreement has generally been implemented by the Parties according to its terms, and, with regard to those terms, international refugee law. The Agreement appears to be functioning relatively smoothly. Individuals who request protection are generally given an adequate opportunity to lodge refugee claims at the ports of entry and eligibility determination decisions under the Agreement have generally been made correctly.

UNHCR notes, however, particular concern with respect to the Parties’ continued use of the direct back policy. This has been especially problematic for asylum-seekers directed back from Canada to the United States, as a number were detained in the United States and unable to attend their scheduled interviews. [Footnote omitted.]

“The direct back policy” refers to the process whereby an asylum seeker approaches a port of entry at a time when border officials are unable to process his or her claim and is returned

Scofield, dossier d’appel, vol. 11, onglet 33, au paragraphe 42 et pièce B-11). Ces directives exigent que le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration assure le suivi « de façon permanente » et en rende compte au GC régulièrement, ou plus souvent si les circonstances le justifient.

[94] Le dossier révèle que le représentant du HCR au Canada a comparu de nouveau devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration de la Chambre des communes le 29 mai 2006, relativement à l’examen de la première année de l’Entente sur les tiers pays sûrs qui a été effectué par le HCR. Selon lui, les deux pays constituaient toujours des tiers pays sûrs (affidavit de M. Scofield, dossier d’appel, vol. 11, onglet 33, à la page 3101, paragraphe 36 et pièce B10, à la page 3247).

[95] En outre, le HCR a publié un rapport en juin 2006 [*Rapport de surveillance : Entente sur les tiers pays sûrs entre le Canada et les É.-U., 29 décembre 2004–28 décembre 2005*], en vertu de l’article 8, paragraphe 3 de l’Entente sur les tiers pays sûrs, portant sur les 12 premiers mois d’application de cette entente (affidavit de Tom Heinze, dossier d’appel, vol. 12, onglet 34, pièce TH2, à la page 3382). Le HCR conclut principalement (affidavit de Tom Heinze, dossier d’appel, vol. 12, onglet 34, pièce TH2, à la page 3387) [à la page 7] :

Selon l’évaluation globale du HCR, les modalités de l’Entente ont, en général, été respectées par les parties lors de la mise en œuvre de celle-ci et ces modalités étaient conformes au droit international des réfugiés. L’Entente semble fonctionner de manière relativement efficace. De façon générale, les personnes qui demandent à être protégées se voient offrir une possibilité suffisante de faire une demande d’asile aux points d’entrée, et les décisions en matière de détermination de la recevabilité aux termes de l’Entente sont généralement correctes.

Toutefois, le HCR souligne qu’il est en particulier préoccupé par l’utilisation continue par les parties de la politique de renvoi temporaire. Cela a surtout posé un problème aux demandeurs d’asile qui ont fait l’objet d’un renvoi temporaire du Canada vers les É.-U. car certains d’entre eux ont été détenus aux É.-U. et n’ont pu se présenter à leur entrevue. [Note de bas de page omise.]

La « politique de renvoi temporaire » est le processus par lequel un demandeur d’asile se présente à un point d’entrée au moment où les agents à la frontière ne sont pas en mesure de traiter sa

to the U.S. after having been given a scheduled time for an interview. The UNHCR criticism was that many claimants were not allowed to re-enter Canada to attend their scheduled interviews.

[96] The Canadian government, in conjunction with the U.S. and the UNHCR, released a further report in November 2006 [*A Partnership for Protection: Year One Review*]. As part of this report, the Canadian authorities indicated that they had phased out the use of “direct back policies” as of August 31, 2006 (Canada-United States Safe Third Agreement, Year One Review, appeal book, Vol. 12, at page 3337).

[97] In my respectful view, the record does not support the applications Judge’s conclusion that the GIC is in breach of its obligation to conduct the ongoing review mandated by subsection 102(3) of the IRPA.

Third certified question: The Charter challenge

[98] At the hearing, counsel for the respondent organizations insisted on the fact that their public interest standing was not being challenged in this appeal. As previously noted, the applications Judge refused to certify the question proposed by the appellant challenging their standing. However, the applications Judge’s refusal to certify a question with respect to standing does not immunize this issue from review on appeal. Once a question has been certified, and an appeal is launched, the Court’s appellate jurisdiction is not limited by the certified question(s) (*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 25; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 12).

[99] Relying on their public interest standing, the respondent organizations successfully challenged the validity of the Regulations on Charter grounds, based on evidence (the same evidence that formed the basis of the *vires* challenge) that a class of refugees would be subject to a real risk of refoulement as a result of the Safe Third Country Agreement and that therefore, their section 7 and section 15 Charter rights were violated. To this end,

demande d’asile et est retourné aux États-Unis après qu’une date d’entrevue a été fixée. Le HCR critiquait le fait que de nombreux demandeurs n’avaient pas été autorisés à revenir au Canada pour assister à leur entrevue.

[96] Le gouvernement canadien a publié un rapport en novembre 2006 [*Partenariat pour la protection : Examen de la première année*], en collaboration avec les États-Unis et le HCR. Les autorités canadiennes ont indiqué dans ce rapport qu’elles avaient arrêté progressivement d’appliquer la « politique de renvoi temporaire » depuis le 31 août 2006 (Entente entre le Canada et les États-Unis sur les tiers pays sûrs, Examen de la première année, dossier d’appel, vol. 12, à la page 3337).

[97] À mon avis, le dossier n’était pas la conclusion du juge de première instance selon laquelle le GC ne remplit pas son obligation d’assurer le suivi exigé par le paragraphe 102(3) de la LIPRA.

La troisième question certifiée : la contestation fondée sur la Charte

[98] À l’audience, l’avocat des organisations intimées a insisté sur le fait que la qualité de ces dernières pour agir dans l’intérêt public n’était pas contestée dans le cadre du présent appel. Comme je l’ai mentionné précédemment, le juge du procès a refusé de certifier la question proposée par l’appelante à ce sujet. Le refus du juge de première instance de certifier une question concernant la qualité pour agir n’empêche cependant pas l’examen de cette question en appel. Lorsqu’une question a été certifiée et qu’un appel est interjeté, la compétence de la Cour en appel n’est pas limitée par les questions certifiées (*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 25; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 12).

[99] S’appuyant sur leur qualité pour agir dans l’intérêt public, les organisations intimées ont contesté avec succès la validité du Règlement pour des motifs liés à la Charte, en présentant des éléments de preuve (sur lesquels était aussi fondée la contestation de la légalité) qui démontraient qu’une catégorie de réfugiés seraient exposés à un risque véritable de refoulement en raison de l’Entente sur les tiers pays sûrs et que, par conséquent, les droits

they maintained, and the applications Judge agreed, that their challenge is not dependent on John Doe's (reasons, at paragraph 51), but concerns a class of refugees, which they say would be treated in a certain way if they were to present themselves at a Canadian land border port of entry (*idem*).

[100] In my respectful view, this hypothetical approach, which the applications Judge entertained, goes against the well-established principle that a Charter challenge cannot be mounted in the abstract. The only exception is where it can be shown that the impugned legislation would otherwise be immune from challenge (*Canadian Council of Churches* (S.C.C), at pages 255-256):

From the material presented, it is clear that individual claimants for refugee status, who have every right to challenge the legislation, have in fact done so. There are, therefore, other reasonable methods of bringing the matter before the Court. On this ground the applicant Council must fail. I would hasten to add that this should not be interpreted as a mechanistic application of a technical requirement. Rather it must be remembered that the basic purpose for allowing public interest standing is to ensure that legislation is not immunized from challenge. Here there is no such immunization as plaintiff refugee claimants are challenging the legislation. Thus the very rationale for the public interest litigation party disappears. [My emphasis.]

The applications Judge distinguishes the present situation from the one confronting the Supreme Court in the above case on the basis that in the matter before him, a refugee would have to bring the challenge from outside of Canada (reasons, at paragraph 43).

[101] With respect, there is no evidence that a refugee would have to bring a challenge from outside Canada. Refugees must present themselves at a Canadian land border port of entry in order for an officer to determine whether, on the balance of probabilities, they fall within one of the enumerated exceptions and whether the claim should be referred to the Immigration and Refugee Board. During this time, the refugee claimant remains in Canada, as according to the Canadian government's one-year report alluded to earlier (at paragraph 96), Canadian authorities phased out the "direct send back policy" as

qui leur sont garantis aux articles 7 et 15 de la Charte ne sont pas respectés. Elles ont soutenu à cet égard que leur contestation ne dépend pas de celle de M. Untel (motifs, au paragraphe 51), mais concerne une catégorie de réfugiés qui, selon elles, seraient traités d'une certaine façon s'ils se présentaient à un poste frontalier terrestre canadien. Le juge de première instance leur a donné raison sur ce point (*idem*).

[100] À mon avis, cette approche hypothétique que le juge de première instance a employée va à l'encontre du principe bien établi selon lequel une contestation fondée sur la Charte ne peut être examinée dans l'abstrait, sauf s'il est démontré que les dispositions législatives en cause ne pourraient pas être contestées d'une autre façon (*Conseil canadien des Églises* (C.S.C.), aux pages 255 et 256) :

Il ressort des documents présentés que des demandeurs individuels du statut de réfugié, qui ont le droit de contester la loi, s'en sont prévalu. Il existe donc d'autres méthodes raisonnables de saisir la cour de la question. Pour ce motif, le Conseil requérant ne peut avoir gain de cause. Je m'empresserais d'ajouter que cette décision ne devrait pas être interprétée comme le résultat d'une application mécaniste d'une exigence technique. On doit plutôt se rappeler que l'objet fondamental de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public est de garantir qu'une loi n'est pas à l'abri de la contestation. En l'espèce, la loi ne l'est pas puisque des demandeurs du statut de réfugié la conteste. En conséquence, le motif à la base même de la reconnaissance à une partie de la qualité pour agir dans l'intérêt public disparaît. [Non souligné dans l'original.]

Selon le juge de première instance, la présente affaire est différente de celle dont était saisie la Cour suprême dans *Conseil canadien des Églises*, précité, car, en l'espèce, un réfugié devrait présenter la contestation à partir de l'extérieur du Canada (motifs, au paragraphe 43).

[101] En toute déférence, la preuve ne démontre pas qu'un réfugié devrait présenter la contestation à partir de l'extérieur du Canada. Un réfugié doit se présenter à un poste frontalier terrestre canadien pour qu'un agent décide si, selon la prépondérance des probabilités, il est visé par l'une des exceptions prévues et si la demande d'asile devrait être transmise à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Pendant ce temps, le demandeur d'asile demeure au Canada puisque, selon ce qu'indique le rapport publié par le gouvernement du Canada à la suite de l'examen de la première année

of August 31, 2006. During this time, the refugee claimant can be represented by counsel (reasons, at paragraph 288). Furthermore, in its one-year report, the Canadian government encourages non-governmental organizations to assist in maintaining the well-being of refugees throughout the process (affidavit of Tom Heinze, appeal book, Vol. 12, Tab 34, Exhibit TH2, at page 3336). It follows that once it is determined that a claimant cannot remain in Canada by reason of the Safe Third Country Agreement, nothing prevents the claimant from challenging this determination on Charter grounds.

[102] Consequently, in this case, the ability of the respondent organizations to bring the Charter challenge depends on John Doe. However, John Doe never presented himself at the Canadian border and therefore never requested a determination regarding his eligibility. Following the renewed evidence regarding the threat that the FARC poses to his life, U.S. immigration authorities agreed to reconsider his claim and he remains in the U.S. The applications Judge's conclusion that John Doe should nevertheless be considered as having come to the border and as having been denied entry runs directly against the established principle that Charter challenges cannot be mounted on the basis of hypothetical situations.

[103] There is, in this case, no factual basis upon which to assess the alleged Charter breaches. The respondent organizations' main contention is directed at a border officer's lack of discretion to forgo returning a claimant to the U.S. for reasons other than the enumerated exceptions set out in section 159.5 of the Regulations. This challenge, however, should be assessed in a proper factual context—that is, when advanced by a refugee who has been denied asylum in Canada pursuant to the Regulations and faces a real risk of refoulement in being sent back to the U.S. pursuant to the Safe Third Country Agreement.

d'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs dont il a été question précédemment (au paragraphe 96), les autorités canadiennes ont arrêté progressivement d'appliquer la « politique de renvoi temporaire » depuis le 31 août 2006. Pendant ce temps, le demandeur d'asile peut être représenté par un avocat (motifs, au paragraphe 288). En outre, dans son rapport concernant la première année d'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs, le gouvernement canadien encourage les organisations non gouvernementales à aider à assurer le bien-être des réfugiés pendant tout le processus (affidavit de Tom Heinze, dossier d'appel, vol. 12, onglet 34, pièce TH2, à la page 3336). Ainsi, une fois qu'on a déterminé qu'il ne peut pas demeurer au Canada en raison de l'Entente sur les tiers pays sûrs, rien n'empêche un demandeur d'asile de contester cette décision en se fondant sur la Charte.

[102] Par conséquent, la capacité des organisations intimées de déposer une contestation fondée sur la Charte en l'espèce dépend de M. Untel. Ce dernier ne s'étant jamais présenté à la frontière canadienne, il n'a donc jamais fait examiner la recevabilité de sa demande d'asile. Après avoir pris connaissance de la nouvelle preuve concernant les menaces de mort proférées par les FARC à son endroit, les autorités américaines de l'immigration ont accepté de réexaminer sa demande et il est demeuré aux États-Unis. La conclusion du juge de première instance selon laquelle il fallait néanmoins considérer que M. Untel s'était présenté à la frontière et n'avait pas été autorisé à entrer au Canada va directement à l'encontre du principe bien établi selon lequel une contestation fondée sur la Charte ne peut reposer sur des hypothèses.

[103] Il n'y a, en l'espèce, aucun fait justifiant un examen des prétendues atteintes portées à la Charte. La principale prétention des organisations intimées a trait au fait que les agents à la frontière n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de renvoyer un demandeur aux États-Unis pour une autre raison que les exceptions énumérées à l'article 159.5 du Règlement. La présente contestation devrait cependant être examinée dans un contexte factuel approprié, c'est-à-dire être présentée par un réfugié à qui l'asile a été refusé au Canada en application du Règlement et qui est exposé à un risque vérifiable de refoulement en étant renvoyé aux États-Unis en vertu de l'Entente sur les tiers pays sûrs.

[104] It follows that the Charter challenge should not have been entertained by the applications Judge. I would therefore decline answering the third certified question.

[105] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the applications Judge and answer the certified questions as follows:

(1) What is the appropriate standard of review in respect of the Governor-in-Council's decision to designate the United States of America as a "safe third country" pursuant to s. 102 of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

Answer: correctness;

(2) Are paragraphs 159.1 to 159.7 (inclusive) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* and the Safe Third Country Agreement between Canada and the United States of America *ultra vires* and of no legal force and effect?

Answer: no;

(3) Does the designation of the United States of America as a "safe third country" alone or in combination with the ineligibility provision of clause 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* violate sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is such violation justified under section 1?

Answer: no answer can be given at this stage.

By agreement, the parties will assume their respective costs.

RICHARD C.J.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

[104] Par conséquent, le juge de première instance n'aurait pas dû examiner la contestation fondée sur la Charte. Je refuserais donc de répondre à la troisième question certifiée.

[105] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision du juge de première instance et je répondrais aux questions certifiées de la manière suivante :

[TRADUCTION]

1) Quelle est la norme de contrôle applicable relativement à la décision du gouverneur en conseil de désigner les États-Unis d'Amérique comme « tiers pays sûr » conformément à l'article 102 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

Réponse : la norme de la décision correcte;

2) Est-ce que les articles 159.1 à 159.7 (inclusivement) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et l'Entente sur les tiers pays sûrs entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sont *ultra vires* et n'ont aucune valeur ou effet juridique?

Réponse : non;

3) La désignation des États-Unis d'Amérique à titre de « tiers pays sûr », par elle-même ou combinée à la disposition sur l'irrecevabilité de l'alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, viole-t-elle les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et la violation est-elle justifiée au sens de l'article premier?

Réponse : aucune réponse ne peut être donnée à cette étape-ci.

Les parties consentent à prendre en charge leurs propres dépenses.

LE JUGE EN CHEF RICHARD : Je suis d'accord.

* * *

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[106] I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Noël J.A., and gratefully adopt his careful review of the facts. I agree that the appeal should be allowed. I agree also that the applications Judge should not have entertained the respondents' request for declarations that the Regulations are invalid because they are in breach of sections 7 and 15 of the Charter.

[107] However, in my opinion, the reasons for concluding that the applications Judge erred in determining the merits of the Charter challenges to the Regulations are, for the most part, equally applicable to the administrative law challenge. To grant the declaratory relief sought by the respondents would be premature and serve little useful purpose. Since the application for judicial review should have been dismissed without a determination of the substantive issues raised, no questions should have been certified, and none should be answered by this Court.

[108] I would only add that my colleague's reasons do not persuade me that the issues of statutory interpretation and the scope of judicial review raised by the respondents' application are so clear and incontrovertible that they warrant a departure from the guiding principle of judicial restraint that it is generally better to say less than more.

B. LIMITS ON THE AWARD OF DECLARATORY RELIEF

[109] The declaration is a flexible public and private law remedy, unencumbered with historical and technical baggage. Nonetheless, a declaration that the exercise of a statutory power is invalid will not be granted before the issues have ripened sufficiently to make them appropriate for adjudication. It may serve little useful purpose to grant a declaration prematurely, in the absence of concrete facts about an individual whose rights are or may be at stake.

A. INTRODUCTION

[106] J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue, le juge Noël. Je lui suis gré d'avoir procédé à un examen minutieux des faits, auquel je souscris. Je suis d'accord pour dire que l'appel doit être accueilli. Je conviens également que le juge de première instance n'aurait pas dû examiner la requête des intimés visant à obtenir un jugement déclaratoire portant que le Règlement est invalide parce qu'il contrevient aux articles 7 et 15 de la Charte.

[107] Cependant, à mon avis, les motifs étayant la conclusion que le juge de première instance a commis une erreur en se prononçant sur le bien-fondé de la contestation du Règlement fondée sur la Charte s'appliquent également, pour la plupart, à la contestation fondée sur le droit administratif. Il serait prématuré et il ne servirait à peu près à rien de prononcer le jugement déclaratoire demandé par les intimés. Puisque la demande de contrôle judiciaire aurait dû être rejetée sans rendre de décision sur les questions de fond soulevées, aucune question n'aurait dû être certifiée, et la Cour ne devrait répondre à aucune d'entre elles.

[108] Je voudrais seulement ajouter que les motifs de mon collègue ne m'ont pas convaincu que les questions relatives à l'interprétation législative et à la portée du contrôle judiciaire soulevées dans la demande des intimés sont à ce point claires et incontestables qu'elles justifient une dérogation au principe directeur de la retenue judiciaire selon lequel il vaut mieux généralement en dire moins que plus.

B. LIMITES AU JUGEMENT DÉCLARATOIRE

[109] Le jugement déclaratoire est un redressement souple de droit public et privé, qui n'obéit à aucune contrainte historique ou technique. Néanmoins, un jugement déclarant que l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi est invalide ne sera pas prononcé avant que les questions ne soient prêtes à être tranchées. Il ne serait guère utile de prononcer un jugement déclaratoire prématurément, en l'absence de faits concrets concernant une personne dont les droits sont ou peuvent être en jeu.

[110] While courts have entertained requests for declarations in respect of questions which may arise and affect individuals in the future, they must be satisfied that the benefits of making a legal determination outweigh the disadvantages of pronouncing in the abstract. In my opinion, the balance in this case clearly favours judicial restraint.

[111] Litigants seeking declaratory relief have also sometimes been barred by a lack of standing. Before the applications Judge, the appellant had argued that the application should be dismissed on this ground. However, the Judge exercised his discretion to confer public interest standing on the respondents in part because he found that there was no effective alternative method of bringing the validity of the Regulations before the Court. Claimants, he said, could not realistically be expected to make a claim at the Canadian border, only to be sent back to the United States to face the possibility of re-foulement. Accordingly, the applications Judge distinguished *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, on the ground that the potential refugee claimants in that case had an effective alternative remedy because they would be within Canada.

[112] Counsel for the appellant did not pursue before us the question of standing. However, the fact that the respondent organizations are not affected by the outcome of the litigation cannot be altogether separated from the issues of prematurity and utility. The inclusion of John Doe as an applicant does not cure the latter difficulties, even though, having been denied asylum and a withholding of removal from the United States, he may wish to come to Canada to claim refugee protection. I note that, at the time of this litigation, John Doe's claim not to be removed from the United States was being reassessed and he had not applied at the border for refugee protection in Canada.

[113] True, a declaration of invalidity of the Regulations on Charter or administrative law grounds might well assist people like John Doe, who believe that they

[110] Bien que les tribunaux aient examiné des requêtes visant à obtenir des jugements déclaratoires à l'égard de questions qui pourraient être soulevées et influencer sur les personnes à l'avenir, ils doivent être convaincus que les avantages de rendre une décision judiciaire l'emportent sur les inconvénients de statuer dans l'abstrait. À mon avis, la prépondérance en l'espèce favorise nettement la retenue judiciaire.

[111] Les parties qui demandent un jugement déclaratoire en ont aussi parfois été empêchées lorsqu'elles n'avaient pas la qualité pour agir. Devant le juge de première instance, l'appelante avait soutenu que la demande devrait être rejetée pour ce motif. Cependant, le juge a exercé son pouvoir discrétionnaire afin de conférer aux intimés la qualité pour agir dans l'intérêt public en partie parce qu'il estimait qu'il n'y avait pas d'autre méthode efficace pour saisir la Cour de la validité du Règlement. Selon lui, il serait irréaliste de s'attendre à ce que les demandeurs d'asile présentent leur demande d'asile à la frontière canadienne, pour se voir ensuite renvoyés aux États-Unis où ils risquent d'être refoulés. Par conséquent, le juge de première instance a fait une distinction d'avec l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, au motif que les demandeurs éventuels du statut de réfugié dans cette affaire disposaient d'un autre recours efficace parce qu'ils se trouvaient au Canada.

[112] L'avocat de l'appelante n'a pas abordé devant nous la question de la qualité pour agir. Cependant, le fait que les organisations intimées ne soient pas touchées par l'issue du litige ne peut pas être totalement séparé des questions de prématurité et d'utilité. L'ajout de M. Untel en qualité de demandeur ne résout pas ces difficultés, même si, s'étant vu refuser l'asile et un sursis à son renvoi des États-Unis, il est possible qu'il souhaite venir au Canada pour demander l'asile. Je constate que, au moment des présentes procédures, la demande de M. Untel visant à ne pas être renvoyé des États-Unis faisait l'objet d'une nouvelle évaluation et qu'il n'avait pas demandé l'asile à la frontière canadienne.

[113] En effet, un jugement déclaratoire portant que le Règlement est invalide pour des motifs fondés sur la Charte ou le droit administratif pourrait certes aider les

have a better chance of establishing their claim for protection in Canada than in the United States, but are reluctant to come to the border for fear that they will be summarily turned back, and then promptly removed by United States' authorities. If the Regulations were declared to be invalid, of course, they would be assured of access to Canada's refugee determination system.

[114] However, Canadian law respecting refugee protection is only engaged when claimants seek protection from Canadian officials in Canada, including a port of entry. The provisions of neither the international Conventions relied on in this litigation, nor the Charter, require Canada to abstain from enacting regulations which may deter nationals of third countries in the United States from coming to the Canadian border to claim refugee protection or protection from torture. Article 33 of the Refugee Convention (RC) and Article 3 of the Convention against Torture ([hereinafter] CAT) impose a negative obligation not to refoule, not a positive obligation to receive potential claimants: James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), at page 301.

C. BARS TO RELIEF IN THE PRESENT CASE

[115] There are two essential problems with the declarations of invalidity sought in the respondents' application for judicial review with respect to the validity of the Safe Third Country Agreement ([hereinafter] STCA) Regulations. First, they do not match the allegations that, with respect to some categories of claimants, the policy and practice of the United States concerning refugee protection do not comply with international law. Second, they are not tailored to meet the proper concern of Canadian law, namely that claimants for refugee protection in Canada are not returned to a country to face a real risk of removal in contravention of Article 33 of the RC and Article 3 of the CAT. In short, to grant the declarations sought would serve no legitimate purpose and would require the Court to embark on inadequately focussed and abstract inquiries.

personnes comme M. Untel, qui croient qu'elles ont de meilleures chances de démontrer le bien-fondé de leur demande d'asile au Canada qu'aux États-Unis, mais hésitent à venir à la frontière de peur de se faire enjoindre sommairement de faire demi-tour, puis d'être aussitôt renvoyés par les autorités américaines. Si le Règlement était déclaré invalide, ils seraient évidemment assurés d'avoir accès au système de détermination du statut de réfugié du Canada.

[114] Cependant, la législation canadienne relative à la protection des réfugiés s'applique seulement lorsque des demandeurs d'asile demandent la protection auprès des agents canadiens au Canada, y compris à un point d'entrée. Ni les dispositions des conventions internationales invoquées en l'espèce, ni celles de la Charte, n'exigent que le Canada s'abstienne d'adopter des règlements qui pourraient dissuader les ressortissants de tiers pays aux États-Unis de venir à la frontière canadienne pour demander l'asile ou la protection contre la torture. L'article 33 de la Convention sur les réfugiés et l'article 3 de la Convention contre la torture imposent une obligation négative de ne pas refouler, non une obligation positive d'accueillir les demandeurs éventuels : James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge : Cambridge University Press, 2005), à la page 301.

C. OBSTACLES AU REDRESSEMENT EN L'ESPÈCE

[115] Les jugements déclaratoires d'invalidité demandés par les intimés dans leur demande de contrôle judiciaire soulèvent deux problèmes fondamentaux relativement à la validité des dispositions réglementaires relatives à la mise en œuvre de l'Entente sur les tiers pays sûrs ([ci-après] ETPS). Premièrement, ils ne correspondent pas aux allégations selon lesquelles, relativement à certaines catégories de demandeurs d'asile, les politiques et les pratiques des États-Unis en matière de protection des réfugiés ne sont pas conformes au droit international. Deuxièmement, ils ne sont pas adaptés à l'objet véritable de la législation canadienne, à savoir que les demandeurs d'asile au Canada ne soient pas renvoyés dans un pays où ils seront exposés à un risque véritable de renvoi en violation de l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et de l'article 3 de la Convention contre la torture. Bref,

le fait de prononcer les jugements déclaratoires demandés ne servirait aucune fin légitime et obligerait la Cour à s'engager dans des analyses mal ciblées et abstraites.

(i) Declarations of invalidity too broad

[116] The respondents allege that the policy and practice of the United States are non-compliant with Article 33 of the RC and Article 3 of the CAT only with respect to certain categories of claimants. However, to declare the Regulations implementing the STCA to be invalid in their entirety, as the applications Judge did, seriously overshoots the mark.

[117] It is not a satisfactory solution of this difficulty to limit the scope of a declaration of invalidity to the categories of claimants for whom it is alleged that the United States is not a safe third country. The respondents' evidence does not purport to show that there is a real risk that every member of these categories, or significant numbers of them, are, in fact, at real risk of being re-fouled.

(ii) Timing

[118] Whether a country complies with its international obligations may change over time. If, as the respondents allege, the validity of the Regulations depends on the reasonableness of findings made by the Governor in Council about compliance at the time of their promulgation, it would seem very odd to declare them to be invalid, if, at the time of the litigation, the situation had changed and the United States was in compliance. On the other hand, delegated legislation surely cannot be invalid one day and valid the next, or *vice versa*.

[119] For the purpose of ensuring that Canada is not implicated in a refoulement, the only relevant time for determining compliance by the United States is when an individual claims refugee status or protection from torture at the Canadian border and alleges that, if sent back,

i) Jugements déclaratoires d'invalidité de portée trop générale

[116] Les intimés allèguent que les politiques et les pratiques des États-Unis ne respectent pas l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et l'article 3 de la Convention contre la torture uniquement à l'égard de certaines catégories de demandeurs d'asile. Cependant, c'est aller beaucoup trop loin que de déclarer les dispositions réglementaires relatives à la mise en œuvre de l'ETPS invalides dans leur intégralité, comme le juge de première instance l'a fait.

[117] Limiter la portée d'un jugement déclaratoire d'invalidité aux catégories de demandeurs d'asile pour lesquelles il est allégué que les États-Unis ne sont pas un tiers pays sûr ne constitue pas une solution satisfaisante à cette difficulté. La preuve des intimés ne vise pas à démontrer qu'il existe un risque véritable que tous les membres de ces catégories, ou un grand nombre d'entre eux, sont, en effet, exposés à un risque véritable d'être refoulés.

ii) Dates pertinentes

[118] Le fait qu'un pays respecte ses obligations internationales peut changer avec le temps. Si, comme les intimés l'allèguent, la validité du Règlement dépend du caractère raisonnable des conclusions tirées par le gouverneur en conseil au sujet du respect de ces obligations au moment de sa promulgation, il semblerait très étrange de le déclarer invalide si, au moment des présentes procédures, la situation avait changé et que les États-Unis les respectaient. Par ailleurs, la législation déléguée ne peut sûrement pas être invalide un jour et valide le lendemain, ou *vice versa*.

[119] Afin de s'assurer que le Canada n'a pas participé à un refoulement, le seul moment pertinent pour vérifier le respect des obligations internationales par les États-Unis est lorsqu'une personne demande le statut de réfugié ou la protection contre la torture à la frontière canadienne

there is a real risk that she will be refouled by the United States.

(iii) Unwieldy nature of the inquiry

[120] The inquiry that the respondents say is required by this application for judicial review is another indication that it is misconceived. The Court is asked to examine, at large, wide swaths of U.S. refugee policy and practice in order to determine whether it was reasonable for the Governor in Council to conclude that it complied with international law.

[121] The nature and breadth of this inquiry is unlike the more focussed inquiries typically undertaken through the judicial process. Its inherently problematic nature strongly suggests that a court should only be prepared to embark upon it if necessary to protect individuals from being indirectly refouled by officers of the Canadian Border Services Agency in breach of the Charter and Canada's international obligations. As I now seek to demonstrate, it is not necessary.

(iv) Alternative avenue of recourse

[122] I start with two premises. First, unless clearly inconsistent with the statutory text, the IRPA and any regulations made pursuant to it must be construed and applied so as to be consistent with Canada's international obligations in Article 33 of the RC and Article 3 of the CAT. IRPA, paragraph 3(3)(f) expressly says so. Second, regulations cannot be applied to an individual at Canada's border in a manner that breaches their Charter rights.

[123] Article 33 of the RC and Article 3 of the CAT proscribe indirect as well as direct refoulement. Hence, refugee claimants at the Canadian land border may not be turned back to the United States pursuant to the STCA Regulations if they can establish that, if returned, they would face a real risk of their removal by the United States to a country where they have a well-founded fear

et allègue que, si elle est renvoyée, elle sera exposée à un risque véritable d'être refoulée par les États-Unis.

iii) Nature complexe de l'analyse

[120] L'analyse que requiert la présente demande de contrôle judiciaire, selon les intimés, est un autre indice qu'elle est mal comprise. La Cour est appelée à examiner, de façon générale, une grande partie des politiques et des pratiques des États-Unis en matière de statut de réfugié afin de déterminer s'il était raisonnable pour le gouverneur en conseil de conclure qu'elles étaient conformes au droit international.

[121] La nature et l'ampleur de la présente analyse sont différentes de celles des analyses plus ciblées normalement effectuées dans le cadre du processus judiciaire. Sa nature intrinsèquement problématique laisse clairement entendre qu'un tribunal devrait l'envisager seulement s'il est nécessaire de protéger les personnes afin qu'elles ne soient pas refoulées indirectement par les agents de l'Agence des services frontaliers du Canada en violation de la Charte et des obligations internationales du Canada. Je tenterai maintenant de démontrer que ce n'est pas nécessaire.

iv) Autre voie de recours

[122] Je débute par deux principes. Premièrement, à moins d'être manifestement incompatibles avec le libellé de la loi, l'interprétation et la mise en œuvre de la LIPR et de tout règlement d'application doivent avoir pour effet de se conformer aux obligations internationales du Canada énoncées à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture. La LIPR, à l'alinéa 3(3)(f), le mentionne expressément. Deuxièmement, les dispositions réglementaires ne peuvent s'appliquer à une personne à la frontière canadienne de manière à violer ses droits garantis par la Charte.

[123] L'article 33 de la Convention sur les réfugiés et l'article 3 de la Convention contre la torture interdisent le refoulement indirect ainsi que direct. En conséquence, il se peut que les demandeurs du statut de réfugié à la frontière terrestre canadienne ne soient pas renvoyés aux États-Unis en vertu des dispositions réglementaires relatives à l'ETPS s'ils peuvent démontrer que, s'ils étaient

of torture, or persecution on a Convention ground. Such a risk assessment must be made in respect of individual claimants, in light of the United States' law and practice at that time as it pertains to them. A denial of access to Canada's refugee determination system would be subject to an application for leave and for judicial review. These propositions would seem to flow inexorably from *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

[124] Claimants for refugee status at the Canadian land border must already be examined to determine if they are eligible for access to Canada's refugee determination system as falling within one of the categories excluded from the STCA: the presence of a close relative in Canada, for example. The two-level administrative process established for enabling a person claiming a statutory exemption from the STCA is, according to the applications Judge, generally completed within a day. This process could equally well be used to determine whether a person was eligible for a refugee determination in Canada, on the ground that, as a person facing a real risk of refoulement if returned to the United States, the Regulations may not validly be applied to her.

[125] Of course, adding a risk assessment in some cases may increase the time and resources needed to make a decision on eligibility, even though, until a risk of refoulement was established, a full refugee determination would not be required. Nor could a claimant be returned to the United States pending an eligibility determination, unless the United States' authorities provided an assurance that the claimant would not be removed until the eligibility decision had been made. However, I see no viable alternative if refugee claimants are not to be subject to indirect refoulement in violation of their Charter rights and IRPA. No doubt guidelines will be developed to assist officers in making these eligibility determinations.

renvoyés, ils seraient exposés à un risque véritable de renvoi des États-Unis dans un pays où ils craignent avec raison d'être torturés ou persécutés pour des motifs prévus par les Conventions. Il faut procéder à une telle évaluation des risques à l'égard des demandeurs individuels, en fonction du droit et de la pratique aux États-Unis qui les visent à ce moment-là. Le refus de l'accès au système de détermination du statut de réfugié du Canada serait assujéti à une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. Ces propositions semblent découler inexorablement de l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

[124] Les demandeurs du statut de réfugié à la frontière terrestre canadienne doivent avoir déjà été interrogés afin de déterminer s'ils sont admissibles au système de détermination du statut de réfugié du Canada parce qu'ils appartiennent à l'une des catégories exclues de l'ETPS : la présence d'un proche parent au Canada, par exemple. Selon le juge de première instance, le processus administratif en deux étapes permettant à une personne qui demande une exemption prévue par la loi à l'ETPS est généralement achevé en une seule journée. On pourrait également avoir recours à ce processus afin de déterminer si une personne est admissible à présenter une demande de statut de réfugié au Canada, au motif que, étant exposée à un risque véritable de refoulement si elle était renvoyée aux États-Unis, il est possible que le Règlement ne puisse s'appliquer valablement à elle.

[125] Bien entendu, l'ajout d'une évaluation des risques dans certains cas peut se traduire par une augmentation du temps et des ressources nécessaires pour statuer sur l'admissibilité, même si, jusqu'à ce qu'un risque de refoulement ne soit établi, une décision exhaustive quant au statut de réfugié n'est pas exigée. Un demandeur d'asile ne pourrait pas non plus être renvoyé aux États-Unis en attendant la détermination de l'admissibilité, à moins que les autorités américaines n'offrent l'assurance que le demandeur d'asile ne sera pas renvoyé jusqu'à ce que soit rendue la décision sur l'admissibilité. Cependant, je ne vois aucune solution de rechange valable si les demandeurs du statut de réfugié ne font pas l'objet de refoulement indirect en violation de leurs droits garantis par la Charte et la LIPR. Il ne fait aucun doute que des lignes directrices seront élaborées afin d'aider les agents à prendre des décisions concernant l'admissibilité.

[126] In this context, the decision of the House of Lords in *Regina (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 1 A.C. 920 is illuminating. Pursuant to the Dublin Convention [*Convention Determining the State Responsible for Examining Applications for Asylum Lodged in One of the Member State of the European Community*, 15 June 1990, Dublin], an agreement among members of the European Union with broadly similar principles and objectives as the STCA, the Secretary of State had decided to return the applicants, nationals of Sri Lanka, to Germany, their country of first arrival in the European Union, without a determination in the United Kingdom of their refugee claims. The applicants argued that, contrary to Article 33 of the RC, German law did not recognize refugee claims based on persecution by non-state agents and that consequently it would be unlawful for the Secretary of State to return them to Germany to face refoulement.

[127] The House of Lords recognized the existence of a tension between the need to ensure the efficient implementation of international “burden sharing” arrangements for the accelerated return of refugee claimants, and the need to protect fundamental human rights, including those created by Article 33: see paragraphs 58 and 74 [of *Yogathas*].

[128] Thus, it was said, there is a heavy burden on claimants to establish that they face a real risk of refoulement from a country which was considered safe by the Secretary of State and was a party to the relevant international human rights instruments: at paragraph 74. The fact that the law of the “safe country” may not in theory comply with Article 33 of the RC is not in itself sufficient to prevent a lawful return to that country. The question, rather, is a practical one: is there in fact a real risk that the claimant would be refouled if returned: at paragraph 47.

[126] Dans ce contexte, la décision de la Chambre des lords dans *Regina (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 1 A.C. 920, nous éclaire à cet égard. En vertu de la Convention de Dublin [*Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes*, 15 juin 1990, Dublin], entente intervenue entre les pays membres de l'Union européenne dont les principes et les objectifs sont essentiellement similaires à ceux de l'ETPS, le secrétaire d'État a décidé de renvoyer les demandeurs, des ressortissants du Sri Lanka, en Allemagne, le premier pays de l'Union européenne où ils sont arrivés, sans qu'une décision ne soit rendue au Royaume-Uni relativement à leur revendication du statut de réfugié. Les demandeurs ont allégué que, en contravention de l'article 33 de la Convention sur les réfugiés, le droit allemand ne reconnaissait pas les revendications du statut de réfugié fondées sur la persécution par des agents non gouvernementaux et qu'il serait donc illégal que le secrétaire d'État les renvoie en Allemagne où ils risqueraient d'être refoulés.

[127] La Chambre des lords a reconnu l'existence d'un conflit entre la nécessité d'assurer la mise en œuvre efficace des accords internationaux sur le « partage du fardeau » à l'égard du renvoi accéléré des demandeurs du statut de réfugié, et la nécessité de protéger les droits de l'homme fondamentaux, y compris ceux créés aux termes de l'article 33 : voir les paragraphes 58 et 74 [de l'arrêt *Yogathas*].

[128] Ainsi, elle a dit que les demandeurs d'asile doivent s'acquitter d'un lourd fardeau afin de démontrer qu'ils sont exposés à un risque véritable de refoulement de la part d'un pays qui était considéré sûr par le secrétaire d'État et qui était un pays signataire des instruments internationaux pertinents portant sur les droits de l'homme : au paragraphe 74. Le fait que la législation du « pays sûr » peut, en théorie, ne pas respecter l'article 33 de la Convention sur les réfugiés ne suffit pas en soi pour empêcher un renvoi légal dans ce pays. La question est plutôt d'ordre pratique : existe-t-il effectivement un risque véritable que le demandeur d'asile soit refoulé s'il était renvoyé : au paragraphe 47.

[129] The House of Lords also made it clear that, if satisfied that there were substantial grounds for believing that a claimant would be at risk of refoulement if sent back to the country of first arrival, the Secretary of State could not simply return the claimant to that country because of the existence of the “country of first arrival” agreement: at paragraphs 11 and 74. A claimant who establishes a risk of refoulement would then be eligible for a refugee determination in the United Kingdom.

[130] In short, a declaration of invalidity of the STCA Regulations is not required in order to ensure that they are not applied to claimants for protection at the land border in breach of either Canada’s international obligations not to refoule, or the Charter.

D. CONCLUSIONS

[131] For these reasons I would allow the appeal.

APPENDIX I

Impugned Regulations

159.1 The following definitions apply in this section and sections 159.2 to 159.7.

“Agreement” means the Agreement dated December 5, 2002 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.

“claimant” means a claimant referred to in paragraph 101(1)(e) of the Act.

“designated country” means a country designated by section 159.3.

“family member”, in respect of a claimant, means their spouse or common-law partner, their legal guardian, and any of the following persons, namely, their child, father, mother, brother, sister, grandfather, grandmother, grandchild, uncle, aunt, nephew or niece.

“legal guardian”, in respect of a claimant who has not attained the age of 18 years, means a person who has custody of the claimant or who is empowered to act on the claimant’s

[129] La Chambre des lords a également précisé que, si elle était convaincue qu’il y avait des motifs sérieux de croire qu’un demandeur d’asile risquerait d’être refoulé s’il était renvoyé dans le premier pays où il est arrivé, le secrétaire d’État ne pourrait simplement renvoyer le demandeur d’asile dans ce pays en raison de l’existence de l’entente sur le « premier pays d’arrivée » : paragraphes 11 et 74. Un demandeur d’asile qui démontre un risque de refoulement serait ensuite admissible à présenter une demande de statut de réfugié au Royaume-Uni.

[130] Bref, il n’est pas nécessaire de déclarer invalides les dispositions réglementaires relatives à la mise en œuvre de l’ETPS afin de s’assurer qu’elles ne s’appliquent pas aux demandeurs d’asile à la frontière terrestre en violation des obligations internationales du Canada de ne pas refouler ou encore de la Charte.

D. CONCLUSIONS

[131] Pour ces motifs, j’accueillerais l’appel.

ANNEXE I

Dispositions réglementaires contestées

159.1 Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article et aux articles 159.2 à 159.7.

« Accord » L’Entente entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique pour la coopération en matière d’examen des demandes d’asile présentées par des ressortissants de tiers pays en date du 5 décembre 2002.

« demandeur » Demandeur visé par l’alinéa 101(1)e) de la Loi.

« États-Unis » Les États-Unis d’Amérique, à l’exclusion de Porto Rico, des Îles Vierges, de Guam et des autres possessions et territoires de ce pays.

« membre de la famille » À l’égard du demandeur, son époux ou conjoint de fait, son tuteur légal, ou l’une ou l’autre des personnes suivantes : son enfant, son père, sa mère, son frère, sa sœur, son grand-père, sa grand-mère, son petit-fils, sa petite-fille, son oncle, sa tante, son neveu et sa nièce.

« pays désigné » Pays qui est désigné aux termes de l’article 159.3.

behalf by virtue of a court order or written agreement or by operation of law.

“United States” means the United States of America, but does not include Puerto Rico, the Virgin Islands, Guam or any other United States of America possession or territory.

159.2 Paragraph 101(1)(e) of the Act does not apply to a claimant who is a stateless person who comes directly or indirectly to Canada from a designated country that is their country of former habitual residence.

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.

159.4 (1) Paragraph 101(1)(e) of the Act does not apply to a claimant who seeks to enter Canada at

- (a) a location that is not a port of entry;
- (b) a port of entry that is a harbour port, including a ferry landing; or
- (c) subject to subsection (2), a port of entry that is an airport.

(2) Paragraph 101(1)(e) of the Act applies to a claimant who has been ordered removed from the United States and who seeks to enter Canada at a port of entry that is an airport while they are in transit through Canada from the United States in the course of the enforcement of that order.

159.5 Paragraph 101(1)(e) of the Act does not apply if a claimant who seeks to enter Canada at a location other than one identified in paragraphs 159.4(1)(a) to (c) establishes, in accordance with subsection 100(4) of the Act, that

- (a) a family member of the claimant is in Canada and is a Canadian citizen;
- (b) a family member of the claimant is in Canada and is
 - (i) a protected person within the meaning of subsection 95(2) of the Act,
 - (ii) a permanent resident under the Act, or
 - (iii) a person in favour of whom a removal order has been stayed in accordance with section 233;

« tuteur légal » À l’égard du demandeur qui a moins de dix-huit ans, la personne qui en a la garde ou est habilitée à agir en son nom en vertu d’une ordonnance judiciaire ou d’un accord écrit ou par l’effet de la loi.

159.2 L’alinéa 101(1)e) de la Loi ne s’applique pas au demandeur apatride qui arrive directement ou indirectement au Canada d’un pays désigné dans lequel il avait sa résidence habituelle.

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.

159.4 (1) L’alinéa 101(1)e) de la Loi ne s’applique pas au demandeur qui cherche à entrer au Canada à l’un ou l’autre des endroits suivants :

- a) un endroit autre qu’un point d’entrée;
- b) un port, notamment un débarcadère de traversier, qui est un point d’entrée;
- c) sous réserve du paragraphe (2), un aéroport qui est un point d’entrée.

(2) Dans le cas où le demandeur cherche à entrer au Canada à un aéroport qui est un point d’entrée, l’alinéa 101(1)e) de la Loi s’applique s’il est en transit au Canada en provenance des États-Unis suite à l’exécution d’une mesure prise par les États-Unis en vue de son renvoi de ce pays.

159.5 L’alinéa 101(1)e) de la Loi ne s’applique pas si le demandeur qui cherche à entrer au Canada à un endroit autre que l’un de ceux visés aux alinéas 159.4(1)a) à c) démontre, conformément au paragraphe 100(4) de la Loi, qu’il se trouve dans l’une ou l’autre des situations suivantes :

- a) un membre de sa famille qui est un citoyen canadien est au Canada;
- b) un membre de sa famille est au Canada et est, selon le cas :
 - (i) une personne protégée au sens du paragraphe 95(2) de la Loi,
 - (ii) un résident permanent sous le régime de la Loi,
 - (iii) une personne à l’égard de laquelle la décision du ministre emporte sursis de la mesure de renvoi la visant conformément à l’article 233;

(c) a family member of the claimant who has attained the age of 18 years is in Canada and has made a claim for refugee protection that has been referred to the Board for determination, unless

- (i) the claim has been withdrawn by the family member,
- (ii) the claim has been abandoned by the family member,
- (iii) the claim has been rejected, or
- (iv) any pending proceedings or proceedings respecting the claim have been terminated under subsection 104(2) of the Act or any decision respecting the claim has been nullified under that subsection;

(d) a family member of the claimant who has attained the age of 18 years is in Canada and is the holder of a work permit or study permit other than

- (i) a work permit that was issued under paragraph 206(b) or that has become invalid as a result of the application of section 209, or
- (ii) a study permit that has become invalid as a result of the application of section 222;

(e) the claimant is a person who

- (i) has not attained the age of 18 years and is not accompanied by their mother, father or legal guardian,
- (ii) has neither a spouse nor a common-law partner, and
- (iii) has neither a mother or father nor a legal guardian in Canada or the United States;

(f) the claimant is the holder of any of the following documents, excluding any document issued for the sole purpose of transit through Canada, namely,

- (i) a permanent resident visa or a temporary resident visa referred to in section 6 and subsection 7(1), respectively,
- (ii) a temporary resident permit issued under subsection 24(1) of the Act,
- (iii) a status document referred to in subsection 31(3) of the Act,
- (iv) refugee travel papers issued by the Minister of Foreign Affairs, or
- (v) a temporary travel document referred to in section 151;

c) un membre de sa famille âgé d'au moins dix-huit ans est au Canada et a fait une demande d'asile qui a été déferée à la Commission sauf si, selon le cas :

- (i) celui-ci a retiré sa demande,
- (ii) celui-ci s'est désisté de sa demande,
- (iii) sa demande a été rejetée,
- (iv) il a été mis fin à l'affaire en cours ou la décision a été annulée aux termes du paragraphe 104(2) de la Loi;

d) un membre de sa famille âgé d'au moins dix-huit ans est au Canada et est titulaire d'un permis de travail ou d'un permis d'études autre que l'un des suivants :

- (i) un permis de travail qui a été délivré en vertu de l'alinéa 206b) ou qui est devenu invalide du fait de l'application de l'article 209,
- (ii) un permis d'études qui est devenu invalide du fait de l'application de l'article 222;

e) le demandeur satisfait aux exigences suivantes :

- (i) il a moins de dix-huit ans et n'est pas accompagné par son père, sa mère ou son tuteur légal,
- (ii) il n'a ni époux ni conjoint de fait,
- (iii) il n'a ni père, ni mère, ni tuteur légal au Canada ou aux États-Unis;

f) le demandeur est titulaire de l'un ou l'autre des documents ci-après, à l'exclusion d'un document délivré aux seules fins de transit au Canada :

- (i) un visa de résident permanent ou un visa de résident temporaire visés respectivement à l'article 6 et au paragraphe 7(1),
- (ii) un permis de séjour temporaire délivré au titre du paragraphe 24(1) de la Loi,
- (iii) un titre de voyage visé au paragraphe 31(3) de la Loi,
- (iv) un titre de voyage de réfugié délivré par le ministre des Affaires étrangères,
- (v) un titre de voyage temporaire visé à l'article 151;

(g) the claimant is a person

(i) who may, under the Act or these Regulations, enter Canada without being required to hold a visa, and

(ii) who would, if the claimant were entering the United States, be required to hold a visa; or

(h) the claimant is

(i) a foreign national who is seeking to re-enter Canada in circumstances where they have been refused entry to the United States without having a refugee claim adjudicated there, or

(ii) a permanent resident who has been ordered removed from the United States and is being returned to Canada.

159.6 Paragraph 101(1)(e) of the Act does not apply if a claimant establishes, in accordance with subsection 100(4) of the Act, that the claimant

(a) is charged in the United States with, or has been convicted there of, an offence that is punishable with the death penalty in the United States;

(b) is charged in a country other than the United States with, or has been convicted there of, an offence that is punishable with the death penalty in that country; or

(c) is a national of a country with respect to which the Minister has imposed a stay on removal orders under subsection 230(1) or a stateless person who is a former habitual resident of a country or place with respect to which such a stay has been imposed, and if

(i) the stay has not been cancelled under subsection 230(2), and

(ii) the claimant is not identified in subsection 230(3).

159.7 (1) For the purposes of paragraph 101(1)(e) of the Act, the application of all or part of sections 159.1 to 159.6 and this section is discontinued, in accordance with subsections (2) to (6), if

(a) a notice of suspension of the Agreement setting out the period of suspension is publicized broadly in the various regions of Canada by the Minister via information media and on the website of the Department;

(b) a notice of renewal of the suspension of the Agreement setting out the period of renewal of suspension is published in accordance with subsection (6);

g) le demandeur :

(i) peut, sous le régime de la Loi, entrer au Canada sans avoir à obtenir un visa,

(ii) ne pourrait, s'il voulait entrer aux États-Unis, y entrer sans avoir obtenu un visa;

h) le demandeur est :

(i) soit un étranger qui cherche à rentrer au Canada parce que sa demande d'admission aux États-Unis a été refusée sans qu'il ait eu l'occasion d'y faire étudier sa demande d'asile,

(ii) soit un résident permanent qui fait l'objet d'une mesure prise par les États-Unis visant sa rentrée au Canada.

159.6 L'alinéa 101(1)e) de la Loi ne s'applique pas si le demandeur démontre, conformément au paragraphe 100(4) de la Loi, que, selon le cas :

a) il est mis en accusation, aux États-Unis, pour une infraction qui pourrait lui valoir la peine de mort dans ce pays, ou y a été déclaré coupable d'une telle infraction;

b) il est mis en accusation dans un pays autre que les États-Unis pour une infraction qui pourrait lui valoir la peine de mort dans ce pays, ou y a été déclaré coupable d'une telle infraction;

c) il a la nationalité d'un pays — ou, s'il est apatride, avait sa résidence habituelle dans un pays ou un lieu donné — à l'égard duquel le ministre a imposé un sursis aux mesures de renvoi aux termes du paragraphe 230(1) dans la mesure où :

(i) le sursis n'a pas été révoqué en vertu du paragraphe 230(2),

(ii) le demandeur n'est pas visé par le paragraphe 230(3).

159.7 (1) Pour l'application de l'alinéa 101(1)e) de la Loi, il est sursis à l'application de l'ensemble ou de toute partie des articles 159.1 à 159.6 et du présent article, conformément aux paragraphes (2) à (6), dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) un avis de suspension de l'Accord prévoyant la période de suspension est diffusé par le ministre sur l'ensemble du territoire canadien par le truchement des médias d'information et du site Web du ministère;

b) un avis de continuation de la suspension de l'Accord prévoyant la période de suspension est publié conformément au paragraphe (6);

(c) a notice of suspension of a part of the Agreement is issued by the Government of Canada and the Government of the United States; or

(d) a notice of termination of the Agreement is issued by the Government of Canada or the Government of the United States.

(2) Subject to subsection (3), if a notice of suspension of the Agreement is publicized under paragraph (1)(a), sections 159.2 to 159.6 are rendered inoperative for a period of up to three months that shall be set out in the notice, which period shall begin on the day after the day on which the notice is publicized.

(3) If a notice of renewal of the suspension of the Agreement is published under paragraph (1)(b), sections 159.2 to 159.6 are rendered inoperative for the further period of up to three months set out in the notice.

(4) If a notice of suspension of part of the Agreement is issued under paragraph (1)(c), those provisions of these Regulations relating to the application of the Agreement that are referred to in the notice are rendered inoperative for a period that shall be set out in the notice. All other provisions of these Regulations continue to apply.

(5) If a notice of termination of the Agreement is issued under paragraph (1)(d), sections 159.1 to 159.6 and this section cease to have effect on the day set out in the notice

(6) Any notice referred to in paragraph (1)(b), (c) or (d) shall be published in the *Canada Gazette*, Part I, not less than seven days before the day on which the renewal, suspension in part or termination provided for in the notice is effective.

c) un avis de suspension partielle de l'Accord est délivré par le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis;

d) un avis de dénonciation de l'Accord est délivré par le gouvernement du Canada ou le gouvernement des États-Unis.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), dans le cas où un avis de suspension de l'Accord est diffusé aux termes de l'alinéa (1)a), les articles 159.2 à 159.6 sont inopérants à compter du jour suivant la diffusion de l'avis, et ce pour la période d'au plus trois mois prévue dans l'avis.

(3) Dans le cas où un avis de continuation de la suspension de l'Accord est publié aux termes de l'alinéa (1)b), les articles 159.2 à 159.6 sont inopérants pour la période supplémentaire d'au plus trois mois prévue dans l'avis.

(4) Dans le cas où un avis de suspension partielle de l'Accord est délivré aux termes de l'alinéa (1)c), les dispositions du présent règlement portant sur l'application de l'Accord qui sont mentionnées dans l'avis sont inopérantes pour la période qui y est prévue. Les autres dispositions du présent règlement continuent de s'appliquer.

(5) Dans le cas où un avis de dénonciation de l'Accord est délivré aux termes de l'alinéa (1)d), les articles 159.1 à 159.6 et le présent article cessent d'avoir effet à la date prévue dans l'avis.

(6) Tout avis visé aux alinéas (1)b), c) ou d) est publié dans la Gazette du Canada Partie I au moins sept jours avant la date de prise d'effet de la mesure en cause.

APPENDIX II

Evidence cited in respondents' supplementary memorandum of fact and law that post-dates the designation of the U.S. as a safe third country (appeal book, Vol. 1, at page 210 and following)

- Situation of Detainees at Guantanamo Bay, Report of the Rapporteurs, UN Commission on Human Rights E/CN.4/2006.120, February 15, 2006 (paras. 27, 86)
- Human Rights Watch, *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture* (April 2005) (para. 27)

ANNEXE II

Éléments de preuve cités dans le mémoire supplémentaire des faits et du droit des intimés qui sont postérieurs à la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr (dossier d'appel, vol. 1, aux pages 210 et suivantes)

- Situation des personnes détenues à Guantanamo Bay, Rapport des rapporteurs, Commission des droits de l'homme des Nations Unies, E/CN.4/2006.120, 15 février 2006 (par. 27 et 86)
- Human Rights Watch, *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture* (avril 2005) (par. 27)

- *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655 (F.C.A.) (para. 31)
- L. Khandwala, K. Musalo, S. Knight and M. A. K. Hreschyshyn, “The One-Year Bar: Denying protection to *bona fide* refugees, contrary to congressional intent and violative of international law”, *Immigration Briefings* (August 2005) (paras. 49, 50, 55)
- *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 239 (F.C.A.), affirming the difference in standards between the U.S. and Canada regarding the risk of persecution (para. 53, No. (a))
- *Executive Office of Immigration Review Statistical Yearbook 2005*, cited for statistics on acceptance rates in the U.S (para. 53, No. (b))
- *Benslimane v. Gonzales*, 430 F.3d 828, 830 (7th Cir. 2005), cited for the proposition that the U.S. adjudication of refugee cases at the administrative level has fallen below the minimum standards of legal justice (para. 53, No. (e))
- *Arias v. Ashcroft* 143 Fed.Appx. 464 (August 2, 2005)
- *Bermudez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 286 (para. No. 56(c))
- *Matter of S-B-*, 24 I&N Dec. 42 (BIA 2006), for the proposition that the REAL ID Act (May 2005), diverges from previous adopted standards regarding credibility (para. 63)
- Conclusions and recommendations from the Committee against Torture: Canada, July 7, 2005 (para. 76)
- European Parliament, *Interim Report on the Alleged Use of European Countries by the CIA for the Transportation and Illegal Detention of Prisoners 2006/2027* (INI) Final A6-9999/2006, June 2006 (para. 79).
- Parry, Hohin T., “The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees” (2005) *Melbourne JIL* 516 (paras. 79, 86)
- *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655 (C.A.F.) (par. 31)
- L. Khandwala, K. Musalo, S. Knight et M. A. K. Hreschyshyn, « The One-Year Bar: Denying protection to *bona fide* refugees, contrary to congressional intent and violative of international law », *Immigration Briefings* (août 2005) (par. 49, 50 et 55)
- *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 239 (C.A.F.), reconnaissant les normes différentes qui s’appliquent aux États-Unis et au Canada quant au risque de persécution (par. 53, n° (a))
- *Executive Office of Immigration Review Statistical Yearbook 2005*, cité pour les statistiques sur les taux d’acceptation aux États-Unis (par. 53, n° (b))
- *Benslimane v. Gonzales*, 430 F.3d 828, 830 (7th Cir. 2005), cité relativement à la proposition selon laquelle le processus décisionnel administratif concernant les demandes d’asile aux États-Unis ne respectait pas les normes minimale de justice (par. 53, n° (e))
- *Arias v. Ashcroft*, 143 Fed.Appx. 464 (2 août 2005)
- *Bermudez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 286 (par. 56, n° (c))
- *Matter of S-B-*, 24 I&N Dec. 42 (BIA 2006), concernant la proposition selon laquelle la REAL ID Act (mai 2005) ne correspond pas aux normes adoptées précédemment au regard de la crédibilité (par. 63)
- Conclusions et recommandations du Comité contre la torture, Canada, 7 juillet 2005 (par. 76)
- Parlement européen, *Rapport intérimaire sur l’utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers 2006/2027* (INI) Final A6-9999/2006, juin 2006 (par. 79)
- Parry, Hohin T., « The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees », (2005) *Melbourne JIL* 516 (par. 79 et 86)

- 2006 *American Civil Liberties Union Documents* (para. 81)
- *Detainee Treatment Act of 2005* (para. 81)
- Title X: *Military Commissions Act*, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (Oct. 17, 2006) (para. 81)

Respondents' affidants considered by the applications Judge

** All the affidavits seek to establish the state of U.S. law as of when they were filed—e.g. on or after December 29, 2005

Georgetown affidavits

- Covers the period from October 1999 to June 2005 (appellant's compendium, Tab 3, para. 19; most articles and case law covered relates to 2005, including the REAL ID Act)
- *Diaware v. Gonzales*, 2006 WL 37047 (S. Ct. Jan. 9, 2006); *Sukwanputra v. Gonzales*, 2006 U.S. App. Lexis 1178 (3rd Cir. January 19, 2006)
- *In re Budy Santoso*, A 79 494 698 at 1 (BIA, May 23, 2005) (footnote 31)

Karen Musalo, supplementary affidavit

- BIA decision in *Matter of Kasinga* (June 2006) (appellant's compendium)

Morton Sklar

- Refers to *Auguste v. Ridge*, 395 F.3d 123 (3rd Cir. 2005), for narrow conception of torture for purposes of intent analysis in U.S. law (para. 7)
- Nina Bernstein, "Deportation Case Focuses on Definition of Torture", *N.Y. Times*, March 11, 2005 (para. 9)
- REAL ID Act (May 2005)

- 2006 *American Civil Liberties Union Documents* (par. 81)
- *Detainee Treatment Act of 2005* (par. 81)
- Title X: *Military Commissions Act*, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (17 oct. 2006) (par. 81)

Affidavits produits par les intimés qui ont été pris en compte par le juge de première instance

** Tous les affidavits visent à établir l'état du droit américain à la date de leur dépôt, p. ex. le 29 décembre 2005 ou après cette date.

Affidavits de Georgetown

- Portent sur la période allant d'octobre 1999 à juin 2005 (recueil de l'appelante, onglet 3, par. 19; la plupart des articles et des décisions judiciaires concernent l'année 2005, notamment la REAL ID Act)
- *Diaware v. Gonzales*, 2006 WL 37047 (S. Ct., 9 janvier 2006); *Sukwanputra v. Gonzales*, 2006 U.S. App. Lexis 1178 (3rd Cir., 19 janvier 2006)
- *In re Budy Santoso*, A 79 494 698, 1 (BIA, 23 mai 2005) (note 31)

Karen Musalo, affidavit supplémentaire

- Décision du BIA dans *Matter of Kasinga* (juin 2006) (recueil de l'appelante)

Morton Sklar

- Fait référence à *Auguste v. Ridge*, 395 F.3d 123 (3rd Cir. 2005), pour une conception étroite de la torture aux fins de l'analyse de l'objet de la loi américaine (par. 7)
- Nina Bernstein, « Deportation Case Focuses on Definition of Torture », *N.Y. Times*, 11 mars 2005 (par. 9)
- REAL ID Act (mai 2005)

Deborah Anker (affidavit & supplementary affidavit)

- Bill Freelick, “US Detention of Asylum Seekers: What’s the Problem? What’s the solution?” 10 *Bender’s Immigration Bulletin* 564, p. 570 (April 1, 2005).
- Department of Homeland Security, *Homeland Secretary Michael Chertoff Announces Six-Point Agenda for Department of Homeland Security* (July 13, 2005) to support present lack of general counsel with jurisdiction over all aspects of asylum law and policy in the U.S.; Marcia Coyle, “A swamped DOJ farms out immigration cases; The Workload spread to other divisions and U.S. attorneys nationally” (*National Law Journal*, February 28, 2005); *Tomas v. Ashcroft*, 409 F.3d 1177 (9th Cir. 2005); Jonathan Nelson, “Staking the Pillars of Asylum Law”, 83 *Interpreters Releases* 1 (2006); Ralph Blumenthal, “Chinese Boy Asks for Stay of Deportation, Citing Fear”, *N.Y. Times*, June 7, 2005 (forced return) (para. 4)
- Border Protection, *Antiterrorism, and Illegal Immigration Control Act of 2005* (para. 5)
- Adam Liptak, “Courts Criticize Immigrations Judges’ Handling of Asylum Cases”, *N.Y. Times*, Dec. 26, 2005; *Pasha v. Gonzales*, 2005 U.S. App. LEXIS 28899, 1 (7th Cir. December 29, 2005) in support of jurisprudential problems (para 5)
- REAL ID Act, (May 2005) (para. 15)
- *Zhen Li Iao v. Gonzales*, 400 F.3d 530, 533-535 (7th Cir. 2005), dealing with challenges of establishing credibility (para. 20)
- *Kanchaeveli v. Gonzales*, 2005 U.S. App. LEXIS 11122 (3rd Cir. 2005) (para. 20)
- *Bocova v. Gonzales*, 412 F.3d 257 (1st Cir. 2005) (para. 26)
- See para. 28, footnote 61 for extensive references to case law in 2005 regarding discretionary nature of persecution analysis

Deborah Anker (affidavit et affidavit supplémentaire)

- Bill Freelick, « US Detention of Asylum Seekers: What’s the Problem? What’s the solution? » 10 *Bender’s Immigration Bulletin* 564, p. 570 (1^{er} avril 2005)
- Department of Homeland Security, *Homeland Secretary Michael Chertoff Announces Six-Point Agenda for Department of Homeland Security* (13 juillet 2005), était l’absence actuelle d’un avocat général chargé de tous les aspects du droit et de la politique en matière d’asile aux États-Unis; Marcia Coyle, « A swamped DOJ farms out immigration cases; The Workload spread to other divisions and U.S. attorneys nationally » (*National Law Journal*, 28 février 2005); *Tomas v. Ashcroft*, 409 F.3d 1177 (9th Cir. 2005); Jonathan Nelson, « Staking the Pillars of Asylum Law », 83 *Interpreters Releases* 1 (2006); Ralph Blumenthal, « Chinese Boy Asks for Stay of Deportation, Citing Fear », *N.Y. Times*, 7 juin 2005 (renvoi forcé) (par. 4)
- Border Protection, *Antiterrorism, and Illegal Immigration Control Act of 2005* (par. 5)
- Adam Liptak, « Courts Criticize Immigrations Judges’ Handling of Asylum Cases », *N.Y. Times*, 26 décembre 2005; *Pasha v. Gonzales*, 2005 U.S. App. LEXIS 28899, 1 (7th Cir., 29 décembre 2005), concernant les problèmes jurisprudentiels (par. 5)
- REAL ID Act (mai 2005) (par. 15)
- *Zhen Li Iao v. Gonzales*, 400 F.3d 530, 533-535 (7th Cir. 2005), portant sur la difficulté d’établir la crédibilité (par. 20)
- *Kanchaeveli v. Gonzales*, 2005 U.S. App. LEXIS 11122 (3rd Cir. 2005) (par. 20)
- *Bocova v. Gonzales*, 412 F.3d 257 (1st Cir. 2005) (par. 26)
- Voir le par. 28, note 61, où sont mentionnées de nombreuses décisions judiciaires rendues en 2005 relativement à la nature discrétionnaire de l’analyse concernant la persécution

Eleanor Acer

- United States Commission on International Religious Freedom, *Report on Asylum Seekers in Expedited Removal* (February 2005) (paras. 3, 13)
- Bill Freelick, U.S. Detention of Asylum Seekers and Human Rights, March 1, 2005 (para. 8), for statistics on detention and 2006 President's fiscal budget, which includes a 19 percent increase for the Detention and Removal Office of Department of Homeland Security (para. 13)

Victoria Neilson

- REAL ID Act (May 2005) (para. 8)

Susan Akram

- REAL ID Act (para. 5)
- Susan Akram and Maritza Karmely, "Immigration and Constitutional Consequences of Post 9/11 Policies Involving Arabs and Muslims in the United States: Is "lienage a Distinction without a Difference?" 38 *U.C. Davis L. Rev.* 609 (2005)

Evidence cited in appellant's supplementary memorandum of fact and law, countering the respondents' contention that the U.S. does not comply with the relevant articles of the Conventions, that post-dates the designation of the U.S. as a safe third country (appeal book, Vol. 1, at page 311 and following)

- Senate Report 109-273—Department of Homeland Security Appropriations Bill, 2007 (report issued June 29, 2006) (bill ultimately enacted as Pub. L. 109-295 (October 4, 2006) regarding immigration detentions) (para. 120)
- *Gao v. Gonzales*, C.A. 2nd Cir, Docket No. 04-1874-ag (March 3, 2006), recognizing that forced marriage in China is persecution (para. 131)

Eleanor Acer

- United States Commission on International Religious Freedom, *Report on Asylum Seekers in Expedited Removal* (février 2005) (par. 3 et 13)
- Bill Freelick, U.S. Detention of Asylum Seekers and Human Rights, 1^{er} mars 2005 (par. 8), pour des statistiques sur la détention et le budget fiscal de 2006 du président, qui prévoit une augmentation de 19 p. 100 pour le Detention and Removal Office du Department of Homeland Security (par. 13)

Victoria Neilson

- REAL ID Act (mai 2005) (par. 8)

Susan Akram

- REAL ID Act (par. 5)
- Susan Akram et Maritza Karmely, « Immigration and Constitutional Consequences of Post 9/11 Policies Involving Arabs and Muslims in the United States: Is Alienage a Distinction without a Difference? », 38 *U.C. Davis L. Rev.* 609 (2005)

Éléments de preuve cités dans le mémoire supplémentaire des faits et du droit de l'appelante, afin de réfuter la prétention des intimés selon laquelle les États-Unis ne se conforment pas aux articles pertinents des Conventions, qui sont postérieurs à la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr (dossier d'appel, vol. 1, aux pages 311 et suivantes)

- Senate Report 109-273—Department of Homeland Security Appropriations Bill, 2007 (rapport publié le 29 juin 2006) (le projet a été adopté en tant que Pub. L. 109-295 (4 octobre 2006), et concerne les détentions en matière d'immigration) (par. 120)
- *Gao v. Gonzales*, C.A. 2nd Cir, dossier : 04-1874-ag (3 mars 2006), qui reconnaît que les mariages forcés célébrés en Chine constituent de la persécution (par. 131)

- *Roozbahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1524; *Quevedo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1264; *P.K. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 103, for criticisms of Canada's administrative decision makers (para. 134)
- *Aslam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 189; *El Balazi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 38, in support of the proposition that filing delay in Canada is a significant factor in the assessment of a claimant's well-founded fear of persecution if there is no justification for the delay (para. 167)
- *Herrera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1233; *Laszlo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 456; *Ortiz Juarez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 288; *Lubega v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2006 FC 303; *Sy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (2005), 271 F.T.R. 242 (F.C.); *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 839; *Karanja v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 574; *Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1168; *Allafzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1173; *C.P.H. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 367; *Jara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 973, in support of the proposition that in Canada, the Immigration and Refugee Board, the Federal Court and Federal Court of Appeal have addressed in a similar, if not identical manner as in the U.S., the issues of credibility, documentary corroboration, nexus, persecution and gender persecution (para. 176).
- *Roozbahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1524; *Quevedo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1264; *P.K. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 103, pour des critiques des décideurs administratifs du Canada (par. 134)
- *Aslam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 189; *El Balazi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 38, appuie la proposition selon laquelle le retard concernant le dépôt au Canada sont un facteur important qui doit être pris en considération dans l'évaluation de la crainte fondée de persécution d'un demandeur s'ils ne sont pas justifiés (par. 167)
- *Herrera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1233; *Laszlo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 456; *Ortiz Juarez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 288; *Lubega c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 303; *Sy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 379; *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 839; *Karanja c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 574; *Kim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1168; *Allafzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1173; *C.P.H. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 367; *Jara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 973, au soutien de la proposition selon laquelle au Canada la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont traité les questions de crédibilité, de corroboration documentaire, de lien, de persécution et de persécution fondée sur le sexe d'une manière semblable, sinon identique, aux États-Unis (par. 176)

Appellant's affiants

David Martin

- REAL ID Act, May 11, 2005

Affidavits déposés par l'appelante

David Martin

- REAL ID Act, 11 mai 2005

- Principal U.S. Regulations Relevant to Asylum, Withholding and CAT protection, From Title 8, Code of Federal Regulations (2006) (appellant's compendium, Tab 8)
- Asylum Officer Basic Training Course Manual, draft dated March 3, 2005 (appellant's compendium, Tab 10)
- *Immigration and Nationality Act of 1952*, as amended through July 24, 2006 (appellant's compendium, Tab 19)
- *In re A-H- Respondent*, decided January 26, 2005 (appellant's compendium, Tab 21)
- *Matter of S-K-, Respondent* (March 11, 2008) BIA Tab 25(c)
- *Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law*, December 31, 2005 (appellant's compendium, Tab 32)—draws on case law up to December 31, 2005
- *Comprehensive statistics on U.S. Protection Decisions FY 2001-2005* (Martin affidavit, appeal book, Vol. 6, Tab A)
- *Detainee Treatment Act of 2005*, published December 30, 2005
- Supplementary affidavit, Exhibit U—unpublished BIA decisions reversing an immigration judge's determination regarding corroboration (2005)
- Supplementary affidavit, Exhibit V—unpublished BIA decisions reversing an immigration judge's determination in mixed motive cases (2005)
- Supplementary affidavit, Exhibit X—UNHCR, Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries, Second Quarter, 2006
- Asylum Officer Basic Training Course Manual, May 2006 (appeal book, p. 1665)
- Principaux règlements américains sur l'asile, le sursis et la protection contre la torture, titre 8 du Code of Federal Regulations (2006) (recueil de l'appelante, onglet 8)
- Asylum Officer Basic Training Course Manual, ébauche datée du 3 mars 2005 (recueil de l'appelante, onglet 10)
- *Immigration and Nationality Act of 1952*, modifiée le 24 juillet 2006 (recueil de l'appelante, onglet 19)
- *In re A-H- Respondent*, décision rendue le 26 janvier 2005 (recueil de l'appelante, onglet 21)
- *Matter of S-K-, Respondent* (11 mars 2008), BIA, onglet 25(c)
- *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la Convention*, 31 décembre 2005 (recueil de l'appelante, onglet 32) — traite des décisions rendues jusqu'au 31 décembre 2005
- *Comprehensive statistics on U.S. Protection Decisions FY 2001-2005* (affidavit de M. Martin, dossier d'appel, vol. 6, onglet A)
- *Detainee Treatment Act of 2005*, publiée le 30 décembre 2005
- Affidavit supplémentaire, pièce U — décisions inédites du BIA infirmant la décision d'un juge de l'immigration sur la corroboration (2005)
- Affidavit supplémentaire, pièce V — décisions inédites du BIA infirmant la décision d'un juge de l'immigration dans des cas fondés sur différents motifs (2005)
- Affidavit supplémentaire, pièce X — HCR, Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries, deuxième trimestre, 2006
- Asylum Officer Basic Training Course Manual, mai 2006 (dossier d'appel, p. 1665)

Evidence referred to by the applications Judge post-dating the designation of the U.S. as a safe third country

Éléments de preuve mentionnés par le juge de première instance qui sont postérieurs à la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr

The Safe Third Country Agreement was executed in 2002 and it was given effect by the promulgation of sections 159.1-159.7 of the Regulations, which were published on November 3, 2004, with an effective date of December 29, 2004.

L'Entente sur les tiers pays sûrs a été signée en 2002 et a été mise en œuvre par la prise des articles 159.1 à 159.7 du Règlement, lesquels ont été publiés le 3 novembre 2004 et sont entrés en vigueur le 29 décembre 2004.

(I) One-year time bar & withholding removal

- David Martin affidavit—2005 statistics (reasons, para. 147)
- *El Balazi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 38, for the proposition that Canadian judges have discretion to look at the reasons for the delay in determining whether it will be a factor (reasons, para. 156)
- Anker and Musalo anecdotal evidence—no date (reasons, para. 164)

(II) Categorical exceptions for criminality and terrorism

- *Re A.H.*, 23 I&N Dec 774 (A.G. 2005) January 26, 2005, whereby the Court concluded that it was clear that a person could be refouled if there was a potential belief that a person may pose a danger and interprets broadly the exclusions for terrorist activities (reasons, para. 174)
- *Matter of S-K-*, 23 I&N Dec. 936 (BIA June 8, 2006), affirms the fact that the intent to contribute to a terrorist organization is unnecessary to qualify as providing material support to terrorist activity (reasons, paras. 177, 178)
- *Arias v. Ashcroft*, 143 Fed.Appx. 464 (August 2, 2005), standing for the proposition that duress is not a defence (reasons, para. 180)
- *Kathirgamu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 300, lower bar in Canada for exclusions due to criminality (reasons, para. 189)

I) Interdiction d'un an et sursis du renvoi

- Affidavit de David Martin — statistiques de 2005 (motifs, par. 147)
- *El Balazi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 38, pour la proposition selon laquelle les juges canadiens ont le pouvoir discrétionnaire d'examiner les raisons du retard pour savoir si elles constituent ou non un facteur acceptable (motifs, par. 156)
- Éléments de preuve anecdotiques fournis par MM. Anker et Musalo — non datés (motifs, par. 164)

II) Exceptions dans les cas de criminalité et de terrorisme

- *Re A.H.*, 23 I&N Dec 774 (A.G. 2005) 26 janvier 2005, où le tribunal a conclu qu'il ne faisait aucun doute qu'une personne pouvait être refoulée s'il était possible de croire qu'elle pouvait constituer un danger et a interprété largement les exclusions visant les activités terroristes (motifs, par. 174)
- *Matter of S-K-*, 23 I&N Dec. 936 (BIA, 8 juin 2006), selon laquelle l'intention de contribuer à une organisation terroriste n'est pas nécessaire pour que l'on conclue à la fourniture d'un soutien matériel à une activité terroriste (motifs, par. 177 et 178)
- *Arias v. Ashcroft*, 143 Fed.Appx. 464 (2 août 2005), selon lequel la contrainte n'est pas un moyen de défense (motifs, par. 180)
- *Kathirgamu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 300, exclusions moins importantes au Canada en matière de criminalité (motifs, par. 189)

(III) Interpretation of term “persecution” and claims based on particular social group

- Department of Homeland Security briefs filed in *Matter RA*, February 2004 and February 22, 2005 (reasons, paras. 200-201) (from Musalo affidavit—although Phelan J. concludes insufficient citation to verify this)
- *Bocova v. Gonzales*, 412 F.3d 257 (June 24, 2005), recognizing that persecution is not defined and held that it had to look to the Board of Immigration Appeal decisions to determine the true meaning (reasons, para. 210). This, however, does not support unreasonableness of the decision
- REAL ID Act, May 11, 2005 (reasons, para. 214)

(IV) Corroboration and credibility

- REAL ID Act, May 11, 2005 (reasons, para. 219)

(V) Torture under the CAT

- *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 1 (reasons, para. 243)
- *Immigration Law and Practice*, 2nd ed., looseleaf (Toronto: Butterworths, 2006)
- Maher Arar Report, 2006 (reasons, para. 260)

NOTE

USA Patriot Act 115 Stat. 272 (October 26, 2001)—broadened the scope of the definition of “terrorist activities”, however, many of the Act’s provisions were to sunset beginning December 31, 2005, approximately 4 years after its passage. In addition, the Act has since been amended, the most recent amendments having passed Congress on March 2, 2006 and having been signed into law on March 9, 2006.

III) Interprétation du terme « persécution » et demandes fondées sur l’appartenance à un groupe social

- Mémoires déposés par le Department of Homeland Security dans *Matter RA*, février 2004 et 22 février 2005 (motifs, par. 200 et 201) (de l’affidavit de M^{me} Musalo — le juge Phelan a toutefois considéré que la citation était insuffisante)
- *Bocova v. Gonzales*, 412 F.3d 257 (24 juin 2005), où le tribunal a reconnu que la persécution n’est pas définie et a statué qu’il devait consulter les décisions du Board of Immigration Appeal afin d’en connaître le sens véritable (motifs, par. 210). Cela n’était pas cependant le caractère déraisonnable de la décision.
- REAL ID Act, 11 mai 2005 (motifs, par. 214)

IV) Corroboration et crédibilité

- REAL ID Act, 11 mai 2005 (motifs, par. 219)

V) Torture visée par la Convention contre la torture

- *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 1 (motifs, par. 243)
- *Immigration Law and Practice*, 2^e éd., feuilles mobiles (Toronto, Butterworths, 2006)
- Rapport concernant Maher Arar, 2006 (motifs, par. 260)

REMARQUE

USA Patriot Act, 115 Stat. 272 (26 octobre 2001) — élargit la définition d’[TRADUCTION] « activités terroristes ». Toutefois, un grand nombre de dispositions de cette loi devaient être abrogées à compter du 31 décembre 2005, environ quatre ans après son adoption. De plus, cette loi a été modifiée, les modifications les plus récentes ayant été adoptées par le Congrès le 2 mars 2006 et ayant force de loi depuis le 9 mars 2006.