

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA DÉTENTION DES DEMANDEURS D'ASILE AU CANADA : LES PROTECTIONS GARANTIES AUX RÉFUGIÉS EN DROIT INTERNATIONAL SONT-ELLES RESPECTÉES?

Auteur(s) : Marie-Noël COLLIN
Estibaliz JIMENEZ

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 3

Pages : 751-792

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10218>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10218>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LA DÉTENTION DES DEMANDEURS D'ASILE AU CANADA : LES PROTECTIONS GARANTIES AUX RÉFUGIÉS EN DROIT INTERNATIONAL SONT-ELLES RESPECTÉES?

par Marie-Noël COLLIN*
Estibaliz JIMENEZ**

La migration est perçue par la communauté internationale comme un enjeu sécuritaire. La sécurisation des frontières est devenue une des priorités des États. Au nom de la sécurité nationale, le Canada resserre le contrôle migratoire et intensifie les mesures de maintien de l'ordre aux frontières. Dans la foulée des arrivées de l'Ocean Lady en octobre 2009 et du MV Sun Sea en août 2010, deux bateaux de migrants interceptés dans les eaux canadiennes, le gouvernement canadien adopte le 28 juin 2012 le projet de loi C-31 : la Loi visant à protéger le système d'immigration canadien. Cette loi prévoit notamment une augmentation de l'usage de la détention qui devient automatique lorsqu'un migrant est déclaré « étranger désigné ». Parmi les personnes qui feront l'objet de cette désignation se trouvent des demandeurs d'asiles et des réfugiés qui, au lieu de recevoir la protection internationale du Canada en vertu notamment de la Convention relative au statut des réfugiés, se retrouvent détenus en raison de leur mode d'arrivée. Par l'analyse des protections offertes aux demandeurs d'asile et aux réfugiés et des nouvelles dispositions sur la détention, cet article illustre la difficulté pour le Canada de respecter l'équilibre entre l'objectif de sécurité nationale et la protection des droits des réfugiés et des demandeurs d'asile.

Migration is perceived as a national security issue by the international community. As a result, border security has assumed greater importance over the last twenty to thirty years. In the name of national security, Canada has expanded its control over migratory activities and has strengthened various law enforcement measures at its borders. Incidents including the interception of ships in Canadian waters, namely the Ocean Lady in October of 2009 and the MV Sun Sea in August of 2010, have led to the adoption by Parliament in June of 2012, of Bill C-31 entitled Protecting Canada's Immigration System Act. The Act authorizes the increased use of detention in relation to migratory controls and enables the Minister to designate as irregular, the arrival in Canada of certain groups of foreign nationals, (so-called «designated foreign nationals»), who can then become subject to automatic detention. They may include asylum-seekers and refugees who, instead of benefitting from Canada's international protection, may be detained due to the irregular circumstances surrounding their arrival in this country. In discussing protections for asylum-seekers and refugees in light of the new legislative provisions relating to mandatory detention, the writers posit that this difficult balance between concerns relating to national security and the need to protect refugees and asylum-seekers has yet to be achieved.

*. LL.M Droit avec cheminement en common law et droit transnational, avocate en pratique privée et candidate au doctorat en droit à l'Université Laval.

** Ph.D. Criminologie, professeure au Département de psychoéducation de l'Université du Québec à Trois-Rivières.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	753
1. Les enjeux contemporains en immigration : entre sécurité nationale et protection des migrants..	758
1.1 La souveraineté étatique garante de la sécurité internationale	758
1.2 Le difficile équilibre entre sécurité nationale et protection des réfugiés	759
1.3 Le renforcement des politiques migratoires	761
1.4 Les impacts des mesures de resserrement des frontières sur les demandeurs d'asile	763
2. Les aspects internationaux de la protection des réfugiés	764
2.1 Le cadre législatif : l'obligation de protection internationale	765
2.2 Les lignes directrices concernant la Détermination de réfugiés et demandeurs d'asile en droit international	771
2.2.1 La légalité de la détention.....	771
2.2.2 Principes à respecter en matière de détention arbitraire	774
3. L'arrimage du droit canadien en matière de détention des demandeurs d'asile et des réfugiés avec les garanties internationales	775
3.1 Au Canada : La détention des demandeurs d'asile en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés.....	775
3.2 La Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada resserre la LIPR et favorise la détention des demandeurs d'asile	778
3.3. Les conséquences d'un régime de détention.....	782
3.3.1 Conséquences générales de la détention....	782
3.3.2 Les risques de violations de l'obligation de protection internationale	784
CONCLUSION	790

INTRODUCTION

En 2011, l'instinct de survie et le besoin de sécurité ont poussé plus de 426 000¹ personnes à quitter le contexte sociopolitique difficile de leur pays d'origine vers des pays qualifiés d'industrialisés². Bien que leur vie ait été sévèrement menacée, ils n'ont pu trouver protection auprès des autorités de leur pays d'appartenance puisque, souvent, des violations aux droits de l'homme sont commises par celles-ci³. Afin d'échapper à la persécution, ces personnes sont donc forcées de quitter leur pays et de demander l'asile ailleurs.

Parallèlement, depuis la fin des années 1980, le concept de sécurité nationale a gagné en importance pour les États. Dans le but de protéger leurs frontières et leurs nationaux ainsi que lutter contre le terrorisme international, le crime organisé et l'immigration illégale, dont le trafic de migrants, plusieurs pays ont renforcé leurs règles dans le domaine de l'immigration⁴. En vertu du principe de souveraineté de l'État et de sa responsabilité de protéger ses citoyens à tous les niveaux⁵, celui-ci légifère relativement aux catégories de personnes qui peuvent entrer sur le

-
1. HCR, « Niveaux et tendances de l'asile dans les pays industrialisés », 2011, en ligne : <<http://www.unhcr.fr/4f3928b29.html>> (consulté le 26 juin 2013). (Cette étude ne prend en compte que les 38 pays européens et les 6 pays non européens qui fournissent des statistiques mensuelles sur l'asile au HCR pour un total de 44 pays industrialisés).
 2. Estibaliz JIMENEZ, « L'immigration irrégulière et le trafic des migrants comme ultime recours pour atteindre le Canada : l'expérience migratoire des demandeurs d'asile », (2009) 26-1 *Refuge*, p. 148, 148-150. (Suite à une étude auprès de 25 demandeurs d'asile sur les motifs qui les ont poussés à quitter leur pays, on y cite notamment la guerre, la discrimination, les menaces de mort, le viol, la torture et autres violations graves des droits et libertés de la personne).
 3. *Id.*, p. 150 et 151.
 4. Estibaliz JIMENEZ et François CRÉPEAU (dir.), *La criminalisation de l'immigration*, vol. 46 n°1, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2013.
 5. Barry BUZAN et Ole WOEVER, *Regions and Powers. The Structure of International Security*, New York, Cambridge University Press, 2003, p. 14.

territoire, à celles qui peuvent y résider et sous quelles conditions, à celles qui doivent être déportées et à celles qui peuvent devenir citoyennes⁶.

Dès 1989, l'Australie a implanté le régime de détention obligatoire des migrants ayant accédé au pays irrégulièrement. Les États-Unis, la Grande-Bretagne, la France et d'autres pays d'Europe ont emboîté le pas⁷. Depuis les événements du 11 septembre 2001, le concept de sécurité nationale n'a plus la même signification. Le terrorisme international fait peur et les dirigeants d'État se sont rendus à l'évidence, personne n'est à l'abri. Les mesures déjà prises pour contrer l'immigration irrégulière ont tout simplement acquis une nouvelle légitimité en ces temps d'appréhension⁸.

En vertu de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*⁹, les États contractants ont l'obligation d'accorder la protection internationale aux réfugiés et aux demandeurs d'asile ainsi que de leur donner accès aux garanties offertes par les

-
6. Angela M. BANKS, « Sovereignty, Deference and Deportation. Allocating and Enforcing Immigrant's Rights in the United States and Europe », (2009) 103 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 227, 227.
 7. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Journal des débats*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 3 octobre 2011, « Initiatives ministérielles. Loi visant à empêcher les passeurs d'utiliser abusivement le système d'immigration canadien », 17h45 (L'hon. Jason Kenney); Eleanor ACER, « Living up to America's Values : Reforming the U.S. Detention System for Asylum Seekers », (2002) 20-3 *Refuge* 44; Francesco P. MOTTA, « "Between a Rock and a Hard Place" : Australia's Mandatory Detention of Asylum Seekers », (2002) 20-3 *Refuge* 12.
 8. Idil ATAK, « L'eupéanisation de la politique d'asile », dans Estibaliz JIMENEZ et François CRÉPEAU (dir.), *La criminalisation de l'immigration*, vol. 46 n^o1, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 33; Amandine SCHERRER, « Lutte antiterroriste et surveillance du mouvement des personnes », dans Estibaliz JIMENEZ et François CRÉPEAU (dir.), *La criminalisation de l'immigration*, vol. 46 n^o1, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 15.
 9. *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 137 [*Convention de 1951*].

autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme¹⁰.

Dans les États où un durcissement des politiques migratoires et d'asile a été observé, les taux de rejet des demandes de statut de réfugié sont en hausse¹¹. Des politiques dissuasives comme la détention, l'expulsion, le refoulement, les délais impératifs pour le dépôt d'une demande d'asile et les pratiques administratives qui rendent plus difficile le regroupement familial font partie des mesures prises par les États pour contrôler et dissuader l'immigration irrégulière¹². Toutes ces mesures d'intensification du contrôle des frontières nuisent aux demandeurs d'asile dans leur objectif de franchir les frontières de façon régulière, c'est-à-dire en se conformant à la législation du pays d'accueil. Les voies d'entrées régulières étant plus difficiles à franchir, les demandeurs d'asile sont contraints de faire appel aux passeurs ou aux faux documents pour leur permettre d'atteindre leur but, et bénéficier d'une protection. Paradoxalement, tel un cercle vicieux, le resserrement des frontières devient un des facteurs contributifs de l'augmentation de l'immigration irrégulière et du recours aux passeurs¹³.

Pourtant, le Canada semble vouloir imiter les États-Unis, la France, la Grande-Bretagne, l'Australie et les autres pays ayant décidé de resserrer leurs politiques migratoires. Deux bateaux de

-
10. *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée; Convention relative aux droits de l'enfant; Déclaration universelle des droits de l'homme; Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer; Pacte international relatif aux droits civils et politiques; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.*
 11. Gildas SIMON, « Déplacés, réfugiés et demandeurs d'asile », (2008) 8063 *Documentation photographique* 38, 38.
 12. PROGRAMME DU HAUT COMMISSAIRE, Comité exécutif, *Note sur la protection internationale*, 18^e réunion, Doc. N.U EC/50/SC/CRP.16 (2000), p. 2.
 13. Estibaliz JIMENEZ, « La criminalisation du trafic de migrants au Canada », dans Estibaliz JIMENEZ et François CRÉPEAU (dir.), *La criminalisation de l'immigration*, vol. 46 n°1, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 131.

migrants irréguliers ont été interceptés dans les eaux canadiennes ces dernières années : l'Ocean Lady en octobre 2009 et le Sun Sea en août 2010¹⁴. Au total, ils étaient un peu plus de 500 migrants tamouls demandeurs d'asile et c'est en réaction à ces arrivées, ne représentant que 2 % de l'ensemble des demandes traitées par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié¹⁵, qu'un premier projet de loi a été déposé.

Dans le but d'enrayer le trafic de migrants et de protéger la population canadienne contre les « indésirables », le projet de loi C-49¹⁶, appelé la *Loi visant à empêcher les passeurs d'utiliser abusivement le système d'immigration canadien*, a été déposé pour la première fois le 21 octobre 2010 par l'honorable Vic Toews, ministre de la Sécurité publique. Le projet de loi C-49 est mort au feuillet et a été déposé à nouveau, sous le numéro C-4¹⁷, lors de la nouvelle session parlementaire, le 16 juin 2011. Puis, le 16 février 2012, le ministre de la Citoyenneté, de l'Immigration et du Multiculturalisme a déposé le projet de loi C-31, la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*¹⁸, qui intègre

-
14. Julie BÉCHARD et Sandra ELGERSMA, *Résumé législatif. Projet de loi C-31 : Loi modifiant la loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés, la Loi sur la sûreté du transport maritime et La loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration*, Publication 41-1-C4-F, 2011, p. 11.
 15. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Journal des débats*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 19 septembre 2011, « Initiatives ministérielles. Loi visant à empêcher les passeurs d'utiliser abusivement le système d'immigration canadien », 12h35 (M. Don Davies).
 16. *Loi modifiant la loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés et la Loi sur la sûreté du transport maritime*, projet de loi C-49 (Dépôt et 1^{ère} lecture – 21 octobre 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.) [projet de loi C-49].
 17. *Loi modifiant la loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés et la Loi sur la sûreté du transport maritime*, projet de loi C-4 (Dépôt et 1^{ère} lecture – 16 juin 2011), 1^{ère} sess., 41^e légis. (Can.) [projet de loi C-4].
 18. *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés, la Loi sur la sûreté du transport maritime et la Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration*, projet de loi C-31, (Sanctionné – 28 juin 2012), 1^{ère}

virtuellement le projet de loi C-4. La *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada* a obtenu la sanction royale le 28 juin 2012 et la majorité des changements dans le régime des demandeurs d'asile sont entrés en vigueur à cette date. D'autres articles sont entrés en vigueur les 15 décembre 2012¹⁹ et 29 avril 2013²⁰.

Dorénavant, le ministre de la Sécurité publique peut décider que l'arrivée d'un groupe de personnes au Canada est une « arrivée irrégulière » et les demandeurs d'asile désignés par le ministre, « étrangers désignés », incluant des jeunes de 16 ans et plus, sont automatiquement détenus administrativement avec une possibilité restreinte de demander la libération. Cette population, qui demande la protection du Canada, se retrouve détenue en raison d'impératifs de sécurité avec pour seul motif leur mode d'arrivée. Une question s'impose : est-ce que le Canada, avec la nouvelle réforme de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*²¹, respecte ses engagements internationaux, notamment l'obligation de protection internationale des réfugiés?

sess., 41^e légis. (Can.) [*Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*].

19. *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, L.C. 2012, c. 17, art. 7, 8, 9(1), 17 à 22, 23(1), 29, 33 à 35, 38(1) et (2), 39, 41 à 46, 49 à 51 et 53, entrés en vigueur le 15 décembre 2012, TR/2012-95 (Gaz. Can. II).
20. *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, L.C. 2012, c. 17, art. 4, 6, 9(2), 30, 47 et 78, entrés en vigueur le 29 avril 2013, TR/2013-48 (Gaz. Can. II).
21. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés, la Loi sur la sûreté du transport maritime et la Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration*, L.C. 2012, c. 17 [LIPR].

1. Les enjeux contemporains en immigration : entre sécurité nationale et protection des migrants

1.1 La souveraineté étatique garante de la sécurité internationale

Les États sont les principaux acteurs en jeu lorsqu'il est question de sécurité, agissant avec les pleins pouvoirs que leur confère la souveraineté²². Le climat de peur provoqué par un sentiment de menace terroriste internationale a légitimé le besoin, pour ceux-ci, de se protéger et d'adopter davantage de mesures de resserrement des frontières²³. Aux États-Unis, le *USA Patriot Act*²⁴, est entré en vigueur immédiatement après les événements du 11 septembre 2001. Au Canada, la *LIPR*, contenant de nouvelles dispositions relatives à la sécurité des frontières, a été adoptée juste un mois après les attentats terroristes chez son pays voisin²⁵. De plus, sous les critiques américaines et en réaction aux attentats²⁶, le gouvernement canadien a rapidement renforcé ces mesures avec la *Loi antiterroriste*²⁷ entrée en vigueur le 24 décembre 2001. Cette loi « s'attaque aux organisations terroristes et renforce l'investigation, la poursuite en justice et la prévention des activités terroristes tant au Canada qu'à l'étranger »²⁸. Depuis ce temps, la conciliation entre sécurité nationale et droits de l'homme, notamment des réfugiés, est de plus en plus complexe²⁹.

22. B. BUZAN et O. WOEVER, préc., note 5.

23. Suzanne LALONDE et Roseline MARILLER-RIBET, « L'OTAN: vers une conception élargie de la sécurité », (2007) 37 *R.D.U.S.* 334, 336.

24. *USA Patriot Act*, Pub. L. No 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

25. Cynthia WRIGHT, « Moments of Emergence : Organizing by and with Undocumented and Non-Citizen People in Canada after September 11 », (2003) 21-3 *Refuge* 5, 6.

26. François CRÉPEAU et Estibaliz JIMENEZ, « L'impact de la lutte contre le terrorisme sur les libertés fondamentales au Canada », dans Emmanuelle BRIBOSIA et Anne WEYEMBERGH (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002, à la p. 249.

27. *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, c. 41.

28. F. CRÉPEAU et E. JIMENEZ, préc., note 26.

29. Raquel FREITAS, « Human Security and Refugee Protection September 11: A Reassessment », (2002) 20-4 *Refuge* 34, 35.

1.2 Le difficile équilibre entre sécurité nationale et protection des réfugiés

À première vue, le préambule de la *Convention de 1951* démontre la volonté des États de protéger les réfugiés. Cependant, depuis son entrée en vigueur, les signataires s'inquiètent que le régime du droit d'asile engendre « des charges exceptionnellement lourdes » pour certains d'entre eux et devienne une source de tension entre États du fait de voir une vague de réfugiés déferler à leurs frontières³⁰. Cette dualité persiste aujourd'hui, de façon semblable, et elle est illustrée par la volonté des États de destination de durcir leurs politiques migratoires en s'appuyant sur le principe de souveraineté et en justifiant les mesures restrictives par des impératifs de sécurité nationale ainsi que par la méfiance envers les migrants souvent pris pour des « profiteurs » ou des « abuseurs du système d'immigration ».

Le système de sécurité internationale est en constante évolution depuis la fin de la guerre froide. Depuis la chute du bloc de l'Est, les États ont fait de la sécurité nationale un jalon de leur législation en immigration³¹. La situation internationale actuelle n'inspirant que méfiance aux pays d'accueil, les objectifs de défense nationale et sécurité de la population figurent au premier plan des programmes gouvernementaux dans cette ère marquée par la menace du terrorisme³². L'arrivée de nombreux ressortissants étrangers qui entrent ou résident sans autorisation légale du pays hôte préoccupe les États du fait qu'elle expose les migrants à une grande vulnérabilité, mais surtout du fait qu'ils voient leurs frontières moins sécuritaires et se sentent menacés par les arrivées de migrants irréguliers³³. Ceux-ci voient, dans la

30. Kirsten WALKER, « Defending the 1951 Convention on Refugee », (2003) 17 *Geo. Immigr. L.J.* 583, 593.

31. R. FREITAS, préc., note 29, 35 et 38.

32. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Journal des débats*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 21 juin 2011, « Initiatives ministérielles. Loi visant à empêcher les passeurs d'utiliser abusivement le système d'immigration canadien », 17h25 (L'hon. Vic Toews).

33. *Id.*

procédure d'asile, une porte ouverte par laquelle des terroristes et autres « indésirables » pourraient avoir accès à leur territoire³⁴. Or, jamais il n'a été prouvé que l'accueil de réfugiés par des voies irrégulières augmente le terrorisme³⁵.

Plusieurs États, préoccupés par l'augmentation des migrations irrégulières, le trafic ainsi que la traite de personnes, l'« abus » des procédures d'asile et les difficultés à appliquer les cas déboutés, ont adopté deux modèles afin de régir leurs frontières. Le premier consiste à privilégier les contrôles d'immigration et le second, à réduire la protection internationale comme prévu par la *Convention de 1951* et à faire reposer les protections offertes aux réfugiés sur des bases discrétionnaires³⁶. Malgré l'importance de l'objectif de sécurité nationale, les mesures prises pour la sauvegarder ne doivent pas aller à l'encontre de la sécurité des migrants.

En 1994, dans son *Rapport mondial sur le développement humain*³⁷, le Programme des Nations Unies pour le développement a introduit un nouveau concept : celui de sécurité humaine³⁸, où l'individu, et non l'État, est au centre des préoccupations. Cette notion transcende tous les instruments de protection des droits de

34. Matthew GIBNEY, « Security and the Ethic of Asylum after 11 September », (2002) 13 *Forced Migration Review* 40, 40.

35. E. ACER, préc., note 7, 45 (malgré que plusieurs aient essayé d'y trouver un lien, on a remarqué que les attentats du 11 septembre ont été commis par des citoyens américains arrivés par les voies d'entrée régulières aux États-Unis).

36. PROGRAMME DU HAUT COMMISSAIRE, Comité exécutif, préc., note 12, p. 8.

37. James STUART SPETH, *Rapport mondial sur le développement humain 1994*, Paris, Economica, 1994 [RDH].

38. Mohamed Y. MATTAR, « Human Security or State Security? The Overriding Threat in Trafficking Persons », (2006) 1 *Intercultural Human Rights Law Review* 249; Voir Alice EDWARDS, Carla FERSTMAN et Raquel FREITAS, « Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs », (2010) 22-3 *Int'l J. Refugee L.* 458 (ces dernières suggèrent que le concept de sécurité humaine pourrait même aider à combler ce qu'elles considèrent un « vide juridique » dans le droit international des réfugiés en ce qui concerne leur protection).

l'homme par son universalité et son indivisibilité³⁹. Le RDH identifie sept dimensions à la sécurité humaine : la sécurité économique, l'accès à la nourriture, l'accès aux soins de santé, environnementale, personnelle, publique et politique⁴⁰. Le concept vise à ce que chacun puisse se développer selon son propre potentiel et constitue également une extension du droit à la dignité humaine au sens large⁴¹.

Bien que les événements du 11 septembre 2001 aient eu pour effet de mettre en retrait la notion de sécurité humaine⁴², l'important engouement autour du concept de sécurité nationale avait débuté au tournant des années 1990⁴³. Dans le contexte de sécurité internationale actuel, la résurgence du concept de sécurité nationale pourrait compromettre la sécurité humaine des demandeurs d'asile.

1.3 Le renforcement des politiques migratoires

Le renforcement des politiques migratoires des États se traduit par plusieurs mesures, parfois implantées en réaction aux événements du 11 septembre 2001. Cependant, la plupart étaient déjà en place dès les années 1970⁴⁴. Or, les États se sont donné des pouvoirs supplémentaires en matière d'interception, de détention ou d'expulsion des demandeurs d'asile. Notamment, l'*Entente entre le Canada et les États-Unis sur les tiers pays sûrs*⁴⁵

39. R. FREITAS, préc., note 29.

40. M.Y. MATTAR, préc., note 38, 249.

41. *Id.*

42. Alice EDWARDS, « Human Security and the Rights of Refugees: Transcending Territorial and Disciplinary Borders », (2008) 30 *Mich. J. Int'l L.* 763, 773.

43. R. FREITAS, préc., note 29, 38.

44. Jörg FRIEDRICH, « Defining the International Public Enemy: The Political Struggle behind the Legal Debate on International Terrorism », (2006) 19 *Leiden J. Int'l L.* 69, 70-72.

45. *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 [*Entente sur les tiers pays sûrs*]; cf. UNION EUROPÉENNE, *Règlement (CE) 343/2003 du Conseil du 18 février*

oblige les demandeurs d'asile à faire leur demande dans un ou l'autre pays⁴⁶. En vertu de cette Entente, le Canada et les États-Unis peuvent dorénavant intercepter et expulser les demandeurs d'asile qui ont foulé le sol d'un des pays où ils pouvaient faire une demande d'asile avant d'arriver sur leur territoire, mais qui ne l'ont pas fait⁴⁷. Cette Entente s'applique uniquement à la frontière. Au Canada, l'Entente est contestée puisque les États-Unis ne sont pas toujours considérés un pays sûr pour les réfugiés et parce qu'elle rend la frontière moins sécuritaire étant donné que les demandeurs seront forcés de la traverser irrégulièrement, ce qui met leur vie en péril⁴⁸.

Lors de l'adoption de la *LIPR*, afin de restreindre les demandes d'asile, le Canada a également élargi les catégories d'exclusion du système de détermination du statut de réfugié⁴⁹ en plus de restructurer les catégories de personnes non admissibles ou interdites de territoire et en créer de nouvelles⁵⁰. Dans

2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, 2003, J.O. L 50/1 (le règlement CE 343/2003 qui remplace les Accords de Dublin a les mêmes visées pour l'Europe).

46. Howard ADELMAN, « Refugees and Border Security Post-September 11 », (2002) 20-4 *Refuge* 5, 9.
47. *Entente sur les tiers pays sûrs*, préc., note 45, art. 4.
48. *Canadian Council for Refugees v. Canada*, [2007] R.C.F. 1262; [2008] 3 R.C.F. 806 (la Cour Fédérale, condamne l'Entente. La Cour fédérale avait conclu que les États-Unis ne se conforment pas à la *Convention de 1951* et à la *Convention contre la torture* et que l'Entente sur les tiers pays sûrs constitue une violation des obligations du Canada en vertu de la Charte. Le 27 juin 2008 la Cour d'appel fédérale a invalidé la décision).
49. *LIPR*, art. 101 (« toute demande du statut de réfugié faite par une personne interdite de territoire pour des motifs de sécurité, de grande criminalité, de criminalité organisée ou de violations des droits humains ou internationaux est irrecevable »).
50. Estibaliz, JIMENEZ, « L'immigrant est-il perçu comme une menace pour la sécurité nationale? », dans Denis LAFORTUNE, Jean POUPART et Samuel TANNER, (dir.) *Collectif pour le 50^e anniversaire de l'École de criminologie de l'Université de Montréal : Questions de criminologie*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2010. Les catégories créées en 2001 sont : criminalité, activités de criminalité organisée, sécurité, atteinte aux

l'intention de décourager les demandeurs d'asile à entrer dans les pays de destination de façon irrégulière, le Canada criminalise davantage le passage clandestin par l'augmentation des peines allant jusqu'à une peine d'emprisonnement à perpétuité⁵¹. Finalement, le Canada, comme de nombreux pays occidentaux, prévoit la détention des personnes traversant les frontières sans les documents requis⁵².

1.4 Les impacts des mesures de resserrement des frontières sur les demandeurs d'asile

Les mesures de resserrement des frontières sont, pour les États, des solutions à court terme afin de gérer les arrivées de migrants sur leur territoire et ainsi affirmer leur souveraineté. La crainte de persécution incite chaque année des milliers de personnes à quitter leur pays d'origine par des moyens risqués, décidées à sauver leur vie et celle de leur famille. La fermeture des voies légales d'immigration et les mesures de sécurité aux frontières rendent plus difficile l'accès au pays de destination, ce qui pousse les demandeurs d'asile à avoir recours aux moyens illégaux de migration, dont le trafic de migrants défini par le *Protocole contre le trafic de migrants par terre, air et mer additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*⁵³. Fréquemment dépourvus de papiers

droits humains ou internationaux, motifs sanitaires, motifs financiers, fausses déclarations, manquement à la loi et inadmissibilité familiale.

51. *Id.*; F.P. MOTTA, préc., note 7, 21 (selon l'Australie, pénaliser davantage l'entrée irrégulière permettrait d'éviter le phénomène du « queue jumping », c'est-à-dire d'éviter que des demandeurs d'asile passant par la voie irrégulière obtiennent l'asile avant ceux qui l'ont demandée par la voie régulière. Toutefois, l'existence de ce phénomène n'est pas certaine, de nombreux débats ont eu lieu à ce sujet dans les débats parlementaires sur les projets de loi C-4 et C-31).

52. LIPR, art. 55.

53. *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 12-15 décembre 2000, 2225 R.T.N.U. 209 [CCTO]; *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 12-15 décembre 2000, 2241 R.T.N.U. 519 [*Protocole contre le trafic*] (le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un

d'identité en raison des persécutions dont ils ont été victimes, les réfugiés ont souvent comme seule solution la fuite et l'entrée irrégulière à l'aide d'un « passeur » dans un État d'asile. Le « passeur » est généralement une personne qui « dispose d'un réseau de contact et de connaissances qui lui facilitent la tâche et l'assistent dans la réalisation du passage illégal des frontières afin d'obtenir les documents de voyage »⁵⁴. En échange d'une somme d'argent qui couvre les frais de transport, les pots de vin pour l'obtention des documents falsifiés, l'accompagnement ainsi que la commission du passeur, celui-ci facilite l'entrée illégale dans le pays de destination. Le voyage risque ainsi d'être plus dangereux, coûteux et sous le contrôle des groupes criminels organisés. Une fois arrivés au pays de destination, le statut irrégulier aggrave la situation de vulnérabilité des demandeurs d'asile et il devient un facteur de risque à l'abus sur le plan de la sécurité physique, matérielle et juridique, de toutes parts⁵⁵.

2. Les aspects internationaux de la protection des réfugiés

Le cadre législatif international relatif à la protection des réfugiés se compose de la *Convention de 1951* et du *Protocole relatif au statut des réfugiés*⁵⁶. En complémentarité à ces instruments s'applique ce qui est appelé la *Charte internationale des droits de l'homme*⁵⁷. Celle-ci regroupe la *Déclaration universelle*

avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État).

54. E. JIMENEZ, préc., note 2, 152.

55. Estibaliz JIMENEZ, *Le combat contre le trafic des migrants au Canada: Contrôle migratoire d'abord, lutte au crime organisé ensuite*, Éditions Universitaires Européennes, 2010.

56. 31 janvier 1967, 606 R.T.N.U. 267 [*Protocole de 1967*] (lors de son adoption, la *Convention de 1951* prévoyait des limitations territoriales et temporelles en ce qui concerne la définition du terme « réfugié ». Le *Protocole de 1967* a permis une application universelle des principes de la *Convention de 1951*, éliminant ces limitations).

57. HCR, *Introduction à la protection internationale*, Genève, Département de la protection internationale du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, 2005, p. 36.

*des droits de l'homme*⁵⁸, une déclaration non juridiquement contraignante imposant plutôt une contrainte morale aux États, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁵⁹, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁶⁰, deux traités reprenant les principes de la *DUDH* afin de leur donner une valeur juridique, ainsi que leurs protocoles facultatifs. Certains de ces principes sont également devenus des normes de droit international coutumier au fil du temps. Les États n'étant pas parties aux instruments qui sous-tendent ces principes ont donc tout de même l'obligation de les respecter.

Les demandeurs d'asile et les réfugiés sont également protégés par des droits provenant d'instruments de protection des droits de l'homme plus spécifiques tels la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁶¹, la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*⁶² et le *Protocole contre le trafic*.

2.1 Le cadre législatif : l'obligation de protection internationale

Les États sont responsables au premier chef de protéger les droits de l'homme de toutes les personnes sur leur territoire. C'est au pays dans lequel l'individu a cherché asile qu'incombe la responsabilité primordiale de fournir une *protection internationale*.

La *protection internationale* englobe toutes les actions visant à garantir l'égalité d'accès aux droits des femmes, des hommes, des filles et des garçons [...] et l'exercice de ces droits, conformément aux branches du droit pertinentes, dont le droit international humanitaire, les droits de l'homme et le droit relatif aux réfugiés. Elle comprend des interventions par des États ou par le HCR

-
58. Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G. N.U., 3^e sess., suppl. n°13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (1948) [DUDH].
59. 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 [PIDCP].
60. 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 [PIDESC].
61. 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3 [CRDE].
62. 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85 [*Convention contre la torture*].

en faveur des personnes relevant de la compétence de l'institution, afin de veiller à ce que leurs droits, leur sécurité et leur bien-être soient reconnus et sauvegardés conformément aux normes internationales en la matière. Ces interventions sont notamment les suivantes: respect du principe de non-refoulement; accès à la sécurité; accès à des procédures équitables de détermination du statut de réfugié; normes humaines de traitement et mise en œuvre de solutions durables afin que les réfugiés puissent reconstruire leur vie dans des délais qui sont raisonnables⁶³.

Principe de non-refoulement

Le principe de non-refoulement d'un réfugié est contenu à l'article 33 de la *Convention de 1951*. Celui-ci interdit aux États d'expulser ou de refouler un réfugié, sans égard à la légalité de sa situation dans le pays d'accueil, vers un endroit où sa vie ou sa liberté serait en danger à cause de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. Il est cependant permis aux États d'expulser un réfugié, pour des raisons de sécurité nationale ou si celui-ci a commis un crime particulièrement grave et constitue une menace pour l'État d'accueil⁶⁴. Toutefois, en raison des dispositions de la *Convention contre la torture*, les États ont l'obligation de ne pas expulser le réfugié s'il risque d'être soumis à la torture dans l'État où il serait envoyé⁶⁵. Le *principe de non-refoulement* se trouve aussi dans le droit international coutumier. Aucun État ne peut donc expulser ou refouler un réfugié vers un endroit où sa vie ou sa liberté serait en danger⁶⁶.

63. DIVISION OF INTERNAL PROTECTION SERVICE, *UNHCR & La protection internationale, programme d'introduction à la protection*, 1^{ère} éd., Genève, Haut Commissariat pour les réfugiés, 2006, p. 92.

64. *Convention de 1951*, art. 33(2).

65. *Id.*, art. 3.

66. HCR, préc., note 57, p. 31.

Droit d'asile pour les réfugiés

Corollaire à la défense d'expulsion et de refoulement, une personne victime de persécution a le droit de chercher l'asile et en bénéficier dans un autre pays à condition d'être victime de persécution tel que prévu par l'article 14 de la *DUDH*. Or il n'existe aucune obligation corrélative de la part des États de l'accorder. Tel que mentionné précédemment, bien que pouvant constituer le fondement du droit d'asile, la *DUDH* ne serait pas un instrument contraignant au sens du droit international. En revanche, avec le temps et étant donné qu'aucun État ne s'est prononcé contre son adoption, certains avancent que la *DUDH* pourrait avoir acquis le statut de droit international coutumier⁶⁷.

L'interdiction pour les États d'appliquer une sanction pénale en raison de l'entrée ou du séjour de façon irrégulière

L'une des obligations des États les plus importantes concernant les réfugiés et les demandeurs d'asile est prévue à l'article 31 de la *Convention de 1951*. Elle constitue une limitation au droit des États de contrôler l'entrée et le séjour des étrangers. Il s'agit de la protection des demandeurs d'asile contre les sanctions pénales en raison de l'entrée ou du séjour de façon irrégulière qui doit être interprétée et appliquée à la lumière des événements et circonstances qui affectent les mouvements migratoires⁶⁸. Il doit également être tenu compte des autres instruments de protection des droits de l'homme et conventions internationales connexes comme le *Protocole contre le trafic* qui spécifie que les migrants ne doivent pas faire l'objet de poursuites pénales du seul fait qu'ils ont été l'objet de trafic⁶⁹. Le fondement logique de cette disposition se situe dans le fait qu'il est impossible de s'attendre à ce que

67. Johan D. VAN DER VYER, « The Binding Force of Economic and Social Rights Listed in the Universal Declaration of Human Rights », (2008) 30-1 *Hamline J. Pub. L. & Pol'y* 125, 143 et 144.

68. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, *Summary Conclusions: Article 31 of the 1951 Convention*, Juin 2003, p. 254, en ligne: <<http://www.refworld.org/docid/470a33b20.html>> (consulté le 27 juin 2013).

69. *Protocole contre le trafic*, art. 5; CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, préc., note 68.

toute personne qui fuit la persécution quitte son pays et entre dans le pays d'asile de façon régulière⁷⁰. En effet, la crainte de persécution exigée par la définition de réfugié est relativement grave et la victime n'a pas toujours les moyens ou la possibilité de remplir les formalités administratives qu'exigent les pays d'asile pour l'immigration.

En vertu de l'article 31 de la *Convention de 1951*, les réfugiés *arrivant directement* du pays de persécution ne seront pas sanctionnés du fait de leur entrée ou présence irrégulière, sous réserve qu'ils se présentent *sans délai* aux autorités et leur exposent des *raisons reconnues valables* afin de justifier cette entrée ou présence irrégulière⁷¹. Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés⁷² a spécifié, dans ses *Principes directeurs sur les critères et les normes applicables à la détention des demandeurs d'asile*⁷³, que l'expression « arrivant directement » comprend tant la situation d'un demandeur d'asile qui arrive directement de son pays d'origine, d'un pays de transit, que celle d'un demandeur d'asile qui arrive d'un autre pays où il était impossible d'assurer sa protection et sa sécurité. De manière générale, aucune limite temporelle ne peut être appliquée malgré la présence de l'expression « sans délai »⁷⁴ étant donné la situation particulière de vulnérabilité des demandeurs d'asile. De plus, l'examen des « raisons reconnues valables » exige une analyse de l'ensemble des circonstances entourant la fuite⁷⁵.

Relativement à la teneur des sanctions, toute mesure restreignant les droits et libertés d'une personne en vertu du droit

70. Bemma DONKOH, « Half-Century of International Refugee Protection : who's responsible, what's ahead? », (2000) 18 *Bekerley J. Int'l L.* 260, 261.

71. *Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile*, Genève, HCR, 1999, n°2.

72. [HCR].

73. *Principes directeurs*, préc., note 71.

74. Cf. 8 U.S.C. § 1158 (1952) (aux États-Unis, il y a inadmissibilité à l'obtention du statut de réfugié si la personne n'en a pas fait la demande au plus tard un an après son arrivée).

75. *Principes directeurs*, préc., note 71, n° 4.

international des réfugiés qui n'est pas nécessaire en vertu de l'article 31 (2) serait une violation du paragraphe premier⁷⁶. Selon un consensus de vingt-huit experts en droit des réfugiés, aucune distinction ne doit être faite entre les sanctions de nature administrative et celles de nature judiciaire, c'est-à-dire qu'elles pourraient toutes deux être imposées en violation de l'article 31 (1)⁷⁷.

Droit des réfugiés d'être protégés contre la détention arbitraire

La protection internationale comprend aussi l'ensemble des protections contre la détention arbitraire. Le *PIDCP* et la *CRDE* protègent contre *l'arrestation, la détention et l'exil arbitraires*. De plus, ces textes contiennent des dispositions concernant les conditions de détention. Selon le HCR, une détention serait arbitraire dans les cas où :

elle n'est pas conforme à la législation; si la législation elle-même autorise des pratiques arbitraires ou si elle est mise en œuvre de façon arbitraire; si elle est sélective ou capricieuse ou ne s'accompagne pas de procédures justes et efficaces d'examen. Elle peut également se révéler arbitraire si elle est disproportionnée ou de durée indéterminée⁷⁸.

-
76. *Convention de 1951*, art. 31(2) (« Les États Contractants n'appliqueront pas aux déplacements de ces réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires; ces restrictions seront appliquées seulement en attendant que le statut de ces réfugiés dans le pays d'accueil ait été régularisé ou qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays. (...) »); Guy S. GOODWILL-GILL, « Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection », dans Erika FELLER, Frances NICHOLSON et Volker TURK, *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 185.
77. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, préc., note 68, p. 256.
78. HCR, *Détention des demandeurs d'asile et des réfugiés: le cadre, le problème et la pratique recommandée*, Doc. off. UNHCR, 1999, 15^e séance, Doc. N.U. EC/49/SC/CRP.13 (1999), n^o 10, en ligne : <<http://www.refworld.org/docid/47fdfaf33b5.html>> (consulté le 27 juin 2013).

Détention des enfants

Destinée spécifiquement à la protection et à la sauvegarde du meilleur intérêt des enfants, la *CRDE* complète l'obligation de protection internationale des États en prévoyant que la détention d'un enfant devrait être une mesure de dernier ressort et être aussi courte que possible⁷⁹ puisqu'elle engendre des risques importants pour leur bien-être, leur éducation et leur épanouissement psychologique⁸⁰. Pour toutes les décisions que les États prennent et les actions qu'ils accomplissent concernant un enfant, *l'intérêt supérieur de l'enfant* doit être une considération primordiale, en vertu de l'article 3 de la *CRDE*⁸¹. Selon le HCR, l'intérêt supérieur de l'enfant correspond à son bien-être et il est déterminé en fonction de son âge, son degré de maturité, la présence ou l'absence de ses parents, son environnement et son expérience⁸². De plus, il est prévu que les enfants privés de liberté doivent pouvoir contester la légalité de leur détention et avoir droit à ce qu'une décision rapide soit prise à ce sujet⁸³. Les enfants sont également spécifiquement protégés contre la discrimination par l'article 2 *CRDE*, pendant de l'article 2 *PIDCP*. Enfin, les autorités doivent s'assurer qu'elles prennent les mesures qui s'imposent afin qu'un enfant, demandeur d'asile ou réfugié, seul ou accompagné, puisse être assisté afin de pouvoir jouir de tous les droits qui lui sont reconnus par la *CRDE* et par les autres instruments de protection des droits de l'homme, qu'il soit ou non en détention⁸⁴.

79. *CRDE*, art. 37b).

80. HCR, préc., note 78.

81. *CRDE*, art. 3.

82. *Principes directeurs du HCR relatifs à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant*, Genève, HCR, 2008, p. 14.

83. *CRDE*, art. 37d).

84. *Id.*, art. 22.

Non-discrimination

Maintes fois consacré dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme⁸⁵, le premier grand principe de la *Convention de 1951* est l'obligation, pour les États, d'appliquer celle-ci sans discrimination quant à la race, la religion ou le pays d'origine⁸⁶. De façon complémentaire, la plupart des instruments internationaux de protection des droits de l'homme contiennent une disposition qui protège contre la discrimination, basée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique, l'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation⁸⁷. De plus, des dispositions relatives au droit à une égale protection de la loi, sans distinction ou discrimination basée sur les motifs vus précédemment, sont présentes dans la *DUDH* et le *PIDCP*⁸⁸. Le *PIDCP* renferme aussi un droit, pour les enfants, à la protection de la part de leur famille, de la société et de l'État sans discrimination⁸⁹.

2.2 Les lignes directrices concernant la détention de réfugiés et demandeurs d'asile en droit international

2.2.1 La légalité de la détention

Le HCR définit la détention comme : « le confinement à un lieu limité ou restreint, incluant les prisons, les camps fermés, les espaces de détention dans les zones de transit des aéroports, où la liberté de circulation est substantiellement entravée et où la seule possibilité de quitter cette zone limitée est de quitter le territoire »⁹⁰.

85. Notamment dans la *DUDH*, le *PIDCP* et le *PIDESC*.

86. *Convention de 1951*, art. 3; *DUDH*, art. 2; *PIDCP*, art. 2; *PIDESC*, art. 2.

87. *CRDE*, art. 2 (la protection est plus large, l'origine ethnique et l'incapacité sont ajoutées comme causes de discrimination reconnues); *DUDH*, art. 2; *PIDCP*, art. 2; *PIDESC*, art. 2(2).

88. *DUDH*, art. 7; *PIDCP*, art. 26.

89. *PIDCP*, art. 24(1) (les motifs de discrimination sont les mêmes que ceux antérieurement mentionnés).

90. *Principes directeurs*, préc., note 71, n° 1.

Le HCR a élaboré des lignes directrices et autres manuels, émis des recommandations et des commentaires afin de guider les États dans la manière dont ils doivent honorer leurs obligations à l'égard des réfugiés et des demandeurs d'asile. Puisque ni la *Convention de 1951*, ni le *Protocole de 1967* ne contiennent de mesures permettant leur mise en œuvre forcée, le HCR joue un rôle important au niveau de la surveillance de l'application des protections. Ses avis et commentaires ont donc une grande valeur bien que non juridiquement contraignants⁹¹.

En vertu de la *Conclusion n° 44 (XXXVII) de 1986 du Comité exécutif relative à la détention des réfugiés et des demandeurs d'asile*⁹², la détention des demandeurs d'asile et des réfugiés doit être évitée, parce qu'elle est indésirable en elle-même. Si elle est considérée nécessaire, elle doit être justifiée par l'un des motifs subséquents qui doivent être prévus dans la législation nationale⁹³. La détention doit être équitable et proportionnelle aux objectifs recherchés. La détention des demandeurs d'asile franchissant irrégulièrement les frontières de l'État de destination ne doit pas être automatique et doit se faire à des fins spécifiques et limitées⁹⁴. Selon les *Principes directeurs* l'exigence d'évaluer la nécessité de la détention

ne s'applique pas qu'aux réfugiés officiellement reconnus comme tels, mais également aux demandeurs d'asile en attente de la détermination de leur statut étant donné que la reconnaissance du statut de réfugié ne fait pas d'un individu un réfugié, mais simplement le déclare en être un⁹⁵.

91. HCR, préc., note 57, p. 42 et 43.

92. Comité Exécutif du HCR, *Conclusion No. 44 (XXXVII). Détention des réfugiés et des personnes en quête d'asile*, (13 octobre 1987), en ligne : <<http://www.unhcr.fr/4b30a2581d.html>> (consulté le 27 juin 2013) [*Conclusion n° 44*].

93. AMNESTY INTERNATIONAL, *La détention des migrants, demandeurs d'asile ou réfugiés au regard des normes en matière de droits humains*, Londres, Éditions francophones d'Amnesty International, 2007, p. 8.

94. Comité exécutif du HCR, préc., note 92.

95. *Principes directeurs*, préc., note 71, p. 2.

Selon le HCR, seules quatre exceptions justifient la détention des demandeurs d'asile et des réfugiés. Tout d'abord, lorsque l'identité du demandeur d'asile est indéterminée ou controversée⁹⁶. Deuxièmement, lorsqu'il est nécessaire d'évaluer les éléments de la demande du statut de réfugié⁹⁷. Troisièmement, lorsque les demandeurs d'asile ont détruit leurs documents de voyage ou ont utilisé de faux documents⁹⁸, les autorités de l'État d'asile doivent établir l'absence de bonne foi du demandeur d'asile afin de pouvoir le mettre en détention. Un demandeur d'asile ne doit pas être détenu sur la simple base de l'utilisation frauduleuse de documents ou parce qu'il ne peut fournir ces documents, n'étant pas en mesure de les obtenir dans son pays d'origine. Ce principe est conforme à la protection prévue à l'article 31 de la *Convention de 1951* concernant l'interdiction d'imposer des sanctions pénales aux demandeurs d'asile du fait de leur entrée irrégulière au pays. Quatrièmement, l'exception est possible pour des raisons de sécurité nationale, c'est-à-dire si l'État d'accueil a des raisons de croire que le demandeur d'asile a des antécédents criminels ou certaines affiliations potentiellement dangereuses pour l'ordre public⁹⁹.

Profondément préoccupé par la surutilisation de la détention, le HCR spécifie qu'elle ne doit pas être utilisée « dans le cadre d'une politique de dissuasion des futurs demandeurs d'asile ou pour empêcher ceux ayant déjà soumis une demande de poursuivre la procédure »¹⁰⁰. Dans tous les cas, lorsqu'il y a une volonté de coopérer avec les autorités de la part du demandeur d'asile, il ne devrait pas y avoir de détention. Par ailleurs, des solutions de rechange à la détention devraient être toujours envisagées¹⁰¹.

96. AMNESTY INTERNATIONAL, préc. note 93, p. 29.
97. *Principes directeurs*, préc., note 71, p. 4.
98. Comité exécutif du HCR, préc., note 92.
99. *Id.*
100. *Id.*
101. AMNESTY INTERNATIONAL, préc., note 93.

2.2.2 Principes à respecter en matière de détention arbitraire

Lorsqu'un État applique la détention, plusieurs conditions doivent être respectées afin de satisfaire aux normes internationales. À nouveau, le HCR éclaire les États sur les garanties qu'ils doivent accorder aux demandeurs d'asile en élaborant des critères à considérer en matière de détention arbitraire : « [la détention] doit être prescrite par une loi suffisamment accessible et précise et elle ne doit pas inclure des éléments d'inadéquation ou d'injustice »¹⁰². Entre autres, la loi devrait prévoir les normes régissant la durée de la détention qui se doit d'être raisonnable et déterminée dans tous les cas. Aussi, la période la plus courte possible doit être préconisée¹⁰³. La législation nationale devrait également être accompagnée d'une pratique administrative permettant de faire rapidement la différence entre les réfugiés ou les demandeurs d'asile et les autres étrangers¹⁰⁴. De plus, le Comité permanent de le HCR avance, dans ses normes minimales, que les autorités désirant détenir un demandeur d'asile devraient être obligées de démontrer un besoin impérieux, individualisé pour chaque demandeur d'asile, en relation avec les quatre exceptions à la présomption contre la détention expliquées précédemment¹⁰⁵. Celle-ci ne peut donc être une mesure punitive ou disciplinaire utilisée pour pénaliser l'entrée ou le séjour irrégulier dans l'État d'accueil, en cohérence avec la protection prévue à l'article 31 de la *Convention de 1951*¹⁰⁶.

Force est de constater que le cadre législatif accompagné des documents d'interprétation de le HCR répondrait, en principe, aux besoins des demandeurs d'asile. Pour être protégés adéquatement, ceux-ci doivent avoir accès aux protections prévues par le principe de protection internationale dès leur entrée dans un pays d'asile. À leur arrivée, les demandeurs d'asile sont

102. HCR, préc., note 78.

103. *Id.*

104. *Id.*

105. *Id.*

106. *Principes directeurs*, préc., note 71, p. 5.

psychologiquement fragiles à cause des traitements subis dans leur pays d'origine et souvent dépouillés de leurs biens ainsi que de leurs papiers d'identité en raison des circonstances de leur départ et arrivée dans le pays de destination¹⁰⁷. Ils constituent par conséquent un groupe vulnérable au sein de notre société.

3. L'arrimage du droit canadien en matière de détention des demandeurs d'asile et des réfugiés avec les garanties internationales

3.1 Au Canada : La détention des demandeurs d'asile en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés

La première mouture de la *LIPR* est entrée en vigueur le 28 juin 2002, ayant été sanctionnée le 1^{er} novembre 2001, dans la foulée des attentats du 11 septembre¹⁰⁸. Elle prévoyait déjà, avec son règlement, le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹⁰⁹, un ensemble de dispositions traitant de l'arrestation et de la détention sans mandat d'un étranger¹¹⁰, des critères permettant de détenir un étranger, de la détention des mineurs ainsi que du contrôle des motifs justifiant la détention. L'approche défensive du gouvernement canadien envers les immigrants ne date donc pas d'aujourd'hui.

La *LIPR* donne aux agents de l'Agence des services frontaliers du Canada¹¹¹ le pouvoir d'arrêter et de détenir les résidents permanents et les ressortissants étrangers reconnus

107. Voir E. JIMENEZ, préc., note 2 (pour une étude complète des conditions dans lesquelles les demandeurs d'asile quittent leur pays d'origine).

108. E. JIMENEZ, préc., note 50, p. 5.

109. *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, (2002) DORS/2002-227 (Gaz. Can. II).

110. *LIPR*, art. 2(1) (dans le cadre de la *LIPR*, un étranger est une « personne autre qu'un citoyen canadien ou un résident permanent »).

111. [ASFC].

coupables ou soupçonnés d'infraction à la Loi¹¹². Cette agence relève depuis 2003 du portefeuille de la sécurité publique « qui a été créé dans le but de protéger les Canadiens et de maintenir une société sûre et pacifique »¹¹³. L'ASFC, dans son mandat de gestion frontalière, collabore également avec Citoyenneté et Immigration Canada¹¹⁴, avec la Gendarmerie Royale du Canada, avec le Service canadien du renseignement de sécurité, ainsi qu'avec des organismes provinciaux et municipaux d'exécution de la loi¹¹⁵.

Avant l'entrée en vigueur de la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, les agents de l'ASFC pouvaient détenir un résident permanent ou un ressortissant étranger lors de son entrée au Canada :

- si cela était nécessaire afin de terminer un contrôle;
- s'il y avait des motifs valables de croire que cette personne n'est pas admissible au Canada pour des raisons de sécurité ou parce qu'elle aurait violé les droits de la personne ou les droits internationaux¹¹⁶.

À la suite d'une arrestation, les agents de l'ASFC pouvaient aussi détenir l'étranger si :

- celui-ci présentait un risque de fuite, s'ils avaient des motifs valables de croire que cette personne ne se présentera pas aux procédures d'immigration, par exemple à un contrôle ou une enquête ou encore pour un renvoi du Canada;

112. LIPR, art. 6 et 138-141; ASFC, *Document d'information. Arrestations et détentions*, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/media/facts-faits/007-fra.html>> (consulté le 27 juin 2013).

113. ASFC, *À notre sujet*, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/who-qui-fra.html>> (consulté le 27 juin 2013).

114. [CIC].

115. ASFC, *Document d'information – Assurer la sécurité du Canada*, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/media/facts-faits/055-fra.html>> (consulté le 15 octobre 2012).

116. LIPR, art. 55(3); E. JIMENEZ, préc., note 55.

- celui-ci constituait une menace pour le public en raison d'un passé criminel, violent;
- ils n'étaient pas convaincus de l'identité de celui-ci¹¹⁷.

Aucune limite de temps n'est définie pour la détention et cela peut mener à des détentions exceptionnellement longues pouvant aller à près de six ans dans certains cas¹¹⁸. Par contre, en 2010-2011, la durée moyenne de la détention en matière d'immigration était de 25 jours¹¹⁹. Au niveau mondial, le Canada se situerait donc près de la médiane en ce qui a trait à la durée de la détention selon le *Global Detention Project*, un projet de recherche visant à étudier le rôle de la détention dans l'immigration. La détention pour soupçon de criminalité, risque ou danger pour la sécurité du public ne représente que 5 % des cas¹²⁰. L'incapacité de s'identifier suffisamment semble faire du demandeur d'asile une menace pour la sécurité nationale du Canada.

L'utilisation de ces mesures a été critiquée, notamment par le Conseil canadien pour les réfugiés¹²¹, en raison de la détention de la totalité des 492¹²² passagers sri lankais du MV Sun Sea à leur arrivée, à Vancouver Island, en août 2010 :

117. LIPR, art. 55 (1)(2); E. JIMENEZ, préc., note 55.

118. THE GLOBAL DETENTION PROJECT avec la collab. de Janet CLEVELAND et Alex MACKINNON, « Canada Detention Profile », Program for the Study of Global Migration, Institut universitaire de hautes études internationales et du développement, en ligne : <<http://www.globaldetentionproject.org/countries/americas/canada/introduction.html>> (consulté le 2 juillet 2013).

119. *Id.*

120. Janet CLEVELAND, Rachel KRONICK et Cécile ROUSSEAU, *L'impact du projet de loi C-4 sur la santé mentale des demandeurs d'asile*, Mémoire à être soumis à la Commission parlementaire sur le projet de loi C-4, Montréal, Université McGill, 2012, p. 1.

121. [CCR].

122. ASFC, *Déclaration de l'Agence des services frontaliers du Canada au sujet du MV Sun Sea - Le 16 août 2010*, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/media/jtf-aaf/sunsea-16082010-fra.html>> (consulté le 2 juillet 2013).

La plupart des demandeurs d'asile ne sont pas détenus à leur arrivée au Canada, et ceux qui le sont, sont généralement libérés après quelques jours ou semaines. Or, dans le cas des passagers du MV Sea Sun, le gouvernement exige des preuves de l'identité plus nombreuses que d'habitude, investit de l'énergie et des ressources considérables à la recherche de renseignements défavorables aux passagers, présente des arguments peu convaincants à l'égard de l'inadmissibilité fondés sur des liens tenus supposés avec les LTTE, s'oppose vigoureusement à ce que la Commission de l'immigration et du statut de réfugié libère la personne, et conteste les ordonnances de mise en liberté à la Cour fédérale, même dans des cas impliquant des enfants.¹²³

3.2 La Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada resserre la LIPR et favorise la détention des demandeurs d'asile

Selon le gouvernement conservateur, les passeurs n'ont pas pour but d'aider les migrants, mais de les rendre victimes d'un système illégal dans lequel les passeurs empochent tous les bénéfices monétaires au détriment de la vie des migrants. C'est pour empêcher cette démarche qu'on a adopté la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*¹²⁴. Cette nouvelle loi, qui s'ajoute à une législation déjà oppressive, favorise notamment l'usage de la détention. Plusieurs des dispositions adoptées sont inspirées de la législation australienne en matière de détention des

123. Colleen FRENCH, David POOPALAPILLAI, John TACKABERRY et Roch TASSÉ, « Les défenseurs des droits dénoncent la détention des demandeurs d'asile arrivés sur le MV Sun Sea », *CCR*, 2011, en ligne : <<http://ccrweb.ca/fr/bulletin/11/02/10-0>> (consulté le 2 juillet 2013).

124. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, préc., note 32, 17h25 (L'hon. Vic Toews), 18h25 (Francis Scarpaleggia); CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Journal des débats*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 20 septembre 2011, « Initiatives ministérielles. Loi visant à empêcher les passeurs d'utiliser abusivement le système d'immigration canadien », 13h10 (Mme Judy Sgro); CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Journal des débats*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 6 mars 2012, « Initiatives ministérielles. Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada », 15h15 (L'Hon. Jason Kenney); E. JIMENEZ, préc., note 2.

migrants. Le Ministre de la CIC, Jason Kenney, s'est rendu, en 2010, en Australie où il a notamment visité des centres de détention et discuté des stratégies à adopter en matière de trafic de migrants¹²⁵. Il faut souligner que l'Australie a tout récemment adopté une législation permettant de détenir toute personne arrivée sans visa sur le territoire australien et de l'empêcher de faire une demande de visa par la suite¹²⁶. Le HCR condamne cette législation puisqu'elle empêche les demandeurs d'asile d'avoir accès à des procédures complètes et équitables de détermination du statut de réfugié¹²⁷.

Quant à la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, elle intègre notamment à la *LIPR* deux nouveaux concepts : elle octroie le pouvoir au Ministre de la CIC de désigner une arrivée de migrants comme « arrivée irrégulière » et crée la catégorie d'« étranger désigné » afin de nommer ceux qui font partie du groupe arrivé irrégulièrement. Le tout entraîne plusieurs conséquences pour ceux qui font l'objet de la désignation. La notion d'« arrivée irrégulière » est insérée au nouvel article 20.1(1) de la *LIPR*. Pour qu'il y ait lieu de considérer l'arrivée d'un groupe de personnes¹²⁸ comme irrégulière, le ministre doit être d'avis que le contrôle des personnes faisant partie du groupe en vue, entre autres, d'établir leur identité ou de constater qu'ils sont interdits de territoire ou toute autre enquête les concernant ne pourront avoir lieu « en temps opportun ». Or, il n'y a aucune définition de la notion « en temps opportun » ni dans le projet de loi, ni dans la *LIPR*. De ce fait, il n'est pas actuellement possible de savoir quel

125. THE GLOBAL DETENTION PROJECT, préc., note 118.

126. *Migration Amendment (Unauthorised Maritime Arrivals and Other Measures) Act 2013* (Cth).

127. *UNHCR Statement: Migration Amendment (Unauthorised Maritime Arrivals and Other Measures) Bill 2012*, (31 octobre 2012), en ligne : <http://unhcr.org.au/unhcr/index.php?option=com_content&view=article&id=277:unhcr-statement-migration-amendment-unauthorised-maritime-arrivals-and-other-measures-bill-2012&catid=35:news-a-media&Itemid=63> (consulté le 2 juillet 2013).

128. Le nombre de personnes requises pour former un groupe n'a pas été défini dans le projet de loi C-31, ce qui laisse supposer qu'au-delà d'une personne, il s'agirait d'un groupe.

délai sera convenable pour désigner une « arrivée irrégulière ». Généralement, ces investigations devraient se faire dans les quarante-huit heures qui suivent l'arrivée, ce qui est dans les faits un délai irréaliste dans le cas d'un groupe nombreux¹²⁹.

Un second motif pour lequel le ministre peut désigner l'arrivée comme « irrégulière » est lorsqu'il a des motifs raisonnables de soupçonner qu'il y a eu ou qu'il y aura une « organisation d'entrée illégale » au profit, sous la direction ou en association avec une organisation criminelle ou un groupe terroriste dans un but lucratif¹³⁰. Une « organisation d'entrée illégale » se définit comme l'organisation de l'entrée au Canada d'une ou de plusieurs personnes ou l'incitation, l'aide ou l'encouragement à y entrer en sachant que leur entrée est ou serait en contravention avec la *LIPR* ou en ne se souciant pas de ce fait¹³¹.

Lorsque le ministre effectue une désignation d'« arrivée irrégulière », chaque ressortissant étranger faisant partie du groupe devient automatiquement un « étranger désigné ». Il peut l'éviter s'il détient les visas ou autres documents exigés pour entrer au Canada et que, à la suite d'un contrôle, l'agent d'immigration est convaincu qu'il n'est pas interdit de territoire¹³².

Les impacts de la désignation à titre d'« étranger désigné » sur la détention et la mise en liberté

L'impact le plus important de la désignation « d'étranger désigné » est le fait qu'à son entrée au Canada, le demandeur d'asile est détenu automatiquement. Si la désignation du ressortissant étranger est faite après son entrée au Canada, l'agent d'immigration l'arrête et le détient sans mandat ou lance un mandat d'arrestation et de détention¹³³. Les « étrangers

129. J. BÉCHARD et S. ELGERSMA, préc., note 14, p. 27.

130. *LIPR*, art. 20.1(1)b).

131. *Id.*, art. 117(1).

132. *Id.*, art. 20.1(2).

133. *Id.*, art. 55(3.1).

désignés » sont ensuite détenus jusqu'à l'accueil de leur demande d'asile ou de protection¹³⁴, leur mise en liberté lors d'un contrôle des motifs de la détention¹³⁵ ou jusqu'à leur mise en liberté par ministre en raison de circonstances exceptionnelles¹³⁶.

De plus, le premier contrôle de la détention des « étrangers désignés » se fait uniquement à l'expiration d'un délai de quatorze jours après le début de celle-ci¹³⁷. Par la suite, le contrôle se fait une fois tous les six mois¹³⁸. Les autres étrangers, n'ayant pas fait l'objet d'une telle désignation, peuvent être libérés avant le premier contrôle des motifs de la détention, qui est fait dans les premières quarante-huit heures¹³⁹. Ensuite, il y a un contrôle dans les prochains sept jours et une fois tous les trente jours¹⁴⁰.

Avant d'ordonner la mise en liberté d'un « étranger désigné », la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada évalue l'existence de motifs de détention¹⁴¹. Dans tous les cas où l'identité de l'« étranger désigné » n'a pas été prouvée, peu importe qu'il y ait collaboration de l'intéressé ou non, la mise en liberté lui sera refusée¹⁴². En cas de remise en liberté, la Section de l'immigration devra obligatoirement imposer les conditions qui seront prévues

134. *Id.*, art. 56(2)a).

135. *Id.*, art. 56(2)b).

136. *Id.*, art. 56(2)c) et 58.1).

137. *Id.*, art. 57.1(1).

138. *Id.*, art. 57.1(2).

139. *Id.*, art. 57(1).

140. *Id.*, art. 57(2).

141. Les motifs prévus à l'article 58 LIPR sont : l'étranger est danger pour la sécurité publique, l'étranger se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi à la suite d'une interdiction de territoire, l'étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou pour grande criminalité, criminalité ou criminalité organisée, l'identité de l'étranger n'a pas été prouvée.

142. LIPR, 58d) et e).

par règlement¹⁴³, alors que la remise en liberté d'un ressortissant étranger « régulier » peut se faire sans condition¹⁴⁴.

3.3 Les conséquences d'un régime de détention

3.3.1 Conséquences générales de la détention

Les personnes étrangères retenues au Canada en vertu de la *LIPR* peuvent être détenues dans un établissement correctionnel avec des délinquants de droit commun ou un centre de prévention de l'immigration. La vaste majorité des migrants détenus n'ont commis aucun crime au Canada ni à l'étranger¹⁴⁵. Ceci s'oppose au principe *d'ultima ratio* que devrait être l'usage de la détention de personnes¹⁴⁶.

Pour les réfugiés et les demandeurs d'asile détenus, la détention comme premier contact avec la terre d'asile est très lourde psychologiquement, notamment pour ceux qui ont fui des régimes d'oppression et qui espèrent trouver la protection au Canada¹⁴⁷. Des études démontrent que les demandeurs d'asile détenus sont nombreux à souffrir de problèmes de santé mentale tels que le syndrome de stress post-traumatique, l'automutilation, l'anxiété et la dépression¹⁴⁸. Ces symptômes persistent dans le temps et affectent les individus jusqu'à trois ou quatre ans après les événements. Pire encore, selon une étude conduite par une psychologue et deux psychiatres de l'Université McGill, le taux de

143. *Id.*, art. 58(4).

144. *Id.*, art. 56(1).

145. Catherine GAUVREAU et Glynis WILLIAMS, « Detention in Canada: Are We on the Slippery Slope? », (2002) 20-3 *Refuge* 68, 70.

146. E. JIMENEZ, préc., note 55.

147. Janet CLEVELAND, Véronique DIONNE-BOIVIN et Cécile ROUSSEAU, « L'expérience des demandeurs d'asile détenus au Canada », dans Estibaliz JIMENEZ et François CRÉPEAU (dir.), *La criminalisation de l'immigration*, vol. 46 n°1, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, 107; Delphine NAKACHE, « La détention des demandeurs d'asile au Canada », dans Estibaliz JIMENEZ et François CRÉPEAU (dir.), *La criminalisation de l'immigration*, vol. 46 n°1, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, 83.

148. J. CLEVELAND, R. KRONICK et C. ROUSSEAU, préc., note 120, p. 3.

suicide des demandeurs d'asile détenus serait dix fois plus élevé que celui de la moyenne canadienne¹⁴⁹. À moyen et long terme, cette détention risque de faire obstacle à l'intégration des nouveaux arrivants dans la communauté canadienne¹⁵⁰.

Pour les enfants des parents détenus, la séparation avec leur famille a des conséquences qui se répercutent de façon chronique, tant au niveau psychologique, par un taux de dépression plus élevé, qu'au niveau physique, par de l'hyperglycémie et des problèmes cardiaques causés par un stress élevé. Les enfants séparés de leur famille ont aussi des problèmes de sommeil, de repli sur soi et d'agressivité¹⁵¹.

La détention augmente également la stigmatisation des demandeurs d'asile en raison de la façon dont ils sont traités et nommés – immigrants illégaux, non documentés ou sans autorisation, clandestins, étrangers non désirés, etc. Au lieu d'être considérés comme des victimes qui échappent à la persécution et qui cherchent recevoir une protection, ils sont vus comme ceux qui enfreignent les lois d'immigration, « des abuseurs du système » qui traversent les frontières illégalement, et sont une menace à la sécurité et à la santé des Canadiens¹⁵².

Le régime de détention a aussi un impact économique élevé pour l'ensemble des Canadiens. Le CCR a noté que lors de la détention des passagers du MV Sun Sea, en 2010, l'ASFC aurait engendré des dépenses d'un ordre de 22 millions de dollars et la Commission de l'immigration et du statut du réfugié de 900 000 \$¹⁵³. De plus, une récente étude de la Division de l'évaluation des programmes de la Direction de la vérification

149. J. CLEVELAND, V. DIONNE-BOIVIN et C. ROUSSEAU, préc., note 147; D. NAKACHE, préc., note 147.

150. CCR, « Projet de loi C-4 : Préoccupations majeures », 21 juin 2011, en ligne : <<http://ccrweb.ca/fr/c4-preoccupations-majeures>> (consulté le 2 juillet 2013).

151. J. CLEVELAND, R. KRONICK et C. ROUSSEAU, préc., note 120, p. 23.

152. F. P. MOTTA, préc., note 7, p. 19.

153. C. FRENCH, D. POOPALAPILLAI, J. TACKABERRY et R. TASSÉ, préc., note 123.

interne et de l'évaluation des programmes de l'ASFC a établi que les coûts de détention s'étaient élevés à 45,7 millions de dollars en 2008-2009, soit 3 185 \$ par demandeur d'asile détenu¹⁵⁴.

3.3.2 Les risques de violations de l'obligation de protection internationale

Les réfugiés et les demandeurs d'asile ne choisissent pas nécessairement la destination finale de leur périple ni leur mode d'entrée en ayant connaissance des politiques migratoires du pays d'accueil. Ils fuient la persécution en espérant trouver la protection dans un autre pays et ils exercent un droit de chercher asile prévu par la *DUDH*¹⁵⁵. Or, une fois arrivés au Canada, ils pourraient faire face à une détention automatique, ce qui mettrait en péril leur droit de chercher l'asile. Bien que les objectifs canadiens en matière de sécurité nationale et de lutte contre l'immigration irrégulière soient légitimes, la détention des demandeurs d'asile à leur arrivée au pays en raison de leur mode d'entrée irrégulier risque de bafouer plusieurs droits des réfugiés et des demandeurs d'asile corollaires aux obligations du Canada de protection internationale.

La protection contre l'imposition de sanctions pénales

La détention enlève à un être humain un droit fondamental, le droit à la liberté¹⁵⁶. Tel que mentionné précédemment, la détention, même administrative, serait considérée comme une privation de liberté qui s'apparenterait à une sanction pénale, car une telle mesure prive le réfugié ou le demandeur d'asile de la pleine jouissance de ses droits¹⁵⁷. La nouvelle disposition de la *LIPR* concernant la mise en détention automatique des personnes

154. ASFC, *Programme de détention et de renvoi de l'ASFC - Étude d'évaluation*, 2010, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2010/dr-rd-fra.html#s01>> (consulté le 2 juillet 2013).

155. *DUDH*, art. 14.

156. *DUDH*, art. 3.

157. G. S. GOODWILL-GILL, préc., note 76.

qui sont des « étrangers désignés »¹⁵⁸ va à l'encontre du principe de présomption d'innocence et d'immunité pénale prévue dans l'article 31 de la *Convention de 1951*¹⁵⁹. Afin de pouvoir bénéficier de l'immunité pénale, la seule obligation des réfugiés et demandeurs d'asile est de se présenter sans délai aux autorités et de leur exposer les raisons de leur entrée ou présence irrégulière¹⁶⁰. La mise en détention automatique visant une population spécifique irait à l'encontre du principe de n'utiliser la détention qu'en dernier recours et dans les cas de nécessité tels que définis par le HCR dans ses *Principes directeurs*¹⁶¹.

La protection contre la détention arbitraire

a) Des motifs de détention arbitraires

La détention automatique en vertu des nouvelles dispositions viole le droit à la protection contre la détention arbitraire, prévu par l'article 9 de la *DUDH* et l'article 9 du *PIDCP*, entre autres du fait que les motifs de détention seraient arbitraires. Avec la définition d'« étranger désigné », les migrants, y compris les demandeurs d'asile et les réfugiés, font, dès leur arrivée sur le territoire canadien, l'objet d'une classification qui influencera leurs droits pour la suite du processus d'immigration. En effet, en raison de leur mode d'arrivée irrégulier, les demandeurs d'asile – « étrangers désignés » seraient automatiquement détenus¹⁶², sans motifs autres que leur mode d'arrivée.

Alice Edwards a établi, pour le HCR, un test afin de déterminer si la détention est légitime. Celle-ci doit être nécessaire en vertu du droit international, raisonnable, proportionnelle et non discriminatoire. L'analyse de la nécessité et du caractère raisonnable de la détention se fait en appliquant un critère de

158. LIPR, art. 55(3.1).

159. *Convention de 1951*, art. 31(1).

160. *Id.*, art. 31(1) *in fine*.

161. *Supra*, p. 19; Comité exécutif du HCR, préc., note 92, par. b).

162. LIPR, art. 55(3.1).

proportionnalité entre les motifs de la détention et la privation de liberté¹⁶³. Dans le cas présent, n'ayant, pour la plupart du temps, aucun motif permettant de détenir le demandeur d'asile, la détention ne peut être ni nécessaire, ni raisonnable et encore moins proportionnelle. En l'absence d'un danger pour le public, le seul motif qui pourrait être invoqué pour détenir le demandeur d'asile serait la difficulté d'établir l'identité du demandeur d'asile. Il importe de rappeler qu'en cas de détention, la durée doit être minimale¹⁶⁴. En ce qui concerne la nécessité, elle doit être mesurée pour chaque demandeur d'asile en relation avec les quatre exceptions à la présomption contre la détention prévues en droit international. En proposant la détention immédiate des « étrangers désignés », sans analyse individuelle des motifs qui engendreraient la nécessité de la détention, la nouvelle *LIPR* violerait les protections contre la détention arbitraire¹⁶⁵.

b) L'absence de communication écrite des motifs de détention

L'article 14 de l'*Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*¹⁶⁶ codifie la garantie procédurale fondamentale selon laquelle tous doivent obtenir les motifs de leur détention par écrit, dans une langue qu'ils comprennent en plus d'une explication de leurs droits, entre autres le pouvoir de demander la révision des motifs justifiant la détention, et de la façon d'en jouir. Dans le cadre de la nouvelle *LIPR*, rien de cela n'est prévu¹⁶⁷.

163. HCR, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, par Alice EDWARDS, Genève, 2011, p. 20-22, en ligne: <<http://www.refworld.org/docid/4dc935fd2.html>> (consulté le 2 juillet 2013).

164. HCR, préc., note 78, par. 26 viii).

165. *LIPR*, art. 55(3.1).

166. HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*, A/RES/43/173 (1988).

167. *LIPR*, art. 55(3.1), 56(2) et 57.1).

c) Des délais trop longs pour procéder au contrôle des motifs de détention

La détention des « étrangers désignés » exigée par la nouvelle *LIPR* peut aussi être qualifiée d'arbitraire, car les délais prévus avant de procéder au contrôle des motifs de la détention seraient trop longs. En effet, la détention des « étrangers désignés » ne peut être soumise à un contrôle que quatorze jours après son début malgré toute disposition contraire¹⁶⁸. Cela empêcherait donc des demandeurs d'asile et des réfugiés d'être libérés immédiatement lorsque les motifs de leur détention n'existent plus. La jurisprudence internationale est claire, la détention automatique, obligatoire, et sans possibilité de révision est illégale en droit international¹⁶⁹.

Dans l'affaire *Charkaoui*¹⁷⁰, la Cour suprême a jugé que, dans le cas d'un étranger visé par un certificat de sécurité, « l'absence de contrôle prompt de la détention violait l'article 9 et l'alinéa 10c) de la Charte et qu'elle ne pouvait être justifiée au sens de l'article premier ». En *obiter*, la Cour a soutenu qu'en cas de menace pour la sécurité nationale, il fallait faire preuve de souplesse en ce qui concerne la durée de la détention d'une personne en vertu de la *LIPR* sans toutefois que celle-ci soit privée de son droit à faire contrôler la détention dans les plus brefs délais¹⁷¹.

La jurisprudence du Comité des droits de l'homme a déterminé que l'absence de possibilité de contrôle des motifs de la détention constitue une violation de l'article 9 *PIDCP*¹⁷². La nouvelle *LIPR* prévoit tout de même le contrôle quasi judiciaire des

168. *Id.*, art. 57.1).

169. *Amuur c. France*, 25 juin 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-III.

170. *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350.

171. *Id.*, par. 93.

172. *A. v. Australia*, CCPR/C/59/D/560/1993, (30 avril 1997), (Comité des droits de l'homme), en ligne : <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/30c417539ddd944380256713005e80d3?Opendocument>> (consulté le 2 juillet 2013).

motifs de la détention au nouvel article 57.1. Par contre, dans une autre affaire du Comité des droits de l'homme, *Torres v. Finland*¹⁷³, il a été jugé qu'un délai de sept jours afin d'effectuer un premier contrôle des motifs de la détention sur ordre policier de M. Torres, qu'il a subi en application de la *Loi sur les étrangers*¹⁷⁴, constitue une violation de l'article 9(4) *PIDCP*. Dans cette même affaire, un examen des motifs de détention toutes les deux semaines par la suite a été jugé satisfaisant en vertu des exigences de l'article 9(4) *PIDCP*¹⁷⁵. Malgré qu'il s'agisse d'une détention sur ordre policier, il est permis de questionner si un délai de quatorze jours avant le premier examen des motifs et de six mois par la suite seraient également jugés excessif. Compte tenu de ce qui précède, les délais prévus par la nouvelle *LIPR* en matière de contrôle des motifs de la détention pourraient donc constituer une violation de l'article 9(4) *PIDCP*.

d) L'absence de durée maximale

L'absence de durée maximale de détention en unité de temps, ce qui amène une détention arbitraire¹⁷⁶, alors que la plus courte période devrait être préconisée, soulèverait aussi des débats en droit international. En effet, la nouvelle *LIPR* échoue lorsqu'il s'agit de fixer un délai maximal en unité de temps, ce qui laisse croire que la détention d'un demandeur d'asile « étranger désigné » pourrait être indéfiniment prolongée en raison de délais administratifs dans le traitement de la demande d'asile.

173. *Torres v. Finland*, CCPR/C/38/D/291/1988, (5 avril 1990), (Comité des droits de l'homme), en ligne : <<http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain?page=country&category=&publisher=HRC&type=&coi=fin&rid=&docid=47fdfaf5d&skip=0>> (consulté le 2 juillet 2013).

174. 301/2004.

175. *Torres v. Finland*, préc., note 173.

176. *LIPR*, art. 56(2)a).

La détention des mineurs

Les nouvelles dispositions prévoient la détention automatique des « étrangers désignés » de seize ans ou plus¹⁷⁷. Avec l'adoption de mesures de détention plus rigides, les enfants victimes de la traite de personnes pourraient être détenus par le Canada afin d'être protégés de leurs trafiquants¹⁷⁸.

Il est certain qu'en n'ajoutant pas d'autres dispositions à la *LIPR* ou un règlement d'application qui prévoiraient des exceptions pour la détention des enfants, les nouvelles mesures de détention des « étrangers désignés » âgés entre seize et dix-huit ans violent l'article 37 *CRDE* et vont à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La protection contre la discrimination

Les nouvelles dispositions de la *LIPR* permettent une *catégorisation* et un *traitement différentiel* en matière de détention et de remise en liberté des immigrants basé sur le mode d'arrivée en sol canadien, entre ceux qui franchissent irrégulièrement les frontières et ceux qui arrivent par les voies régulières. Les premiers sont temporairement restreints d'accès à l'ensemble des protections que leur accorde le droit international. Les politiques corollaires mises en place sont justifiées, par les autorités, par la difficulté, en raison des « arrivées massives », de déterminer si les arrivants représentent une menace pour la collectivité canadienne ou encore s'ils font partie d'une catégorie de personnes nécessitant la protection internationale du Canada. Toutefois, ce traitement différentiel va à l'encontre des protections prévues par la *Convention de 1951*¹⁷⁹, par le *PIDCP*¹⁸⁰ et par la *CRDE*¹⁸¹

177. *Id.*, a. 55 (3.1).

178. C. GAUVREAU et G. WILLIAMS, préc., note 145, 69.

179. Art. 3, 31 et 33.

180. Art. 2 et 9.

181. Notamment, il y aurait discrimination dans l'application des articles 22 et 37 *CRDE* puisque la détention automatique dans le régime des « étrangers désignés » ne permettrait pas aux enfants d'obtenir

puisque la détention automatique et les mesures corollaires à la déclaration des « étrangers désignés », telle la procédure de contrôle de la légalité de la détention, sont le fruit d'une politique d'immigration sélective et discriminatoire. La légitimité de ces mesures en regard de la *Charte canadienne* sera certainement remise en question devant la plus haute instance du pays.

CONCLUSION

Cet article s'inscrit dans le contexte actuel de la hausse des déplacements migratoires forcés et, par le fait même, du contrôle des frontières pour des raisons de sécurité nationale et internationale.

En souhaitant contrôler l'immigration afin d'assurer la sécurité nationale et l'ordre public interne, les États referment leurs frontières chaque jour davantage. Il semblerait que les dirigeants des États considérés comme des pays d'accueil croient que l'individualisme étatique, au sens de la fermeture sur les autres et du repli sur soi-même, soit garant de la sécurité nationale tant recherchée. L'atteinte de cet objectif pourrait se faire au détriment de la sécurité humaine des demandeurs d'asile et des réfugiés. En effet, la sécurité économique, sociale et les droits fondamentaux des réfugiés seraient en péril. Or, actuellement, c'est l'ère du chacun-pour-soi dans un monde mondialisé.

Le Canada, avec les nouvelles dispositions de la *LIPR*, resserre les mesures de contrôle des frontières et facilite la détention des migrants qui font l'objet du trafic. Cependant, cette nouvelle *LIPR* bafoue les droits et libertés des demandeurs d'asile prévus dans les instruments internationaux de protection des

l'assistance nécessaire en vertu de l'article 22 CRDE. De plus, détenir automatiquement les enfants - « étrangers désignés » créerait une différence de traitement entre ceux-ci et les enfants qui immigreront par les voies « régulières » sur la simple base de leur mode d'arrivée, ce qui reviendrait à appliquer différemment l'article 37 CRDE à deux catégories d'enfants.

droits de l'homme. Un équilibre doit exister entre les pouvoirs souverains du Canada de protéger ses frontières et les droits fondamentaux des migrants et des réfugiés. Avec les nouvelles mesures prévues par l'adoption de la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada* pour stopper l'entrée illégale, le Canada, comme plusieurs autres pays occidentaux, est *de facto* en train de passer outre l'institution d'asile puisqu'il ne prévoit pas d'alternatives afin que les réfugiés puissent entrer au pays et demander l'asile de façon sécuritaire.

Une présomption contre la détention des demandeurs d'asile devrait prévaloir et à ce titre, des solutions de rechange devraient être envisagées. L'utilisation d'alternatives à la détention pourrait permettre de concilier les intérêts des États en matière de protection des frontières et de sécurité nationale ainsi que leurs obligations de protection internationale des réfugiés.

Les alternatives à la détention basées sur la supervision par la communauté ou par des organisations non gouvernementales connaissent souvent d'excellents taux de réussite. Le Programme de cautionnement de Toronto¹⁸², une alternative à la détention qui permet la remise en liberté plus rapide des étrangers qui sont détenus, est le seul du genre au Canada. Lorsque les autorités remettent en liberté un demandeur d'asile ou un réfugié sous caution, ceux-ci n'ont souvent pas les moyens financiers de remettre une somme d'argent en garantie. Le *Toronto Bail Program* agit comme garant de la caution pour ceux qui ne pourraient pas être libérés autrement et fournit une supervision aux étrangers qui doivent rendre des comptes de façon stricte. Le but du *Toronto Bail Program* est d'éliminer la discrimination monétaire à laquelle font face les étrangers détenus. Le Programme de cautionnement de Toronto coûte entre 12\$ et 16\$ par jour par personne alors que les coûts de la détention oscilleraient entre 110\$ et 180\$ par jour par personne¹⁸³.

182. HCR, préc., note 163, p. 57.

183. ASFC, préc., note 154.

Dans son étude pour le HCR, Alice Edwards a établi que, parmi les solutions de rechange, l'aide juridique, la compréhension du processus d'asile et des obligations relatives à la libération, un support individualisé, des ressources matérielles et de logement adéquates ainsi que la préservation de la dignité des demandeurs d'asile et des réfugiés sont tous des facteurs ayant une influence positive sur la coopération des demandeurs d'asile avec les autorités d'immigration¹⁸⁴.

Enfin, en établissant une procédure administrative, à utiliser lors des arrivées irrégulières, permettant de faire la différence entre les réfugiés et les demandeurs d'asile d'une part et les étrangers d'autre part, les autorités pourraient éviter de détenir arbitrairement des personnes, les demandeurs d'asile et les réfugiés, ne constituant pas une menace pour le Canada, ce qui leur permettrait d'accéder aux protections législatives auxquelles leur statut leur donne droit.

184. HCR, préc., note 163, p. 57.