



LE DÉFI DE LA CHARTE

Réseau ontarien d'éducation juridique

SCÉNARIO DES FAITS Printemps 2012

BENITA SUAREZ

C.

CANADA
(CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

*Le présent scénario de cas a été préparé par le ROEJ dans le cadre du Défi de la Charte. Il s'agit d'une adaptation du problème officiel utilisé pour le **Procès simulé Wilson de 2012**. Le Procès simulé Wilson a été conçu pour honorer la contribution remarquable à la justice canadienne de feu l'honorable Bertha Wilson et, dans l'esprit de cette contribution, pour promouvoir la justice pour les personnes les plus démunies au sein du système judiciaire. L'objectif du Procès simulé Wilson est d'explorer les enjeux juridiques auxquels se confrontent les femmes et les minorités, et de soutenir la formation des étudiants et promouvoir les professions juridiques dans ces domaines où il est urgent d'agir. Le ROEJ aimerait remercier les organisateurs du Procès simulé Wilson de lui avoir donné la permission d'adapter cette ressource de l'école de droit pour les élèves du secondaire.*

Cour fédérale

Date : 20141015

Dossier : IMM-4520-13

Référence : 2014 CF 119

ENTRE :

BENITA SUAREZ

demanderesse

et

**LE MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ
ET DE L'IMMIGRATION**

défendeur

MOTIFS DU JUGEMENT

JUGE ANDERS

Introduction

1. Le 5 août 2012, la demanderesse, Benita Suarez, âgée de 16 ans, s'est enfuie de son pays d'origine, l'Espadrole. Croyant que toute sa famille immédiate était morte et craignant pour sa propre vie, elle a voyagé par voie terrestre et maritime pour finalement arriver à Vancouver, en Colombie-Britannique, sur un bateau de pêche avec 36 autres personnes qui espéraient demander le statut de réfugiés à des fins de protection.

2. Le ministre a désigné l'arrivée du groupe comme une « arrivée irrégulière » en vertu du paragraphe 20.1(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de soupçonner qu'on avait contrevenu au paragraphe 117(1) de la LIPR puisque le trajet de Benita en bateau pour venir au Canada avait été organisé par des passeurs de réfugiés clandestins.

3. En raison de la désignation du ministre et puisque Benita n'avait pas de pièces d'identité, elle a été déclarée « étrangère désignée » et mise en détention. Alors qu'elle était en détention, Benita a appris que sa mère, qu'elle croyait morte, était en vie. Elle avait été gravement blessée dans l'attaque où les autres membres de sa famille ont perdu la vie et était maintenant plongée dans un coma dans un hôpital aux États-Unis; les docteurs croyaient qu'elle ne vivrait pas encore longtemps.

4. Avec l'aide d'un avocat bénévole, Benita a présenté une demande de mise en liberté au ministre afin qu'elle puisse visiter sa mère avant sa mort. Sa demande a été rejetée en raison de son statut d'étrangère désignée; le ministre a également invoqué d'autres préoccupations pour refuser sa demande, comme le fait que Benita n'avait fourni aucune preuve d'identité valide et la possibilité qu'elle tente de se soustraire à la détention si sa demande de réfugié était rejetée.

5. Benita a finalement été libérée 18 mois plus tard, après avoir obtenu le statut de réfugiée. Malheureusement, sa mère était déjà décédée.

6. Benita soumet la présente demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du ministre et demande à cette Cour de déclarer inconstitutionnel, en vertu des articles 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*), le nouveau régime de détention obligatoire pour les étrangers désignés, tel qu'il est prévu dans la LIPR. Pour les motifs qui suivent, je conclus que le régime législatif ne contrevient pas à l'article 7 ni à l'article 15 de la *Charte*; cependant, je conclus que le régime contrevient à l'article 9 de la *Charte* et qu'il ne s'agit pas d'une limite justifiable aux termes de l'article 1.

Les faits

7. Espadrille est un état militaire totalitaire qui a une très mauvaise feuille de route en matière de droits de la personne. Les citoyens du pays ne peuvent pas voyager à l'extérieur des frontières du pays et le gouvernement ne délivre ni pièces d'identité ni documents de voyage à ses citoyens.

8. Le père de Benita était un éminent journaliste en Espadrole et sa mère était une activiste communautaire. En juillet 2012, le père de Benita a publié un article dans lequel il condamnait le chef militaire de l'Espadrole pour divers abus aux droits de la personne et réclamait des élections libres et justes en 2013.

9. Le 5 août 2012, des soldats sont débarqués à la demeure de Benita dans la capitale de l'Espadrole et ont assassiné son père et ses deux frères cadets. Benita a découvert leurs corps lorsqu'elle est revenue à la maison plus tard dans la soirée. La maison familiale avait été saccagée et sa mère avait disparu. Des voisins lui ont raconté ce qui s'était passé et lui ont indiqué que les soldats avaient déclaré avant de partir que la famille de Benita allait servir « d'exemple » pour dissuader toute personne de parler contre le gouvernement. Les voisins ne savaient pas ce qui était arrivé à sa mère; tout ce qu'ils savaient était qu'on avait sorti une personne qui semblait morte ou sans connaissance et ressemblait à sa mère de la maison. Craignant pour sa vie, Benita s'est enfuie de la capitale avec le peu d'argent que sa famille gardait caché dans la maison.

10. Benita a fait son chemin, à pied, jusqu'à une petite ville côtière en Espadrole, où elle est entrée en contact avec un homme qui prévoyait se rendre au Canada en bateau. L'homme a accepté de prendre l'argent que Benita avait récupéré dans la maison en échange d'une place sur son bateau. Deux jours plus tard, Benita est montée dans un bateau de pêche avec 38 autres ressortissants de l'Espadrole. Deux des passagers sont morts en route. Le bateau est arrivé à Vancouver, en Colombie-Britannique, le 16 septembre 2012, et tous les passagers ont été détenus par l'autorité portuaire et interrogés par des agents d'immigration.

11. Benita a dit aux agents d'immigration qu'elle ne pouvait pas retourner en Espadrole car elle craignait pour sa vie. Puisque son pays ne délivre pas de pièces d'identité ni de documents de voyage, Benita n'avait aucune façon de prouver aux agents d'immigration son identité ni sa nationalité. Tous les passagers du bateau de pêche, y compris Benita, ont été déclarés des « étrangers désignés » en vertu des derniers amendements à la LIPR. Benita a présenté une demande d'asile le 17 septembre 2012, mais a été mise en détention, conformément aux amendements apportés à la LIPR.

12. Il était très difficile pour Benita de ne pas savoir ce qui était arrivé à sa mère. L'avocat bénévole qui l'aidait avec sa demande d'asile lui a offert d'effectuer des recherches sur Internet pour voir s'il y avait des nouvelles sur la situation en Espadrole et des reportages sur la mort des membres de sa famille. Le 17 janvier 2013, l'avocat de Benita est tombé sur un reportage qui avait été publié aux États-Unis au sujet d'une femme d'âge moyen et qui, semblait-il, était citoyenne de l'Espadrole et avait quitté le pays après avoir échappé au gouvernement militaire qui la gardait en captivité. L'article indiquait ensuite qu'il était une activiste communautaire et la femme d'un éminent journaliste qui avait été assassiné après avoir parlé contre le gouvernement. La femme avait été torturée alors qu'elle était en captivité, mais avait réussi à s'échapper. Avec l'aide de certains amis de la famille, elle s'était enfuie aux États-Unis en espérant obtenir le statut de réfugiée. L'article poursuivait en disant que, peu après son arrivée aux États-Unis et avant que sa demande d'asile soit traitée, la femme a sombré dans un coma qui aurait été causé par les blessures qu'elle avait subies avant son arrivée aux États-Unis, selon les docteurs.

13. Avec l'aide de son avocat et de la petite mais dynamique communauté espadroléenne au Canada, Benita a amassé suffisamment d'argent pour se rendre aux États-Unis, à condition d'obtenir une mise en liberté et des documents de voyage. Son avocat a soumis une demande de mise en liberté au ministre afin que Benita puisse aller voir sa mère avant sa mort. Sa demande a été rejetée en raison de son statut d'étrangère désignée; le ministre a également invoqué d'autres préoccupations pour refuser sa demande, comme le fait que Benita n'avait fourni aucune preuve d'identité valide et la possibilité qu'elle tente de se soustraire à la détention si sa demande de réfugié était rejetée.

14. Benita a été détenue pendant 18 mois. Malheureusement, sa mère est décédée à l'hôpital le 31 décembre 2013. Benita a été libérée le 21 mars 2014, après l'approbation de sa demande d'asile. Benita est déménagée à Toronto, en Ontario, où une famille espadroléenne l'a hébergée et soutenue afin qu'elle puisse terminer son secondaire et poursuivre ses études.

15. Au cours du procès, on a produit des preuves démontrant qu'il y a une longue liste accumulée de demandes d'asile au Canada. De 2008 à 2010, le nombre de demandes d'asile au

Canada a augmenté de 60 % et le nombre d'arrivées massives par bateau au Canada a également augmenté. En moyenne, il faut cinq ans pour renvoyer un demandeur dont la demande d'asile a été refusée. Dans certains cas, cela peut prendre jusqu'à 10 ans.

16. Selon la preuve d'expert, les conditions sur les bateaux de migrants illégaux sont souvent déplorables. Habituellement, les bateaux sont très surchargés. Les personnes à bord sont généralement exposées à des conditions insalubres et ne reçoivent pas suffisamment de nourriture. Les maladies, et même les décès, sont monnaie courante sur de tels bateaux. Les personnes qui survivent à de tels voyages souffrent habituellement de malnutrition et parfois même de maladies transmissibles à leur arrivée. La violence, aux mains des passeurs de réfugiés clandestins ou d'autres passagers, est également courante sur les bateaux de migrants. Les agressions sexuelles sont généralement plus fréquentes sur les bateaux que dans le pays d'origine. Enfin, les passeurs de clandestins demandent souvent des sommes exorbitantes pour transporter des migrants.

17. En plus des deux passagers qui sont morts en route, 32 des passagers qui se trouvaient sur le bateau avec Benita souffraient de déshydratation et de malnutrition, et 21 d'entre eux ont été diagnostiqués avec l'hépatite A.

Loi pertinente

18. Le 16 février 2012, le gouvernement fédéral a déposé le projet de loi C-31, *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, à la Chambre des communes. La *Loi* comprend la plupart des dispositions que contenait le projet de loi C-4, *Loi visant à empêcher les passeurs d'utiliser abusivement le système d'immigration canadien*, lequel n'avait pas été adopté. Le projet de loi C-4 visait à apporter des changements à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) et à créer un nouveau régime de détention obligatoire pour les réfugiés qui sont catégorisés comme des « étrangers désignés ». Le projet de loi C-31 a été promulgué en juin 2012. À ma connaissance, c'est la première fois que l'on demande à une cour de se prononcer sur la constitutionnalité du nouveau régime de détention obligatoire qui est prévu dans la LIPR.

19. Le paragraphe 20.1(1) de la LIPR donne au ministre le pouvoir de déclarer certaines personnes qui arrivent au Canada comme des « étrangers désignés ». L'attribution de cette désignation dépend de la façon dont un groupe de personnes arrive au Canada et de leur capacité de fournir des documents de voyage adéquats :

20.1(1) Le ministre peut, par arrêté, compte tenu de l'intérêt public, désigner comme une arrivée irrégulière l'arrivée au Canada d'un groupe de personnes, dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

[...]

b) il a des motifs raisonnables de soupçonner que, relativement à l'arrivée du groupe au Canada, il y a eu ou il y aura contravention au paragraphe 117(1) au profit [...]

20. Le paragraphe 117(1) de la LIPR vise à interdire la pratique du passage de clandestins :

117(1) Il est interdit à quiconque d'organiser l'entrée au Canada d'une ou de plusieurs personnes ou de les inciter, aider ou encourager à y entrer en sachant que leur entrée est ou serait en contravention avec la présente loi ou en ne se souciant pas de ce fait.

21. Le paragraphe 55(3.1) de la LIPR oblige les agents à détenir les étrangers désignés lorsqu'ils entrent au Canada ou lorsqu'ils ont été désignés :

(3.1) Lorsqu'une désignation est faite en vertu du paragraphe 20.1(1), l'agent, selon le cas :

a) détient, à son entrée au Canada, l'étranger qui est un étranger désigné en conséquence de la désignation et qui est âgé de seize ans ou plus à la date de l'arrivée visée par la désignation;

b) arrête et détient, sans mandat, l'étranger qui, après son entrée, devient un étranger désigné en conséquence de la désignation et qui était âgé de seize ans ou plus à la date de l'arrivée visée par la désignation ou lance un mandat pour son arrestation et sa détention.

22. Le paragraphe 56(2) de la LIPR régit les conditions liées à la libération d'un étranger désigné qui est en détention :

56(2) [...] l'étranger désigné qui est détenu sous le régime de la présente section et qui était âgé de seize ans ou plus à la date de l'arrivée visée par la désignation en cause demeure en détention jusqu'à la survenance de l'un ou l'autre des événements suivants :

- a) l'accueil en dernier ressort de sa demande d'asile ou de protection;
- b) la prise d'effet de sa mise en liberté, prononcée par la section en vertu de l'article 58;
- c) la prise d'effet de sa mise en liberté, ordonnée par le ministre au titre de l'article 58.1.

23. Le paragraphe 58(1) de la LIPR prévoit que la Section de l'immigration peut émettre une ordonnance de libération même si certains critères ne sont pas satisfaits :

58(1) La section prononce la mise en liberté du résident permanent ou de l'étranger, sauf sur preuve, [...] des faits suivants :

[...]

b) se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi

[...] ou [...]

d) dans le cas où le ministre estime que l'identité de l'étranger n'a pas été prouvée mais peut l'être, soit l'étranger n'a pas raisonnablement coopéré en fournissant au ministre des renseignements utiles à cette fin, soit ce dernier fait des efforts valables pour établir l'identité de l'étranger.

24. Le paragraphe 58.1 de la LIPR stipule que le ministre peut ordonner la libération d'un étranger désigné dans des « circonstances exceptionnelles » :

58.1 Le ministre peut, sur demande de l'étranger désigné qui était âgé de seize ans ou plus à la date de l'arrivée visée par la désignation en cause, ordonner sa mise en liberté s'il est d'avis que des circonstances exceptionnelles le justifient [...]

25. Je ferai référence à ces dispositions sous le terme collectif de « régime législatif ».

Questions juridiques

26. Les parties s'entendent que les quatre questions juridiques sur lesquelles je dois me prononcer sont les suivantes :

1. Le régime législatif viole-t-il le droit à la liberté conféré à Benita en vertu de l'article 7 de la *Charte*?
2. Le régime législatif viole-t-il le droit de Benita de ne pas être détenue arbitrairement conformément à l'article 9 de la *Charte*?
3. Le régime législatif viole-t-il le droit à l'égalité conféré à Benita en vertu de l'article 15 de la *Charte*?
4. Si le régime législatif viole en effet un ou plusieurs des droits conférés à Benita par la *Charte*, cette transgression est-elle justifiée au sens de l'article 1 de la *Charte*?

PREMIÈRE QUESTION : ARTICLE 7 – DROIT À LA VIE, À LA LIBERTÉ ET À LA SÉCURITÉ DE SA PERSONNE

27. L'article 7 de la *Charte* stipule ce qui suit :

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

28. L'analyse de l'article 7 doit se faire en deux temps. En premier lieu, il faut déterminer s'il existe une atteinte réelle ou imminente à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne, ou une à combinaison de ces intérêts. Dans un deuxième temps, il faut déterminer quel est le principe pertinent ou quels sont les principes pertinents de justice fondamentale et les définir, et déterminer si l'atteinte s'est produite conformément au principe ou aux principes de justice fondamentale (voir *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] R.C.S. 44).

29. À la première étape, Benita soutient que sa détention en vertu du régime législatif a violé son droit à la liberté en l'empêchant de voir sa mère avant son décès. Dans *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, la Cour suprême du Canada a statué que la liberté dépasse la simple notion d'absence de contrainte physique. Cela comprend le droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle dans laquelle les individus peuvent prendre des décisions

intrinsèquement privées sans intervention de l'État. Toutefois, cela n'est vrai que dans la mesure où de tels sujets « peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles ». Benita soutient que la décision de visiter un membre de la famille qui est mourant est un choix fondamentalement personnel qu'elle devrait pouvoir faire de façon indépendante.

30. Le gouvernement soutient pour sa part que, bien que la liberté garantie à l'article 7 de la Charte se soit élargie au fil du temps, elle demeure limitée aux choix intrinsèquement privés à la personne, comme la liberté de prendre ses propres décisions médicales. Cela ne garantit pas la réunification avec des membres de la famille. Dans *B. (R.) c. Children's Aid Society*, la Cour suprême du Canada a rejeté l'argument voulant que l'article 7 offre une protection inhérente de l'intégrité de l'unité familiale.

31. Selon moi, bien que tout observateur serait profondément attristé par la perte de Benita, le droit à la liberté n'est pas flexible au point d'y englober le droit de voyager internationalement pour être physiquement présent pour le décès d'un être cher. Une telle décision n'a pas d'influence sur la dignité et l'indépendance d'une personne. Par conséquent, je conclus qu'il n'y a pas de violation à l'article 7 de la *Charte*.

32. Si je déterminais qu'il avait eu atteinte à la liberté de Benita en ce sens, je conclurais également, à la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'article 7, que l'interférence était contraire aux principes de justice fondamentale.

33. Puisque Benita allègue que le régime législatif qui l'a empêchée de visiter sa mère est arbitraire, la Cour se doit d'examiner la relation entre l'application du régime et l'objectif du régime (voir *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519. À mon sens, pour les motifs indiqués dans mon analyse fondée sur l'article 9, ci-dessous, la loi est arbitraire.

DEUXIÈME QUESTION : ARTICLE 9 – DÉTENTION ARBITRAIRE

34. L'article 9 de la *Charte* stipule ce qui suit :

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

35. La première exigence pour invoquer avec succès l'article 9 – soit, qu'il y ait eu détention – a manifestement été satisfaite. Il n'y a aucun doute que Benita a été détenue.

36. La vraie question en l'espèce est de déterminer si la détention était arbitraire.

37. Je crois qu'il est important de souligner que la présente affaire diffère d'autres affaires fondées sur l'article 9. Les affaires fondées sur l'article 9 se rapportent habituellement à des circonstances où un policier a exercé son pouvoir discrétionnaire pour détenir une personne. Afin de déterminer si un policier a arbitrairement décidé de détenir une personne, le tribunal doit évaluer s'il y a des critères exprès ou tacites qui ont régi l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'agent (voir *R. c. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R.) 621, par. 13.

38. Le gouvernement allègue que la détention de Benita n'était pas arbitraire puisque la Loi définit les critères exprès sur lesquels les agents d'immigration ou d'exécution de la loi doivent se fonder pour décider de détenir ou non une personne en vertu des dispositions sur la détention obligatoire.

39. Benita enjoint pour sa part le présent tribunal à évaluer si ces critères en soi sont arbitraires, puisqu'ils n'ont pas de lien avec l'objectif du régime de détention obligatoire. Je suis d'accord avec Benita : puisque, en l'espèce, la détention a été autorisée par la Loi, je dois évaluer si le régime législatif en soi est arbitraire, et non les actions des agents d'immigration individuels qui ont détenu les Espadroléens au point d'entrée.

40. Le gouvernement allègue que le régime législatif est nécessaire en raison de la liste grandissante de demandes d'asile accumulées au Canada et de la difficulté de trouver et de renvoyer les personnes dont les demandes ont été rejetées. Je n'accepte pas cet argument. La décision qu'a prise le Parlement d'imposer une détention obligatoire à toutes les personnes qui arrivent au Canada sans posséder des pièces d'identité adéquates est arbitraire. La question à savoir si un demandeur d'asile est arrivé au Canada avec ou sans documents de voyage adéquats n'a pas de lien rationnel avec le mérite de la demande d'asile ni sur la facilité ou la difficulté de renvoyer une personne du Canada si sa demande rejetée. Par conséquent, je conclus qu'il y a violation de l'article 9 de la *Charte*.

TROISIÈME QUESTION : ARTICLE 15 – ÉGALITÉ

41. L'article 15 de la *Charte* offre une protection contre la discrimination :

15(1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

42. Dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 RCS 950, la Cour Suprême a décrit le critère pour déterminer l'existence d'une violation de l'art. 15 dans les termes suivants :

Premièrement, il faut se demander si la loi, le programme ou l'activité traite le demandeur différemment d'autres personnes. Deuxièmement, il faut déterminer si cette différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues. Enfin, il faut se demander si la loi, le programme ou l'activité contestée a un objet ou un effet qui est source de discrimination réelle.

43. En l'espèce, les parties conviennent que le régime législatif impose un traitement différentiel. Les parties ne sont pas d'accord sur la question à savoir si la distinction se fonde sur un motif énuméré ou analogue et si cela engendre de la discrimination.

44. Benita allègue que, en raison de son origine nationale et de sa citoyenneté, il lui était impossible de venir Canada autrement que de la façon dont elle l'a fait. Elle soutient que la discrimination peut se fonder sur des motifs qui s'entrecoupent et qu'il peut également y avoir discrimination lorsqu'une loi a des répercussions sur un sous-ensemble de personnes qui font partie d'un groupe énuméré ou analogue – par exemple, une loi qui engendre de la discrimination fondée sur la grossesse aurait également pour effet d'engendrer de la discrimination fondée sur le sexe, même si ce ne sont pas toutes les femmes qui sont enceintes ou qui le deviendront.

45. Le gouvernement allègue essentiellement que la Loi fait une distinction entre des personnes, mais que cette distinction est seulement fondée sur la manière dont les personnes arrivent Canada et sur leur capacité de fournir des documents de voyage adéquats. Le gouvernement suggère que Benita a pris la décision d'arriver au Canada de la façon dont elle l'a fait est que la façon d'arriver n'est pas le type de caractéristique personnelle que l'on devrait reconnaître comme un nouveau motif analogue.

46. Les motifs énumérés et analogues comprennent des caractéristiques qui sont innées et qui sont une question de choix dans le sens le plus strict, comme la situation de famille ou la religion. La *Charte* interdit la discrimination, que soit pour des motifs qui sont immuables dans les faits ou pour des motifs qui sont jugés immuables. En raison du régime de l'Espadrole, Benita n'a jamais pu, ce qui est d'autant plus vrai aujourd'hui, obtenir des documents d'identification. Puisqu'elle n'a pas de documents, il est difficile de concevoir comment elle aurait pu faire le voyage de l'Espadrole au Canada autrement que de la façon dont elle l'a fait. Je conclus donc que les dispositions contestées engendrent une distinction pour des motifs d'origine nationale ou des motifs de citoyenneté qui se recoupent. Si Benita venait d'un pays qui lui permettait de se rendre au Canada au moyen de procédures régulières, elle n'aurait pas été assujettie au fardeau de cette loi.

47. Cependant, à la prochaine étape de l'analyse fondée sur l'article 15, Benita doit démontrer que le traitement différentiel a engendré de la discrimination. La Cour suprême du Canada a

statué dans *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, aux paragraphes 17 et 18, qu'une loi est discriminatoire si elle perpétue un désavantage, un préjudice ou un stéréotype.

48. Benita allègue qu'elle fait partie d'un groupe de réfugiés déjà qui sont désavantagés et qui, lorsqu'ils arrivent au Canada, sont traités comme une menace. Elle soutient que cela perpétue le stéréotype voulant que les demandeurs d'asile soient un fardeau sur la société ou qu'ils sont complices du problème de passage de clandestins.

49. Le gouvernement allègue que la distinction n'est pas discriminatoire et soutient que le responsable du désavantage qu'a subi Benita est en fait le gouvernement de l'Espadrole.

50. Je suis d'accord. La *Charte* n'impose pas au gouvernement du Canada la responsabilité de compenser les préjudices subis à l'extérieur de ses frontières. Le régime législatif tente de contrôler le nombre grandissant de réfugiés au Canada, situation qui grève les ressources de notre système d'immigration. Ni l'objet ni les répercussions du régime ne sont discriminatoires.

QUATRIÈME QUESTION : ARTICLE 1 – JUSTIFICATION

51. Je dois maintenant déterminer si la transgression de l'article 9 peut être justifiée en vertu de l'article 1 de la *Charte*. L'article 1 stipule ce qui suit :

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

52. Le régime de détention obligatoire est indubitablement prescrit par la loi puisqu'il s'agit d'une disposition législative dûment promulguée. Ce qu'il faut déterminer est si le régime de détention obligatoire constitue une limite raisonnable au droit conféré à Benita à l'article 9.

53. Le critère en deux étapes pour déterminer ce qui constitue des « restrictions raisonnables » a été établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, au par. 69 :

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte doit être « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution »... La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'« une sorte de critère de proportionnalité »... Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question... Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme « suffisamment important ».

54. À la première étape, je conclus que le gouvernement a démontré qu'il avait des préoccupations urgentes et réelles, soit la nécessité de décourager le passage de clandestins. Le passage de clandestin est une activité criminelle de plus en plus courante qui menace la sûreté et la sécurité des personnes qui font l'objet d'un passage clandestin. Le passage de clandestins menace également la sécurité des Canadiens et de récents rapports indiquent que les passeurs de clandestins ciblent de plus en plus le Canada.

55. Cependant, je ne suis pas persuadé que la Loi est proportionnelle. Selon mon analyse, l'argument du Canada échoue sur le plan du lien rationnel et de la nécessité de retreindre le plus possible l'atteinte aux droits et libertés. Le régime de détention obligatoire n'est pas lié de façon

rationnelle à l'objectif visant à dissuader le passage de clandestins puisque le régime punit les personnes qui font l'objet du crime, et non les passeurs de clandestins qui commettent ce crime. Le régime de détention obligatoire n'assure pas non plus une atteinte minimale aux droits et libertés. Il aurait été facile de concevoir la Loi de sorte à en réduire les répercussions sur les personnes qui arrivent clandestinement au Canada; elle ne fait donc pas partie de l'éventail d'options raisonnables que le gouvernement aurait pu utiliser pour décourager le passage de clandestins.

56. Puisque le gouvernement n'a pas démontré que la Loi est liée de façon rationnelle à son objectif et que la Loi porte une atteinte minimale aux droits de Benita, je n'ai pas besoin de procéder à l'élément final de l'analyse fondée sur l'article 1, soit de déterminer si les effets bénéfiques de la Loi l'emportent sur les effets préjudiciables en ce qui concerne les droits garantis par la *Charte*.

57. J'ajouterais également que, si j'en étais venu à la conclusion qu'il y a eu violation des articles 7 et 15, j'aurais également conclu que ces transgressions n'étaient pas justifiées en vertu de l'article 1 de la *Charte*.

CONCLUSION

58. Le régime législatif ne viole pas les articles 7 et 15 de la *Charte*; cependant, je conclus que le régime contrevient à l'article 9 de la *Charte* et que cela ne peut être justifié en vertu de l'article 1 de la *Charte*. Les dispositions sont donc nulles et sans effet.

JUGE ANDERS