

A-204-20
2021 FCA 72

A-204-20
2021 CAF 72

The Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Appellants*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*appelants*)

v.

c.

The Canadian Council For Refugees, Amnesty International, The Canadian Council of Churches, ABC, DE [By Her Litigation Guardian ABC], and FG [By Her Litigation Guardian ABC], Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs and Reda Yassin Al Nahass and Nedira Jemal Mustefa (*Respondents*)

Le Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie internationale, le Conseil canadien des Églises, ABC, DE [représentée par son tuteur à l'instance, ABC], et FG [représentée par son tuteur à l'instance, ABC], Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs et Reda Yassin Al Nahass et Nedira Jemal Mustefa (*intimés*)

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

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

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Stratas and Laskin J.J.A.—By videoconference, February 23, 24; Ottawa, April 15, 2021.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël, juges Stratas et Laskin, J.C.A.—Par vidéoconférence, 23 et 24 février; Ottawa, 15 avril 2021.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Appeal, cross-appeal from Federal Court judgment allowing applications for judicial review — Appeal, cross-appeal concerning constitutional validity of certain legislative provisions that prevent certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada — Since 2004, United States designated pursuant to Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 159.3, which followed agreement in 2002 between United States, Canada called Safe Third Country Agreement — Since that time, many refugee claimants arriving from United States ruled ineligible for refugee protection in Canada, including individual respondents — They, advocacy organizations for refugees, brought three judicial reviews in Federal Court; alleged that designation of United States under Regulations, s. 159.3 ultra vires but Federal Court rejected allegation — Respondents also alleged that designation of U.S. as safe third country under Regulations, s. 159.3, resulting ineligibility of refugee claimants in Canada under Immigration and Refugee Protection Act, s. 101(1)(e) infringed rights guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15 — Federal Court agreed that both provisions infringed Charter, s. 7; were not justified under Charter, s. 1 — Federal Court declared provisions of no force or effect under Constitution Act, 1982, s. 52 — Given this conclusion, Federal Court found it unnecessary to deal with s. 15 issues — Main issue: whether cross-appeal should be summarily

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Appel et appel incident à l'encontre d'un jugement rendu par la Cour fédérale, qui a accueilli des demandes de contrôle judiciaire — Appel et appel incident portant sur la validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada — Depuis 2004, les États-Unis sont un pays désigné conformément à l'art. 159.3 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés; cette désignation découle d'un accord intervenu en 2002 entre les États-Unis et le Canada, appelé l'Entente sur les tiers pays sûrs — Depuis, de nombreuses demandes d'asile présentées par des personnes arrivant des États-Unis ont été jugées irrecevables au Canada, dont celles des intimés qui sont des particuliers — Avec des organisations de défense des droits des réfugiés, ils ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale; ils ont soutenu que la désignation des États-Unis sous le régime de l'art. 159.3 du Règlement outrepassait le pouvoir conféré par la loi (ultra vires), mais la Cour fédérale a rejeté cette prétention — Les intimés ont affirmé également que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr sous le régime de l'art. 159.3 du Règlement et l'irrecevabilité des demandes d'asile au Canada prévue à l'art. 101(1)(e) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés en découlant restreignaient les droits garantis par les art. 7 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés — La Cour fédérale a reconnu que ces

dismissed; whether appeal should be allowed — Cross-appeal lying where party seeking different disposition of judgment appealed from — Different disposition meaning remedy that will have real-life, practical consequences for party cross-appealing — Cross-appeal not lying simply because party is dissatisfied with reasons for judgment — Federal Court's failure to grant declarations that Charter, s. 15 infringed; that Regulations, s. 159.3 ultra vires, not having any real-life, practical consequences for respondents as provisions respondents wanted struck down were struck down, albeit under Charter, s. 7, not Charter, s. 15 — Act, s. 101(1)(e), Regulations, s. 159.3 part of interrelated legislative scheme — Two sections not sitting alone, in isolation — Artificial to view, analyze them in abstract — Evidentiary record that developed in Federal Court concentrated on general effects of designation of United States — Respondents' applications not fitting with nature of legislative scheme — After designation, real cause of any continued designation or decision to revoke it is Act, s. 102(3) reviews, related administrative conduct — Respondents' Charter challenge had to be dismissed — In this case, cause of any infringement not designation of United States 17 years ago but Act, s. 102(3) reviews, related administrative conduct that caused designation to continue — It was incumbent on respondents to challenge that; however, they did not do so — Federal Court dealt with Charter challenge in way it was put, defended — In so doing, its attention was diverted away from important features of legislative scheme—in particular, s. 102(3) reviews, related administrative conduct — As well, principles of Charter litigation not argued before it — These things leading Federal Court into reversible error — Respondents submitted that Regulations, s. 159.3 ultra vires but submission having no merit — Court's decision in 2008 in Canadian Council for Refugees v. Canada rejected it; that decision binding herein — Federal Court's judgment set aside; applications for judicial review dismissed — Appeal allowed, cross-appeal dismissed.

deux dispositions contrevenaient à l'art. 7 de la Charte et qu'elles n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier — Elle les a déclarées inopérantes en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Elle a jugé, vu cette conclusion, qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les questions fondées sur l'art. 15 — Il s'agissait principalement de savoir si l'appel incident devrait être rejeté de façon sommaire et si l'appel devrait être accueilli — Une partie peut interjeter un appel incident si elle entend demander la réformation du jugement porté en appel — Par « réformation », on entend une mesure qui aura des répercussions véritables et pratiques pour la partie qui interjette l'appel incident — Une partie ne peut interjeter un appel incident pour le simple motif qu'elle n'est pas satisfaite des motifs de jugement — Le refus de la Cour fédérale d'accéder aux demandes de déclarations qu'il y avait contravention à l'art. 15 de la Charte et que l'art. 159.3 du Règlement outrepassait les pouvoirs conférés n'a entraîné aucune répercussion véritable et pratique pour les intimés, car les dispositions dont ils ont sollicité l'invalidation ont été invalidées, quoique pour violation de l'art. 7 et non de l'art. 15 de la Charte — L'art. 101(1)e) de la Loi et l'art. 159.3 du Règlement appartiennent à un régime légal dont les composantes sont interreliées — Ces deux dispositions n'existent pas en vase clos — L'exercice qui consiste à les examiner dans l'abstrait est artificiel — Le dossier qui a été monté devant la Cour fédérale portait sur les effets généraux de la désignation des États-Unis — Les demandes des intimés ne cadraient pas avec la nature du régime légal — Une fois qu'un pays est désigné, la véritable cause du maintien de la désignation ou de la révocation de cette dernière se trouve dans les examens prévus à l'art. 102(3) de la Loi et les actes administratifs connexes — Le recours fondé sur la Charte intenté par les intimés a dû être rejeté — En l'espèce, toute violation s'il en est résultait, non pas de la désignation des États-Unis il y a 17 ans, mais des examens effectués en application de l'art. 102(3) de la Loi et des actes administratifs connexes qui en ont justifié le maintien — Il incombait aux intimés d'en faire l'objet de leur recours; or, ce n'est pas ce qu'ils ont fait — La Cour fédérale a abordé le recours fondé sur la Charte comme il a été plaidé et défendu — Ainsi, son attention n'a pas porté sur les aspects importants du régime légal, tout particulièrement les examens prévus à l'art. 102(3) et les actes administratifs connexes — En outre, les principes applicables aux recours fondés sur la Charte n'ont pas été plaidés devant elle — Cette situation a mené la Cour fédérale à commettre une erreur susceptible de révision — Les intimés ont fait valoir que l'art. 159.3 du Règlement était ultra vires, mais cet argument était dépourvu de fondement — La Cour l'a rejeté en 2008 dans l'arrêt Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada; cet arrêt liait la Cour — Le jugement de la Cour fédérale a été annulé et les demandes de contrôle judiciaire ont été rejetées — Appel accueilli, appel incident rejeté.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, liberty and Security — Appeal, cross-appeal concerning constitutional

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'appel et l'appel incident portaient sur la

validity of certain legislative provisions preventing certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada — Since United States designated as safe third country, many refugee claimants arriving from United States ruled ineligible for refugee protection in Canada, including individual respondents — Respondents brought three judicial reviews in Federal Court — Alleged in particular that designation of U.S. as safe third country under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 159.3, resulting ineligibility of refugee claimants in Canada under Immigration and Refugee Protection Act, s. 101(1)(e) infringing rights guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15 — Federal Court agreed that both provisions infringed Charter, s. 7; were not justified under Charter, s. 1 — Declared provisions of no force or effect under Constitution Act, 1982, s. 52 — On appeal, appellants focussing on Federal Court's finding of unjustifiable infringement of Charter, s. 7 — Respondents' Charter challenge in Federal Court offending practical rules that legislative provisions in interrelated legislative scheme cannot be taken in isolation, selectively challenged; where administrative action or administrative inaction under legislation is cause of rights' infringement, it, not legislation, must be challenged — Here, cause of any infringement not designation of United States 17 years ago but Act, s. 102(3) reviews, related administrative conduct — Evidentiary basis too incomplete to allow for informed Charter adjudication on what really mattered in present case — Federal Court dealt with Charter challenge in way it was put, defended — In doing so, its attention was diverted away from important features of legislative scheme at issue — As well, principles of Charter litigation not argued before it — These things leading Federal Court into reversible error.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Appeal, cross-appeal concerning constitutional validity of certain legislative provisions that prevent certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada — Respondents brought three judicial reviews in Federal Court — Alleged in particular that designation of U.S. as safe third country under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 159.3, resulting ineligibility of refugee claimants in Canada under Immigration and Refugee Protection Act, s. 101(1)(e) infringing rights guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15 — Federal Court agreed that both provisions infringed Charter, s. 7; were not justified under Charter, s. 1 — Given this conclusion, Federal Court found it

validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada — Depuis que les États-Unis ont été désignés à titre de tiers pays sûr, de nombreuses demandes d'asile présentées par des personnes arrivant des États-Unis ont été jugées irrecevables au Canada, dont celles des intimés qui sont des particuliers — Les intimés ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale — Ils ont soutenu plus particulièrement que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr sous le régime de l'art. 159.3 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés et l'irrecevabilité des demandes d'asile au Canada prévue à l'art. 101(1)e de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés en découlant restreignaient les droits garantis par les art. 7 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés — La Cour fédérale a reconnu que ces deux dispositions contrevenaient à l'art. 7 de la Charte et qu'elles n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier — Elle les a déclarées inopérantes en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 — L'appel des appelants a porté sur la conclusion tirée par la Cour fédérale quant à l'atteinte injustifiée aux droits protégés par l'art. 7 de la Charte — Le recours fondé sur la Charte intenté par les intimés devant la Cour fédérale a contrevenu aux règles pratiques selon lesquelles les dispositions qui appartiennent à un régime légal aux composantes interreliées ne sauraient être examinées et contestées isolément; et dans les cas où la violation des droits résulte d'un acte (ou d'une omission) administratif pris en application d'une loi, c'est sur ce dernier, et non sur la loi, que le recours doit porter — En l'espèce, toute violation s'il en est résultait, non pas de la désignation des États-Unis il y a 17 ans, mais des examens effectués en application de l'art. 102(3) de la Loi et des actes administratifs connexes — Le dossier de preuve était trop incomplet pour permettre de trancher de manière éclairée, à la lumière de la Charte, les questions qui importaient véritablement — La Cour fédérale a abordé le recours fondé sur la Charte comme il a été plaidé et défendu — Ainsi, son attention n'a pas porté sur les aspects importants du régime légal — En outre, les principes applicables aux recours fondés sur la Charte n'ont pas été plaidés devant elle — Cette situation a mené la Cour fédérale à commettre une erreur susceptible de révision.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel et appel incident portant sur la validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada — Les intimés ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale — Ils ont soutenu plus particulièrement que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr sous le régime de l'art. 159.3 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés et l'irrecevabilité des demandes d'asile au Canada prévue à l'art. 101(1)e de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés en découlant restreignaient les droits garantis par les art. 7 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés — La Cour fédérale a reconnu que ces deux dispositions

unnecessary to deal with s. 15 issues — Respondents submitting that Federal Court obligated to deal with Charter, s. 15 challenge — Federal Court not so obligated — Court having discretion to deal with issues unnecessary to outcome of case — This applying to issues arising under Charter, s. 15 — Had it been necessary to decide Charter, s. 15 issues, Court would have had to assess whether it should determine the issues itself or send them back to the Federal Court to determine — Where, as, here, no factual findings made on s. 15 issues, generally best to send matter back to Federal Court because of its expertise in fact-finding — This was especially so here where Federal Court expressed concern about some evidence tendered in support of s. 15 claim that might affect its weight.

Practice — Cross-appeals — Appeal, cross-appeal concerning constitutional validity of certain legislative provisions that prevent certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada — Respondents brought three judicial reviews in Federal Court alleging in particular that designation of United States under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 159.3 ultra vires but Federal Court rejecting allegation — Appellants' submission that respondents' cross-appeal improper, should be summarily dismissed well founded — Cross-appeal lying when party seeking different disposition of judgment appealed from (Federal Courts Rules, r. 341) — Different disposition meaning remedy that will have real-life, practical consequences for party cross-appealing — Cross-appeal not lying simply because party dissatisfied with reasons for judgment — While Federal Court not granting specific declarations respondents seeking regarding Charter infringement, ultra vires issue, Federal Court's failure to do so not having any real-life, practical consequences for respondents — Respondents wanted provisions at issue struck down; such provisions struck because infringing Charter, s. 7 — Respondents taking issue with Federal Court's reasons, not its judgment — Therefore cross-appeal had to be dismissed.

This was an appeal by the appellants and a cross-appeal by the respondents from a Federal Court judgment allowing applications for judicial review. Broadly speaking, the appeal and the cross-appeal concerned the constitutional validity of certain legislative provisions that prevent certain refugee

contrevenaient à l'art. 7 de la Charte et qu'elles n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier — Elle a jugé, vu cette conclusion, qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les questions fondées sur l'art. 15 — Les intimés ont fait valoir que la Cour fédérale devait aborder les questions relatives à l'art. 15 de la Charte — La Cour fédérale n'était pas obligée de le faire — Le tribunal peut, à sa discrétion, examiner ou non les questions qui ne sont pas déterminantes dans l'instance — C'est le cas des questions fondées sur l'art. 15 de la Charte — S'il avait été nécessaire de trancher les questions relatives à l'art. 15 de la Charte, il aurait fallu décider s'il y avait lieu pour la Cour de les trancher ou s'il fallait les renvoyer à la Cour fédérale — Dans les cas où, comme en l'espèce, aucune conclusion de fait n'a été tirée à l'égard de ces questions, il vaut mieux, en règle générale, renvoyer la question à la Cour fédérale, en raison de son expertise en matière de détermination des faits — C'était tout particulièrement le cas en l'espèce : la Cour fédérale a exprimé des réserves à propos de certains éléments produits à l'appui des arguments fondés sur l'art. 15; ces réserves étaient susceptibles de jouer sur la pondération des éléments.

Pratique — Appels incidents — Appel et appel incident portant sur la validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada — Les intimés ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, alléguant notamment que la désignation des États-Unis sous le régime de l'art. 159.3 du Règlement outrepassait le pouvoir conféré par la Loi (ultra vires) mais la Cour fédérale a rejeté cette prétention — L'argument des appelants selon lequel l'appel incident des intimés a été interjeté à mauvais droit et devrait être rejeté de façon sommaire était bien fondé — Une partie peut interjeter un appel incident si elle entend demander la réformation du jugement porté en appel (règle 341 des Règles des Cours fédérales) — Par « réformation », on entend une mesure qui aura des répercussions véritables et pratiques pour la partie qui interjette l'appel incident — Une partie ne peut interjeter un appel incident pour le simple motif qu'elle n'est pas satisfaite des motifs de jugement — La Cour fédérale a refusé de prononcer les déclarations sollicitées par les intimés concernant une contravention à la Charte et la validité constitutionnelle, mais ce refus de la Cour fédérale n'a entraîné aucune répercussion véritable et pratique pour les intimés — Les intimés ont sollicité l'invalidation des dispositions en cause, et ces dispositions ont été invalidées pour violation de l'art. 7 de la Charte — Les intimés ont reproché à la Cour fédérale, non pas son jugement, mais ses motifs — Par conséquent, l'appel incident a dû être rejeté.

Il s'agissait d'un appel interjeté par les appelants et d'un appel incident interjeté par les intimés à l'encontre d'un jugement rendu par la Cour fédérale, qui a accueilli des demandes de contrôle judiciaire. En termes généraux, l'appel et l'appel incident portaient sur la validité constitutionnelle de dispositions

claimants from seeking refugee protection in Canada. As a general matter, refugee claimants arriving from a country designated as a safe country under the *Immigration and Refugee Protection Regulations* are ineligible to claim refugee protection in Canada in accordance with paragraph 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Since 2004, the United States has been designated (Regulations, section 159.3). This designation followed an agreement between the United States and Canada, commonly called the Safe Third Country Agreement.¹ Since that time, many refugee claimants arriving from the United States have been ruled ineligible for refugee protection in Canada, including the individual respondents. They and certain advocacy organizations for refugees brought three judicial reviews in the Federal Court. In their applications for judicial review, the respondents alleged that the designation of the United States under section 159.3 of the Regulations was *ultra vires* but the Federal Court rejected that allegation. The respondents also alleged that the designation of the United States as a safe third country under section 159.3 of the Regulations and the resulting ineligibility of refugee claimants in Canada under paragraph 101(1)(e) of the Act infringed the rights guaranteed by sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Federal Court agreed that these two provisions infringed section 7 of the Charter and were not justified under section 1. It declared them of no force or effect under section 52 of the *Constitution Act, 1982*. Given this conclusion, the Federal Court found it unnecessary to deal with the section 15 issues. In their appeal, the appellants focussed on the Federal Court's finding of unjustifiable infringement of section 7 of the Charter. In their cross-appeal, the respondents focussed on the Federal Court's decision not to deal with the issues concerning section 15 of the Charter and also challenged the Federal Court's rejection of their *ultra vires* argument.

The main issues were whether the cross-appeal should be summarily dismissed and whether the appeal should be allowed.

Held, the appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

The appellants' submission that the cross-appeal was improper and should be summarily dismissed was well founded. A cross-appeal lies when a party "seeks a different disposition of

légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada. En règle générale, les demandes d'asile des personnes en provenance d'un pays désigné comme pays sûr sous le régime du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne sont pas recevables au Canada conformément à l'alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Depuis 2004, les États-Unis sont un pays désigné (article 159.3 du Règlement). Cette désignation découle d'un accord intervenu entre les États-Unis et le Canada, communément appelé l'Entente sur les tiers pays sûrs¹. Depuis, de nombreuses demandes d'asile présentées par des personnes arrivant des États-Unis ont été jugées irrecevables au Canada, dont celles des intimés qui sont des particuliers. Avec des organisations de défense des droits des réfugiés, ils ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire en Cour fédérale. Dans leurs demandes de contrôle judiciaire, les intimés ont soutenu que la désignation des États-Unis sous le régime de l'article 159.3 du Règlement outrepassait le pouvoir conféré par la Loi (*ultra vires*). La Cour fédérale a toutefois rejeté cette prétention. Les intimés ont affirmé également que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr sous le régime de l'article 159.3 du Règlement et l'irrecevabilité des demandes d'asile au Canada prévue à l'alinéa 101(1)e) de la Loi en découlant restreignaient les droits garantis par les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour fédérale a reconnu que ces deux dispositions contrevenaient à l'article 7 de la Charte et qu'elles n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier. Elle les a déclarées inopérantes en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle a jugé, vu cette conclusion, qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les questions fondées sur l'article 15. L'appel des appelants a porté sur la conclusion tirée par la Cour fédérale quant à l'atteinte injustifiée aux droits protégés par l'article 7 de la Charte. L'appel incident des intimés a porté sur la décision de la Cour fédérale de ne pas examiner les questions relatives à l'article 15 de la Charte. Les intimés ont reproché également à la Cour fédérale d'avoir rejeté leur argument quant à la légalité de la désignation.

Il s'agissait principalement de savoir si l'appel incident devrait être rejeté de façon sommaire et si l'appel devrait être accueilli.

Arrêt : l'appel doit être accueilli et l'appel incident rejeté.

L'argument des appelants selon lequel l'appel incident a été interjeté à mauvais droit et devrait être rejeté de façon sommaire était bien fondé. Une partie peut interjeter un appel

¹ *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries.*

¹ *Accord entre le gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers.*

the [judgment] appealed from” (rule 341 of the *Federal Courts Rules*). “[D]ifferent disposition” means a remedy that will have real-life, practical consequences for the party cross-appealing. A cross-appeal does not lie simply because a party is dissatisfied with the reasons for judgment. In the Federal Court, two sets of respondents sought a specific declaration that section 15 of the Charter was infringed. All of the respondents sought a specific declaration that section 159.3 of the Regulations was *ultra vires*. The Federal Court did not grant these specific declarations. However, the Federal Court’s failure to grant these declarations did not have any real-life, practical consequences for the respondents: they wanted the two provisions struck down and they were struck because they infringed section 7 of the Charter. The respondents took issue with the Federal Court’s reasons, not its judgment.

In 2002, Canada and the United States entered into the Safe Third Country Agreement, to share responsibility for refugees. Paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations are part of an interrelated legislative scheme. The two sections do not sit alone and in isolation. It is artificial to view and analyze them in the abstract, all the more so after a foreign country has been designated. After designation, reviews under subsection 102(3) of the Act are to take place continually to ensure that designation remains appropriate. All of the applications herein challenged the decision of an officer at an entry point who found the individual respondents’ claims for refugee protection to be ineligible for referral to the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board under paragraph 101(1)(e) of the Act because of the designation of the United States under section 159.3 of the Regulations. Invalidity is alleged to stem from two problems—*ultra vires* and the Charter. The respondents submitted that the two provisions cause effects that are contrary to section 7, section 15 or both. They also stated that the two provisions are not justified under section 1 and must be struck down under section 52 of the *Constitution Act, 1982*. The respondents did not say that other provisions, statutory instruments or policies were invalid because they cause effects contrary to the Charter. Thus, the real essence and essential character of the respondents’ applications was a challenge to paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations, and only those two provisions. Alone and in isolation they are said to cause unconstitutional effects. Based on this, the evidentiary record that developed in the Federal Court concentrated on general effects of the designation of the United States, often described in terms of individual incidents rather than the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct and their effect. The respondents’ applications did not fit with the nature of the legislative scheme. After designation, the real cause of any continued designation or decision to revoke it is the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct.

incident si elle « entend demander la réformation [du jugement] port[é] en appel » (règle 341 des *Règles des Cours fédérales*). Par « réformation », on entend une mesure qui aura des répercussions véritables et pratiques pour la partie qui interjette l’appel incident. Une partie ne peut interjeter un appel incident pour le simple motif qu’elle n’est pas satisfaite des motifs de jugement. Deux groupes d’intimés avaient sollicité de la part de la Cour fédérale une déclaration de contravention à l’article 15 de la Charte. Tous les intimés voulaient qu’elle déclare que l’article 159.3 du Règlement outrepassait les pouvoirs conférés. La Cour fédérale n’a pas accédé à ces demandes. Or, les intimés n’ont subi aucune répercussion véritable et pratique découlant du refus de la Cour fédérale de prononcer ces déclarations. Ils ont sollicité l’invalidation des deux dispositions, et elles ont été invalidées pour violation de l’article 7 de la Charte. Les intimés ont reproché à la Cour fédérale, non pas son jugement, mais ses motifs.

En 2002, le Canada et les États-Unis ont conclu l’Entente sur les tiers pays sûrs, en vue de partager la responsabilité à l’égard des réfugiés. L’alinéa 101(1)e de la Loi et l’article 159.3 du Règlement appartiennent à un régime légal dont les composantes sont interreliées. Ces deux dispositions n’existent pas en vase clos. Par conséquent, l’exercice qui consiste à les examiner dans l’abstrait est artificiel, à plus forte raison si une désignation a été accordée au pays étranger. Après la désignation, les examens prévus au paragraphe 102(3) de la Loi sont effectués. De cette façon, on peut s’assurer que la désignation demeure justifiée. Les demandes contestées dans la présente affaire visaient la décision d’un agent à un point d’entrée qui a jugé irrecevables les demandes d’asile des intimés qui sont des particuliers et a omis de saisir la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié au titre de l’alinéa 101(1)e de la Loi au motif que les États-Unis sont un pays désigné sous le régime de l’article 159.3 du Règlement. L’invalidité tiendrait à deux raisons, la légalité de la désignation et la Charte. Les intimés ont fait valoir que les deux dispositions engendrent des effets qui contreviennent aux articles 7 et 15. Ils ont affirmé également qu’elles ne sont pas justifiées au regard de l’article premier et qu’elles doivent être invalidées en vertu de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les intimés n’ont pas invoqué l’invalidité d’autres dispositions, lois ou politiques en raison d’effets contraires à la Charte. Par conséquent, à en juger par la véritable nature et la nature essentielle de leurs demandes, leur recours visait seulement l’alinéa 101(1)e de la Loi et l’article 159.3 du Règlement. Ces deux seules dispositions engendreraient des effets inconstitutionnels. Ainsi, le dossier qui a été monté en Cour fédérale portait sur les effets généraux de la désignation des États-Unis, illustrés le plus souvent par des récits d’incidents personnels, plutôt que sur les examens effectués en application du paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes et leurs effets. Les demandes des intimés ne cadraient pas avec la nature du régime légal. Une fois

In considering a Charter challenge, there are two practical rules: legislative provisions in an interrelated legislative scheme cannot be taken in isolation and selectively challenged; and where administrative action or administrative inaction under legislation is the cause of a rights' infringement, it, not the legislation, must be challenged. The respondents' Charter challenge offended the two practical rules. The fundamental requirement of causation that underlies both rules was not met. This also rendered the evidentiary record on key issues too thin to permit responsible adjudication. As a result, the respondents' Charter challenge had to be dismissed. In this case, the cause of any infringement was not the designation of the United States 17 years ago but the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct that caused the designation to continue. It was incumbent on the respondents to challenge that. However, they did not do that. Instead, they plucked two provisions out of this complex, interrelated legislative scheme and singled them out for attack. This was wrong and was fatal to the respondents' challenge. Paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations cannot be challenged in isolation. A safety valve in the legislative scheme in issue here is the review procedure under subsection 102(3). In this case, if there are effects contrary to the Charter, they stem not from paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations but from the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct. The legal question for the Court was whether the appeal record provided sufficient facts to permit the Court to adjudicate properly the issues raised. The answer was no. The evidentiary basis was too incomplete to allow for an informed Charter adjudication on what really mattered in this case.

The alleged constitutional defect in this case stemmed from how administrators and officials are operating the legislative scheme, not the legislative scheme itself. Based on the record here, to the extent that detrimental effects are being suffered by persons being returned to the United States, the legislative scheme as a whole is not to blame. Rather, if anything, subsection 102(3) reviews and related administrative conduct may be to blame. But because the respondents chose not to attack any administrative conduct, there was no evidence to assess it. Applications for judicial review are possible where a matter—usually administrative conduct or inaction—affects legal rights, imposes legal obligations or causes real prejudicial effects. The individual respondents could have brought judicial

qu'un pays est désigné, la véritable cause du maintien de la désignation ou de la révocation de cette dernière se trouve dans les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes.

Deux règles pratiques doivent être suivies dans l'examen d'un recours fondé sur la Charte : les dispositions qui appartiennent à un régime légal aux composantes interreliées ne sauraient être examinées et contestées isolément; et dans les cas où la violation des droits résulte d'un acte — ou d'une omission — administratif pris en application d'une loi, c'est sur ce dernier, et non sur la loi, que le recours doit porter. Le recours fondé sur la Charte intenté par les intimés a contrevenu aux deux règles pratiques. Il n'a pas été satisfait au critère fondamental du lien de causalité qui sous-tend les deux règles. De plus, la preuve concernant les questions déterminantes était trop lacunaire pour permettre à la Cour de les trancher de façon responsable. Par conséquent, le recours fondé sur la Charte intenté par les intimés a dû être rejeté. En l'espèce, toute violation s'il en est résultait, non pas de la désignation des États-Unis il y a 17 ans, mais des examens effectués en application du paragraphe 102(3) et des actes administratifs connexes qui en ont justifié le maintien. Il incombait aux intimés d'en faire l'objet de leur recours. Or, ce n'est pas ce qu'ils ont fait. Ils ont plutôt isolé deux dispositions appartenant à ce régime légal complexe aux composantes interreliées et en ont fait le point de mire de leur recours. Voilà qui a porté un coup fatal au recours des intimés. L'alinéa 101(1)e) de la Loi et l'article 159.3 du Règlement ne peuvent être attaqués isolément. La soupape en l'espèce correspond au processus d'examen prévu au paragraphe 102(3). Dans ce cas, les effets contraires à la Charte, s'il en est, résultent non pas de l'alinéa 101(1)e) de la Loi et de l'article 159.3 du Règlement, mais des examens prévus au paragraphe 102(3) et des actes administratifs connexes. La question juridique que devait trancher la Cour était celle de savoir si le dossier d'appel contenait suffisamment de faits pour permettre à la Cour de bien trancher les questions soulevées. La réponse était non. Le dossier de preuve était trop incomplet pour permettre de trancher de manière éclairée, à la lumière de la Charte, les questions qui importaient véritablement.

L'inconstitutionnalité reprochée découlait de l'application, par les fonctionnaires et administrateurs, du régime légal, et non du régime en soi. Compte tenu du dossier en l'espèce, les effets néfastes, s'il en est, soufferts par les personnes qui sont renvoyées aux États-Unis ne peuvent être imputés au régime légal dans son ensemble. Ils seraient plutôt imputables aux examens prévus au paragraphe 102(3) et aux actes administratifs connexes. Or, comme les intimés n'ont pas formé de recours contre un acte administratif, il n'y avait pas de dossier de preuve pour évaluer pareille prétention. Il est possible de présenter une demande de contrôle judiciaire lorsque son objet — généralement un acte ou une omission administratifs — porte atteinte à des droits juridiques, impose des obligations juridiques ou

reviews against the immigration officers' decisions that they were ineligible for refugee protection in Canada on the basis that they were or are actually eligible. In support of that, they could have sought various forms of relief. The Federal Court dealt with the Charter challenge in the way it was put and defended. In so doing, its attention was diverted away from important features of the legislative scheme—in particular, the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct and the centrality of these two things. As well, the principles of Charter litigation were not argued before it. These things led the Federal Court into reversible error. As a result, it was possible to intervene in this matter.

While the analysis on the respondents' Charter challenge was sufficient to dismiss it, for future guidance on section 7 claims in this area, certain issues arising from the Federal Court's reasons were highlighted. In particular, the respondents submitted that the relevant principles of fundamental justice are that the effects of laws should not be overbroad or grossly disproportionate to their purposes and the Federal Court accepted that submission. But the effects, said to be overbroad and grossly disproportionate, are carried out in the United States, by United States officials, under United States law. For that to count under Canadian law, the actions of United States officials had to have sufficient causal connection to Canadian actions such that the effects in the United States were an "entirely foreseeable consequence" of Canadian state action. All that the Federal Court said here was that there were "related harms". That fell short of the necessary threshold. The plain text of section 32 of the Charter provides that the Charter applies only to the "Parliament and government of Canada" and to the "legislature and government of each province." The Federal Court was correct to note that Canada may not "avoid the guarantee of fundamental justice merely because the deprivation in question would be effected by someone else's hand". But this does not allow Canadian courts to assess the substance of United States law and practice through the domestic doctrines of overbreadth and gross disproportionality. The relevant Canadian state action in this case is the removal of individuals to the United States where they will face treatment under the United States legal system and administration. In such circumstances, Canadian courts will respond to the removal of individuals to foreign legal systems and administrations only where they will suffer effects that are so deplorable they "shock the conscience" of Canadians, which is a high threshold. In this case, there was no evidence that could support a finding that the treatment of returnees to the United States at the Canada-United States border "shocks the conscience". There was evidence of individual cases of substandard treatment but nothing that rose to the very high level required by the "shocks the conscience" standard. As well, paragraph 101(1)(e) of

cause un véritable préjudice. Il aurait été loisible aux intimés qui sont des particuliers en l'espèce de faire contrôler les décisions des agents de l'immigration quant à l'irrecevabilité de leurs demandes d'asile au Canada au motif que ces dernières étaient recevables ou le sont. Au soutien de leurs prétentions, ils auraient pu demander diverses formes de réparation. La Cour fédérale a abordé le recours fondé sur la Charte comme il a été plaidé et défendu. Ainsi, son attention n'a pas porté sur les aspects importants du régime légal, tout particulièrement les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes de même que l'importance cruciale de ces éléments. En outre, les principes applicables aux recours fondés sur la Charte n'ont pas été plaidés devant elle. Cette situation a mené la Cour fédérale à commettre une erreur susceptible de révision. Par conséquent, il était possible d'intervenir en l'espèce.

L'analyse du recours des intimés fondé sur la Charte suffisait à la Cour pour rejeter ce dernier. Toutefois, pour la gouverne des parties qui invoqueront l'article 7 dans ce contexte à l'avenir, certaines questions qui émanent des motifs de la Cour fédérale ont été soulignées. Plus particulièrement, les intimés ont fait valoir que, suivant les principes de justice fondamentale applicables en l'espèce, l'effet de lois ne saurait être totalement disproportionné ou de portée excessive par rapport à leur objet, et la Cour fédérale a accepté cette prétention. Or, les effets — qu'on dit de portée excessive et totalement disproportionnés — sont produits en sol américain, par des agents américains, sous le régime de lois américaines. Pour tomber sous le coup des lois canadiennes, il faudrait que les actes des agents américains aient un lien de causalité suffisant avec les actes du Canada, de sorte que leur effet aux États-Unis soit « une conséquence parfaitement prévisible » d'actes de l'État canadien. La Cour fédérale en l'espèce a mentionné seulement l'existence de « préjudices connexes ». Ce n'était pas suffisant. Aux termes de l'article 32 de la Charte, suivant son sens ordinaire, cette dernière s'applique seulement « au Parlement et au gouvernement du Canada » ainsi qu'à « la législature et au gouvernement de chaque province ». Certes, la Cour fédérale n'avait pas tort de signaler que le Canada « ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale uniquement parce que l'atteinte serait le fait d'autrui ». Or, il n'est pas permis aux tribunaux canadiens d'évaluer la teneur des lois et des pratiques américaines en les passant au crible des doctrines canadiennes de la portée excessive et des effets exagérément disproportionnés. En l'espèce, l'acte de l'État canadien correspond au renvoi de personnes aux États-Unis où elles seront assujetties au système juridique et à l'administration de ce pays. Les tribunaux canadiens n'interviennent alors que si elles subiront un traitement si déplorable qu'il « choque la conscience » de la population canadienne, ce qui représente un critère exigeant. En l'espèce, rien ne démontrait que le traitement des personnes renvoyées aux États-Unis depuis la frontière canado-américaine « choque la conscience ». Le dossier comportait des éléments relatant

the Act and section 159.3 of the Regulations are not contrary to the doctrines of overbreadth or gross disproportionality. When these doctrines are applied properly—i.e., applied only to Canadian state action and effects caused by that state action—there is a rational connection between the law’s objectives and its effects and the effects are not so severe that they are not justified by the objective. In this case, the means chosen, ineligibility to the Refugee Protection Division for refugee respondents arriving from the United States, was not disproportionate with the objective of sharing responsibility for the consideration of refugee claims with countries that are signatory to and comply with the relevant articles of the Conventions and have an acceptable human rights record.

A few words on the respondents’ challenge under section 15 of the Charter were warranted. The respondents submitted that the Federal Court was obligated to deal with the section 15 challenge but this was not accepted. A court has a discretion whether or not to deal with issues unnecessary to the outcome of the case. This applies to issues arising under section 15. Section 15 does not enjoy “superior status in a ‘hierarchy’ of rights.” Had it been necessary for the Court to decide the section 15 issues, it would have had to assess whether it should determine the issues itself or send them back to the Federal Court to determine. Where, as here, no factual findings have been made on the section 15 issues, it is generally best to send the matter back to the Federal Court because of its expertise in fact-finding. This was especially so here where the Federal Court expressed concern about some of the evidence tendered in support of the section 15 claim that might affect its weight.

The respondents submitted that section 159.3 of the Regulations was *ultra vires*. They maintained that the Regulations were not authorized by the Act at the time of enactment. They also maintained that, over time, the Regulations were no longer authorized by the Act because the factors under subsection 102(2) of the Act no longer supported the designation of the United States as a safe country. This submission had no merit. The Court’s decision in 2008 in *Canadian Council for Refugees v. Canada* rejected it. No later cases from the Supreme Court cast doubt on its conclusion that the Governor in Council had the power to designate the United States a safe third country under section 159.3 of the Regulations. Thus, the decision in *Canadian Council for Refugees* was binding.

des traitements inférieurs aux normes, mais rien qui « choque la conscience », un critère très exigeant. En outre, l’alinéa 101(1)e) de la Loi et l’article 159.3 du Règlement ne sont pas contraires aux doctrines de la portée excessive et des effets exagérément disproportionnés. Dans les cas où elles sont appliquées à bon droit — c’est-à-dire à un acte de l’État canadien et aux effets de cet acte — elles révèlent un lien rationnel entre l’objet de la loi et ses effets. Ces derniers ne sont pas graves au point de ne pas se justifier au regard de l’objet de la loi. En l’espèce, la mesure — la conclusion d’irrecevabilité de la demande d’asile pour examen par la Section de la protection des réfugiés présentée par ceux qui arrivent au Canada depuis les États-Unis — n’a pas eu d’effet disproportionné par rapport à l’objectif qui consiste à partager la responsabilité de l’examen des demandes d’asile avec des pays signataires qui appliquent les dispositions pertinentes des Conventions et ont des antécédents acceptables en matière de protection des droits de la personne.

Quelques remarques s’imposaient sur le recours des intimés fondé sur l’article 15 de la Charte. Les intimés ont fait valoir que la Cour fédérale devait aborder les questions relatives à l’article 15, mais cette prétention n’a pas été retenue. Le tribunal peut, à sa discrétion, examiner ou non les questions qui ne sont pas déterminantes dans l’instance. C’est le cas des questions fondées sur l’article 15. Ce dernier ne jouit pas d’« un statut supérieur dans une prétendue “hiérarchie de droits” ». S’il avait été nécessaire de trancher les questions relatives à l’article 15, il aurait fallu décider s’il y avait lieu pour la Cour de les trancher ou s’il fallait les renvoyer à la Cour fédérale. Dans les cas où, comme en l’espèce, aucune conclusion de fait n’a été tirée à l’égard de ces questions, il vaut mieux, en règle générale, renvoyer la question à la Cour fédérale, en raison de son expertise en matière de détermination des faits. C’était tout particulièrement le cas en l’espèce : la Cour fédérale a exprimé des réserves à propos de certains éléments produits à l’appui des arguments fondés sur l’article 15. Ces réserves étaient susceptibles de jouer sur la pondération des éléments.

Les intimés ont fait valoir que l’article 159.3 du Règlement était *ultra vires*. Ils ont prétendu que le Règlement n’était pas autorisé par la Loi au moment où il a été pris. Ils ont affirmé également que le Règlement a fini par n’être plus autorisé par la Loi, car les facteurs énoncés au paragraphe 102(2) de la Loi ne soutenaient plus la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr. Cet argument était dépourvu de fondement. La Cour l’a rejeté en 2008 dans l’arrêt *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*. Aucun arrêt ultérieur de la Cour suprême n’est venu semer le doute sur la conclusion tirée par la Cour que le gouverneur en conseil était habilité à désigner les États-Unis à titre de tiers pays sûr conformément à l’article 159.3 du Règlement. Par conséquent, l’arrêt *Conseil canadien pour les réfugiés* liait la Cour.

In conclusion, the Federal Court's judgment was set aside and the applications for judicial review were dismissed.

En conclusion, le jugement de la Cour fédérale a été annulé et les demandes de contrôle judiciaire ont été rejetées.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37(5), 38, 39, 39.1(7),(8).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 8, 10(b), 11(h), 12, 15, 32.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 11, 13, 91.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 56.
- Directives for Ensuring a Continuing Review of Factors Set Out in Subsection 102(2) of the Immigration and Refugee Protection Act with Respect to Countries Designated Under Paragraph 102(1)(A) of That Act (2015)*, P.C. 2015-0809.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4(2).
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 41, 317, 318, 341.
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 24(1), 25, 25.1, 25.2, 55, 74(d), 99(3), 101(1)(e), 102(1),(2),(3), 112(2)(b), 159.3.
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 159.3.
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 31(4), 35(1) "Governor General in Council or Governor in Council".
- Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2004-217, s. 2.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries*, 5 December 2002, [2004] Can. T.S. No. 2, Art. 6.
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1E, F.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, no 44], art. 1, 7, 8, 10b), 11h), 12, 15, 32.
- Directives visant à assurer le suivi de l'examen des facteurs prévus au paragraphe 102(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés à l'égard des pays désignés en vertu de l'alinéa 102(1)a) de cette loi (2015)*, C.P. 2015-0809.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 11, 13, 91.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, no 44], art. 52.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 31(4), 35(1) « gouverneur en conseil ou gouverneur général en conseil ».
- Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 4(1), 56.
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37(5), 38, 39, 39.1(7),(8).
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4(2).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 24(1), 25, 25.1, 25.2, 55, 74d), 99(3), 101(1)e), 102(1),(2),(3), 112(2)b), 159.3.
- Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2004-217, art. 2.
- Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 159.3.
- Règles des Cours fédérales*, DORS 98/106, règles 41, 317, 318, 341.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers*, 5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2, art. 6.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1E, F.

CASES CITED

FOLLOWED:

Canadian Council for Refugees v. Canada, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136, leave to appeal to S.C.C. refused [2009] 1 S.C.R. vi.

APPLIED:

JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue), 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, (1989), 61 D.L.R. (4th) 385; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, (1999), 180 D.L.R. (4th) 1.

DISTINGUISHED:

Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134 (as to facts).

CONSIDERED:

Air Canada v. Toronto Port Authority, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant*, 2018 FCA 132; *Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 34, 444 D.L.R. (4th) 298; *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299, 438 D.L.R. (4th) 148; *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 15, [2005] 1 S.C.R. 238.

REFERRED TO:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees, 2020 FCA 181; *Ratiopharm Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2007 FCA 261, 367 N.R. 103; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36; *League for Human Rights of B'Nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312; *Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355; *Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 286, [2012] 2 F.C.R. 133; *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700; *Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FCA 130, [2021] 1 F.C.R. 53; *Atawnah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FCA 144, [2017] 1 F.C.R. 153;

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2009] 1 R.C.S. vi.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. (Canada (Revenu national), 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, 1989 CanLII 26; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, 1990 CanLII 93; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, 1999 CanLII 637.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 (sur les faits).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Air Canada c. Administration portuaire de Toronto, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant*, 2018 CAF 132; *Première Nation Coldwater c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 34; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, [2005] 1 R.C.S. 238.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés, 2020 CAF 181; *Ratiopharm Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2007 CAF 261; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 1992 CanLII 72; *Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, [2012] 2 R.C.F. 312; *Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355; *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 286, [2012] 2 R.C.F. 133; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700; *Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CAF 130, [2021] 1 R.C.F. 53; *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et protection civile)*, 2016 CAF 144, [2017] 1 R.C.F. 153; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, 1985 CanLII 74; *Symes c. Canada*,

- Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, (1993), 110 D.L.R. (4th) 470; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655; *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 212, [2005] 1 F.C.R. 171; *A.G. (Que.) v. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, (1984), 10 D.L.R. (4th) 321; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, (1997), 142 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, (1991), 131 N.R. 1; *Northern Telecom v. Communications Workers*, [1980] 1 S.C.R. 115, (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, (1999), 177 D.L.R. (4th) 124; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488; *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner*, 2009 FCA 15, 387 N.R. 365; *Saulnier v. Quebec Police Commission*, [1976] 1 S.C.R. 572, (1975), 57 D.L.R. (3d) 545; *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694, (1995), 125 D.L.R. (4th) 559 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440, (1997), 151 D.L.R. (4th) 1; *Chrétien v. Canada (Ex-Commissioner, Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities)*, 2008 FC 802, [2009] 2 F.C.R. 471; *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, (2015), 379 D.L.R. (4th) 737; *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376; *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Habtenkiel v. Canada* [1993] 4 R.C.S. 695, 1993 CanLII 55; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 212, [2005] 1 R.C.F. 171; *P.G. (Qué.) c. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, 1984 CanLII 32; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 1986 CanLII 12; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, 1997 CanLII 366; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, 1991 CanLII 51; *Northern Telecom c. Travailleurs en communications*, [1980] 1 R.C.S. 115, 1979 CanLII 3; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, 1997 CanLII 32; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, 1999 CanLII 653; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488; *Démocratie en surveillance c. Commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique*, 2009 CAF 15; *Saulnier c. Commission de police du Québec*, [1976] 1 R.C.S. 572, 1975 CanLII 215; *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440, 1997 CanLII 323; *Chrétien c. Canada (Ex-commissaire, Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires)*, 2008 CF 802, [2009] 2 R.C.F. 417; *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4; *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220, 1981 CanLII 30; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 180, [2015] 3 R.C.F. 327; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554;

(*Citizenship and Immigration*), 2014 FCA 180, [2015] 3 F.C.R. 327; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; *Capital Regional District v. Concerned Citizens of British Columbia et al.*, [1982] 2 S.C.R. 842, (1982), 141 D.L.R. (3d) 385; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Canadian Judicial Council v. Girouard*, 2019 FCA 148, [2019] 3 F.C.R. 503; *Douglas v Canada (Attorney General)*, 2014 FC 299, [2015] 2 F.C.R. 911; *Girouard v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 865, [2019] 1 F.C.R. 404, affd 2019 FCA 148, [2019] 3 F.C.R. 503; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128; *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74, 284 D.L.R. (4th) 268; *Canada (Human Rights Commission) v. Saddle Lake Cree Nation*, 2018 FCA 228; *Meggesson v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 175, 349 D.L.R. (4th) 416; *Dugré v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 8; *Lukács v. Canada (Transportation Agency)*, 2016 FCA 103; *Bernard v. Public Service Alliance of Canada*, 2017 FCA 35; *Vancouver Airport Authority v. Commissioner of Competition*, 2018 FCA 24, [2018] 3 F.C.R. 633; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Alberta*, 2015 FCA 268, [2016] 3 F.C.R. 19; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281; *Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.*, 2020 FCA 108, 174 C.P.R. (4th) 85; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, 111 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723; *R. v. Munoz* (2006), 86 O.R. (3d) 134, 38 C.R. (6th) 376 (S.C.J.); *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Canada (Attorney General) v. Barnaby*, 2015 SCC 31, [2015] 2 S.C.R. 563; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, (1999), 174 D.L.R. (4th) 111; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002

Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, locale 579 c. Bradco Construction Ltd., [1993] 2 R.C.S. 316, 1993 CanLII 88; *Capital Regional District c. Concerned Citizens of British Columbia et autres*, [1982] 2 R.C.S. 842, 1982 CanLII 220; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1990 CanLII 49; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 1998 CanLII 793; *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81; *Conseil canadien de la Magistrature c. Girouard*, 2019 CAF 148, [2019] 3 R.C.F. 503; *Douglas c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 299, [2015] 2 R.C.F. 911; *Girouard c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 865, [2019] 1 R.C.F. 404, conf. par 2019 CAF 148, [2019] 3 R.C.F. 503; *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 FCA 128; *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74, 284 D.L.R. (4th) 268; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Nation crie de Saddle Lake*, 2018 CAF 228; *Meggesson c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 175; *Dugré c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 8; *Lukács c. Canada (Office des transports)*, 2016 CAF 103; *Bernard c. Alliance de la fonction publique du Canada*, 2017 CAF 35; *Administration de l'aéroport de Vancouver c. Commissaire de la concurrence*, 2018 CAF 24, [2018] 3 R.C.F. 633; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Alberta*, 2015 CAF 268, [2016] 3 R.C.F. 19; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281; *Teksavvy Solutions Inc. c. Bell Media Inc.*, 2020 CAF 108; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, 1994 CanLII 117; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161; *R. v. Munoz* (2006), 86 O.R. (3d) 134, 38 C.R. (6th) 376 (C. sup.); *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Canada (Procureur général) c. Barnaby*, 2015 CSC 31, [2015] 2 R.C.S. 563; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, 1999 CanLII 689; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 1986 CanLII 5; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, 1987 CanLII 48; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, 1991 CanLII 78; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, 1998 CanLII 828; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 1995 CanLII 70; *R. c. Terry*, [1996] 2

SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, (1986), 33 D.L.R. (4th) 174; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, (1987), 39 D.L.R. (4th) 18; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, (1988), 158 D.L.R. (4th) 577; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; (1995), 128 D.L.R. (4th) 98; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, (1996), 135 D.L.R. (4th) 214; *Reference Re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858, (1991), 84 D.L.R. (4th) 498; *United States of America v. Jamieson*, [1996] 1 S.C.R. 465, (1996), 197 N.R. 1; *United States v. Whitley*, [1996] 1 S.C.R. 467, (1996), 132 D.L.R. (4th) 575; *United States v. Ross*, [1996] 1 S.C.R. 469, (1996), 132 D.L.R. (4th) 383; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, (1998), 164 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, (1994), 120 D.L.R. (4th) 348; *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, [2013] 1 F.C.R. 143; *Defence Construction Canada v. Ucanu Manufacturing Corp.*, 2017 FCA 133, [2018] 2 F.C.R. 269; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, (1995), 96 C.C.C. (3d) 481; *Sandhu Singh Hamdard Trust v. Navsun Holdings Ltd.*, 2019 FCA 295, 169 C.P.R. (4th) 325; *Canada v. Piot*, 2019 FCA 53, 437 D.L.R. (4th) 706; *R. v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920.

AUTHORS CITED

French, Richard. “The Privy Council Office: Support for Cabinet Decision Making” in Richard Schultz, Orest M. Kruhlak and John C. Terry, eds., *The Canadian Political Process*, 3rd ed. Toronto: Holt Rinehart and Winston of Canada, 1979.

Grey, J. H. “Sections 96 to 100: A Defense” (1985), 1 *Admin. L.J.* 3.

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. Toronto: Lexis Nexis, 2018.

Morgan, Brian. “Proof of Facts in Charter Litigation” in Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*, Toronto: Butterworths, 1987.

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2004-217, *C. Gaz.* 2004.II.1622.

Warchuk, Paul A. “The Role of Administrative Reasons in Judicial Review: Adequacy and Reasonableness” (2016), 29 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 87

Ward, Norman. *Dawson’s The Government of Canada*, 6th ed. Toronto: University of Toronto Press, 1987.

R.C.S. 207, 1996 CanLII 199; *Renvoi relatif à l’extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858, 1991 CanLII 79; *États-Unis d’Amérique c. Jamieson*, [1996] 1 R.C.S. 465, 1996 CanLII 224; *États-Unis d’Amérique c. Whitley*, [1996] 1 R.C.S. 467, 1996 CanLII 225; *États-Unis d’Amérique c. Ross*, [1996] 1 R.C.S. 469, 1996 CanLII 226; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, 1998 CanLII 802; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, 1994 CanLII 34; *Steel c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 153, [2013] 1 R.C.F. 143; *Construction de défense Canada c. Ucanu Manufacturing Corp.*, 2017 CAF 133, [2018] 2 R.C.F. 269; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 1994 CanLII 39; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, 1995 CanLII 138; *Sandhu Singh Hamdard Trust c. Navsun Holdings Ltd.*, 2019 CAF 295; *Canada c. Piot*, 2019 CAF 53; *R. v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920.

DOCTRINE CITÉE

French, Richard. “The Privy Council Office : Support for Cabinet Decision Making” dans Richard Schultz, Orest M. Kruhlak et John C. Terry, éd., *The Canadian Political Process*, 3^e éd. Toronto : Holt Rinehart and Winston of Canada, 1979.

Grey, J. H. “Sections 96 to 100 : A Defense” (1985), 1 *Admin. L.J.* 3.

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant et Michelle K. Fuerst. *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 5^e éd. Toronto : Lexis Nexis, 2018.

Morgan, Brian. “Proof of Facts in Charter Litigation” dans Robert J. Sharpe, éd., *Charter Litigation*, Toronto : Butterworths, 1987.

Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, DORS/2004-217, *Gaz. C.* 2004.II.1622.

Warchuk, Paul A. “The Role of Administrative Reasons in Judicial Review : Adequacy and Reasonableness” (2016), 29 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 87.

Ward, Norman. *Dawson’s The Government of Canada*, 6^e éd. Toronto : University of Toronto Press, 1987.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Federal Court decision (2020 FC 770, [2021] 1 F.C.R. 209, 448 D.L.R. (4th) 132) concerning the constitutional validity of certain legislative provisions that prevent certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada. Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

APPEL et APPEL INCIDENT interjetés à l'encontre d'un jugement rendu par la Cour fédérale (2020 CF 770, [2021] 1 R.C.F. 209) concernant la validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l'asile au Canada. Appel accueilli, appel incident rejeté.

APPEARANCES

Martin Anderson, David Knapp, Lucan Gregory and Laura Upans for appellants.
Andrew Brouwer, Michael Bossin, Leigh Salsberg, Heather Neufeld, Erin Simpson and Kate Webster for respondents Canadian Council for Refugees, Amnesty International and The Canadian Council of Churches.
Prasanna Balasundaram for respondents ABC, DE, FG, Nedira Jemal Mustefa.
Jared Will and Joshua Blum for respondents Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs, and Reda Yassin Al Nahass.

ONT COMPARU :

Martin Anderson, David Knapp, Lucan Gregory et Laura Upans pour les appelants.
Andrew Brouwer, Michael Bossin, Leigh Salsberg, Heather Neufeld, Erin Simpson et Kate Webster pour les intimés le Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie Internationale et le Conseil canadien des églises.
Prasanna Balasundaram pour les intimés ABC, DE, FG, Nedira Jemal Mustefa.
Jared Will et Joshua Blum pour les intimés Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs et Reda Yassin Al Nahass.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellants.
Legal Aid Ontario Refugee Law Office, Toronto, for respondents Canadian Council for Refugees, Amnesty International and The Canadian Council of Churches.
Downtown Legal Services, Toronto, for respondents ABC, DE, FG, Nedira Jemal Mustefa.
Jared Will & Associates, Toronto, for respondents Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs and Reda Yassin Al Nahass.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants.
Refugee Law Office, Toronto, pour les intimés le Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie internationale et le Conseil canadien des églises.
Downtown Legal Services, Toronto, pour les intimés ABC, DE, FG et Nedira Jemal Mustefa.
Jared Will & Associates, Toronto, pour les intimés Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs et Reda Yassin Al Nahass.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] STRATAS J.A.: The appellants (Canada) appeal from the judgment of the Federal Court (*per* McDonald J.): 2020 FC 770, [2021] 1 F.C.R. 209, 448 D.L.R. (4th) 132. The respondents to the appeal (the “Claimants”) cross-appeal. Broadly speaking, the appeal and the cross-appeal concern the constitutional validity of certain legislative

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Les appelants (ci-après le Canada) interjettent appel du jugement rendu par la Cour fédérale (sous la plume de la juge McDonald) sous la référence 2020 CF 770, [2021] 1 R.C.F. 209. Les intimés dans l'appel (ci-après les demandeurs) interjettent un appel incident. En termes généraux, l'appel et l'appel

provisions that prevent certain refugee claimants from seeking refugee protection in Canada. To understand the nature of the appeal and cross-appeal, a brief description of the background is needed.

[2] As a general matter, refugee claimants arriving from a country designated as a safe country under the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the “Regulations”) are ineligible to claim refugee protection in Canada: *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the “Act”), paragraph 101(1)(e). Since 2004, the United States has been designated: Regulations, section 159.3. This designation followed an agreement between the United States and Canada, commonly called the Safe Third Country Agreement.

[3] Since that time, many refugee claimants arriving from the United States have been ruled ineligible for refugee protection in Canada. Among these were the individual Claimants. They and certain advocacy organizations for refugees brought three judicial reviews in the Federal Court.

[4] In their applications for judicial review, the Claimants alleged that the designation of the United States under 9.3 of the Regulations was outside of the authority granted by the Act (i.e., was *ultra vires*). The Federal Court rejected that allegation.

[5] The Claimants also alleged that the designation of the United States as a safe third country under section 159.3 of the Regulations and the resulting ineligibility of refugee claimants in Canada under paragraph 101(1)(e) of the Act infringed the rights guaranteed by sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] and were not justified as a reasonable limit on rights under section 1.

[6] The Federal Court agreed that these two provisions infringed section 7 of the Charter and were not justified

incident portent sur la validité constitutionnelle de dispositions légales qui empêchent certaines personnes de demander l’asile au Canada. Pour cerner la nature de l’appel et de l’appel incident, il est nécessaire de dresser un tableau de la situation.

[2] En règle générale, les demandes d’asile des personnes en provenance d’un pays désigné comme pays sûr sous le régime du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, (ci-après le Règlement) ne sont pas recevables au Canada (*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (ci-après la Loi), alinéa 101(1)e)). Depuis 2004, les États-Unis sont un pays désigné (Règlement, article 159.3). Cette désignation découle d’un accord intervenu entre les États-Unis et le Canada, communément appelé l’Entente sur les tiers pays sûrs.

[3] Depuis, de nombreuses demandes d’asile présentées par des personnes arrivant des États-Unis ont été jugées irrecevables au Canada. Celles des demandeurs qui sont des particuliers dans la présente instance étaient de ce nombre. Avec des organisations de défense des droits des réfugiés, ils ont présenté trois demandes de contrôle judiciaire en Cour fédérale.

[4] Les demandeurs soutenaient que la désignation des États-Unis sous le régime de l’article 159.3 du Règlement outrepassait le pouvoir conféré par la Loi (*ultra vires*). La Cour fédérale a rejeté cette prétention.

[5] Les demandeurs affirmaient également que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr sous le régime de l’article 159.3 du Règlement et l’irrecevabilité des demandes d’asile au Canada prévue à l’alinéa 101(1)e) de la Loi en découlant restreignaient les droits garantis par les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]. Selon eux, ces restrictions ne pouvaient se justifier au regard de l’article premier.

[6] La Cour fédérale a reconnu que ces deux dispositions contrevenaient à l’article 7 de la Charte et n’étaient

under section 1. It declared them of no force or effect under section 52 of the *Constitution Act, 1982*. Given this conclusion, the Federal Court found it unnecessary to deal with the section 15 issues.

[7] The Federal Court stayed its judgment for six months. This Court granted a further stay until final determination of this appeal: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees*, 2020 FCA 181.

[8] In its appeal, Canada focuses on the Federal Court’s finding of unjustifiable infringement of section 7 of the Charter.

[9] In their cross-appeal, the Claimants focus on the Federal Court’s decision not to deal with the issues concerning section 15 of the Charter. They also challenge the Federal Court’s rejection of their *ultra vires* argument.

[10] For the reasons that follow, I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal, set aside the judgment of the Federal Court and dismiss the applications for judicial review.

A. Preliminary issues

(1) *Is the cross-appeal improper?*

[11] Canada submits that the Claimants’ cross-appeal is improper and should be summarily dismissed.

[12] Canada’s submission is well founded. A cross-appeal lies when a party “seeks a different disposition of the [judgment] appealed from”: rule 341 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. “[D]ifferent disposition” means a remedy that will have real-life, practical consequences for the party cross-appealing. A cross-appeal does not lie simply because a party is dissatisfied with the reasons for judgment: *Ratiopharm Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2007 FCA 261, 367 N.R. 103, at paragraphs 6 and 12.

pas justifiées au regard de l’article premier. Elle les a déclarées inopérantes en vertu de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle a jugé, vu cette conclusion, qu’il n’était pas nécessaire d’examiner les questions fondées sur l’article 15.

[7] La Cour fédérale a ordonné un sursis de six mois à l’exécution de son jugement. Notre Cour a prorogé le sursis jusqu’à ce qu’elle tranche l’appel (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2020 CAF 181).

[8] L’appel du Canada porte sur la conclusion tirée par la Cour fédérale quant à l’atteinte injustifiée aux droits protégés par l’article 7 de la Charte.

[9] L’appel incident des demandeurs porte sur la décision de la Cour fédérale de ne pas examiner les questions relatives à l’article 15 de la Charte. Ils reprochent également à la Cour fédérale d’avoir rejeté leur argument quant à la légalité de la désignation.

[10] Pour les motifs énoncés ci-après, j’accueillerais l’appel, je rejetterais l’appel incident, j’annulerais le jugement de la Cour fédérale et je rejetterais les demandes de contrôle judiciaire.

A. Questions préliminaires

1) *L’appel incident est-il interjeté à mauvais droit?*

[11] Selon le Canada, l’appel incident est interjeté à mauvais droit par les demandeurs et devrait être rejeté de façon sommaire.

[12] L’argument du Canada est fondé. Une partie peut interjeter un appel incident si elle « entend demander la réformation [du jugement] port[é] en appel » (alinéa 341(1)(b) des *Règles des Cours fédérales*, DORS 98/106). Par « réformation », on entend une mesure qui aura des répercussions véritables et pratiques pour la partie qui interjette l’appel incident. Une partie ne peut interjeter un appel incident pour le simple motif qu’elle n’est pas satisfaite des motifs de jugement (*Ratiopharm Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2007 CAF 261, aux paragraphes 6 et 12).

[13] In the Federal Court, two sets of Claimants sought a specific declaration that section 15 of the Charter was infringed. All of the Claimants sought a specific declaration that section 159.3 of the Regulations was *ultra vires*. The Federal Court did not grant these specific declarations.

[14] But the Federal Court's failure to grant these declarations does not have any real-life, practical consequences for the Claimants: they wanted the two provisions struck down and they were struck because they infringed section 7. The Claimants take issue with the Federal Court's reasons, not its judgment. Therefore, I would dismiss the cross-appeal.

(2) *Are the section 15 and vires issues properly before this Court?*

[15] Canada also submits that the section 15 and *vires* issues are not properly before this Court.

[16] This Court can hear and determine appeals under the Act when the Federal Court has certified a proper question for its consideration or where one of the narrow common law exceptions applies: paragraph 74(d). The Federal Court included section 15 in the certified question even though it did not deal with section 15. Because of this, Canada submits that the Federal Court should not have included section 15 in the certified question.

[17] We need not consider this submission. Canada accepts that, aside from the inclusion of section 15, this Court has a proper certified question before it concerning section 7 of the Charter. Once there is a proper certified question before the Court, all issues that might affect the outcome of the appeal, including, here, the section 15 and *vires* issues, are before the Court: *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, at paragraph 50 and authorities cited therein. The Claimants can advance any argument to sustain the judgment below: *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at page 621, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36.

[13] Deux groupes de demandeurs avaient sollicité de la part de la Cour fédérale une déclaration de contravention à l'article 15 de la Charte. Tous les demandeurs voulaient qu'elle déclare que l'article 159.3 du Règlement outrepassait les pouvoirs conférés. Elle n'a pas accédé à ces demandes.

[14] Or, les demandeurs n'ont subi aucune répercussion véritable et pratique découlant du refus de la Cour fédérale de prononcer ces déclarations. Ils sollicitaient l'invalidation des deux dispositions, et elles ont été invalidées pour violation de l'article 7. Ils reprochent à la Cour fédérale, non pas son jugement, mais ses motifs. Par conséquent, je rejetterais l'appel incident.

2) *La Cour est-elle saisie à bon droit des questions relatives à l'article 15 et à la légalité de la désignation?*

[15] Le Canada soutient également que notre Cour n'est pas saisie à bon droit des questions relatives à l'article 15 et à la légalité de la désignation.

[16] La Cour peut instruire et trancher les appels interjetés au titre de la Loi dans les cas où la Cour fédérale a certifié qu'il existe une question à examiner ou lorsque s'applique l'une des quelques exceptions de common law (alinéa 74d)). La Cour fédérale a mentionné l'article 15 dans la question certifiée, et ce même si elle ne l'a pas examinée. Ainsi, le Canada affirme que la Cour fédérale a eu tort de mentionner l'article 15 dans la question certifiée.

[17] Point n'est besoin pour nous d'examiner cette prétention. Le Canada accepte que, nonobstant la mention de l'article 15, la Cour soit saisie à bon droit d'une question certifiée portant sur l'article 7 de la Charte. Dès lors que la Cour est saisie à bon droit d'une question certifiée, elle peut examiner toutes les questions susceptibles d'influer sur l'issue de l'appel — y compris en l'occurrence les questions relatives à l'article 15 et à la légalité de la désignation (*Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344, au paragraphe 50 et la jurisprudence qui y est mentionnée). Il est loisible aux demandeurs d'invoquer tous les arguments, comme bon leur semble, en

faveur du jugement de première instance (*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la page 621, 1992 CanLII 72).

[18] As a result, all issues that were before the Federal Court are now before this Court.

[18] Par conséquent, la Cour peut examiner toutes les questions dont la Cour fédérale était saisie.

B. The Safe Third Country Agreement, the legislative scheme and an administrative policy

B. Entente sur les tiers pays sûrs, régime légal et politique administrative

(1) *Description*

1) *Description*

[19] In 2002, Canada and the United States entered into an agreement, commonly called the Safe Third Country Agreement, to share responsibility for refugees: *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries*, United States and Canada, 5 December 2002, [2004] Can. T.S. No. 2 (entered into force on December 29, 2004).

[19] En 2002, le Canada et les États-Unis ont conclu un accord, communément appelé l'Entente sur les tiers pays sûrs, en vue de partager la responsabilité à l'égard des réfugiés (*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*, États-Unis d'Amérique et Canada, 5 décembre 2002 [2004] R.T. Can. n° 2 (entré en vigueur le 29 décembre 2004)).

[20] Under the Safe Third Country Agreement, refugee claimants must request refugee protection in the first country, Canada or the United States, that they arrive in unless they qualify for an exception. Exceptions include claimants who have family in Canada and unaccompanied minors. The Safe Third Country Agreement also does not apply to those who enter Canada irregularly or to most individuals who arrive by sea or by air.

[20] Aux termes de l'Entente sur les tiers pays sûrs, les demandeurs d'asile doivent faire leur demande dans le premier pays d'entrée, soit le Canada, soit les États-Unis, à moins qu'ils ne soient visés par une exception. Les exceptions s'appliquent à ceux qui ont de la famille au Canada et aux mineurs non accompagnés. L'Entente sur les tiers pays sûrs ne s'applique pas non plus à ceux qui entrent au Canada de manière irrégulière ou à la plupart des demandeurs qui arrivent par mer ou par air.

[21] Thus, those who arrive in the United States must claim refugee status in the United States under United States law. They cannot leave the United States and claim refugee status in Canada at a land port of entry. If they do so, Canada can refuse to consider their refugee claim and, if they have no other legal basis for remaining in Canada, return them to the United States.

[21] En conséquence, ceux qui arrivent aux États-Unis doivent y demander l'asile sous le régime des lois américaines. Ils ne peuvent quitter les États-Unis pour demander l'asile au Canada à un point d'entrée terrestre. Le cas échéant, le Canada peut refuser d'examiner leur demande d'asile et les renvoyer aux États-Unis s'ils n'ont pas d'autre motif légal leur permettant de demeurer au Canada.

[22] Like all other international instruments, the Safe Third Country Agreement, by itself, does not have force of law in Canada. It must be implemented by Canadian legislation. That has happened.

[22] À l'instar des autres instruments internationaux, l'Entente sur les tiers pays sûrs n'a pas force de loi d'office au Canada. Elle doit être mise en œuvre au Canada par voie législative, ce qui a été fait.

[23] The legislative scheme is an interrelated one with many moving parts. It is supplemented by an Order in Council. And beneath it is an administrative policy that tells us how one aspect of this legislative scheme—continual reviews of the designation of a foreign country under subsection 102(3) of the Act—is supposed to work. In describing this legislative scheme, the Court draws in part upon its earlier analysis in *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136 [*Canadian Council for Refugees*], leave to appeal to S.C.C. refused February 5, 2009, [2009] 1 S.C.R. vi.

[24] The legislative scheme reflects the philosophy that “where a refugee claimant could have sought protection in another safe country, it is reasonable and appropriate to require the refugee claimant to return and make use of that opportunity”: Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2004-217, section 2, *C. Gaz.* 2004.II.1622, at page 1622;. By implementing this philosophy, Canada can share with other countries “the responsibility for providing protection to those in need, improve the efficacy of the refugee determination system and restore public confidence in that system” (at 1622).

[25] The legislative scheme begins with subsection 99(3) of the Act. It provides that those who arrive at a port of entry in Canada and intend to claim refugee status must make that claim to an immigration officer. Upon receiving the claim, the officer must determine whether it is eligible to be referred to the Refugee Protection Division for adjudication. One circumstance of ineligibility is where “the claimant came directly or indirectly to Canada from a country designated by the regulations”: paragraph 101(1)(e) of the Act.

[26] Subsection 102(1) of the Act authorizes the making of regulations designating a country. A country can be designated having regard to four factors.

[27] The first factor is that the country has entered into a safe third country agreement or, in the words of paragraph 102(2)(d) of the Act, “an agreement with the Government of Canada for the purpose of sharing

[23] Le régime légal est constitué de plusieurs composantes interreliées. Y est joint un décret. En outre, il est supporté par une politique administrative qui vient expliquer le fonctionnement d’un aspect de ce régime légal, à savoir le réexamen régulier de la désignation d’un pays au titre du paragraphe 102(3) de la Loi. Dans sa description du régime légal, la Cour s’inspire en partie de l’analyse qu’elle fait dans un arrêt antérieur, soit *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 5 février 2009, [2009] 1 R.C.S. vi.

[24] Le régime légal traduit le principe selon lequel « dans le cas où un réfugié aurait pu demander la protection d’un autre pays sûr, il est raisonnable et approprié de lui demander de retourner dans ce pays et de profiter de cette occasion » (Résumé d’impact de la réglementation, DORS/2004-217, art. 2, *Gaz. C.* 2004.II.1622, à la page 1622). En appliquant ce principe, le Canada est en mesure de partager avec d’autres pays « la responsabilité d’assurer une protection aux personnes qui en ont besoin, d’accroître l’efficacité du processus d’octroi de l’asile et de rétablir la confiance du public en ce processus » (à la page 1622).

[25] Le point de départ du régime légal est le paragraphe 99(3) de la Loi. Aux termes de cette disposition, toute personne qui se présente à un point d’entrée au Canada dans l’intention d’y demander l’asile doit présenter sa demande à un agent d’immigration. L’agent décide alors si la demande est recevable, auquel cas il la transmet à la Section de la protection des réfugiés, qui la tranchera. La demande est notamment irrecevable si le demandeur est « arriv[é], directement ou indirectement, d’un pays désigné par règlement autre que celui dont il a la nationalité ou dans lequel il avait sa résidence habituelle » (alinéa 101(1)e) de la Loi).

[26] Le paragraphe 102(1) de la Loi permet la prise de règlements en vue de la désignation d’un pays. La désignation d’un pays dépend de quatre facteurs.

[27] Premièrement, le pays doit être partie à un accord sur les tiers pays sûrs ou, pour reprendre le libellé de l’alinéa 102(2)d) de la Loi : « un accord avec le Canada concernant le partage de la responsabilité de l’examen

responsibility with respect to claims for refugee protection.” In this case, the Safe Third Country Agreement is such an agreement.

[28] Subsection 102(2) of the Act sets out the remaining three factors: “whether the country is a party to the Refugee Convention and to the Convention Against Torture”, the “policies and practices” of the country concerning “claims under the Refugee Convention and ... obligations under the Convention Against Torture”, and the “human rights record” of the country.

[29] In 2004, the Governor in Council designated the United States under section 159.3 of the Regulations: [*Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations*], SOR/2004-217, section 2. At that time, it concluded that the United States met all four factors for designation under subsection 102(2): *Canadian Council for Refugees*.

[30] The power to designate a country based on the subsection 102(2) factors includes the power to revoke designation of a country based on those same factors: *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, subsection 31(4). Revocation of designation can be achieved by repealing the regulatory provision designating the foreign country (here 159.3 of the Regulations). Revocation of designation might happen if the foreign country enacts new legislation, issues new executive orders, renders new judicial decisions or adopts administrative practices that bring it out of compliance with the subsection 102(2) factors.

[31] Recognizing the possibility of revocation based on non-compliance with the subsection 102(2) factors, Parliament created a mechanism to monitor the designated country’s compliance on an ongoing basis. Subsection 102(3) of the Act provides the mechanism: “continuing review” of the foreign country’s compliance with the four factors.

[32] Subsection 102(3) does not stand alone. It leaves certain questions unanswered. What does “continuing review” mean? What sort of “review”? Who should do it? What should be looked at in a review?

des demandes d’asile ». En l’espèce, l’Entente sur les tiers pays sûrs constitue un tel accord.

[28] Ensuite, trois autres facteurs sont énoncés au paragraphe 102(2) de la Loi : « le fait que [le] pays [est] parti[c] à la Convention sur les réfugiés et à la Convention contre la torture », ses « politiques et usages » en ce qui touche « la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention sur les réfugiés et les obligations découlant de la Convention contre la torture » et les antécédents du pays « en matière de respect des droits de la personne ».

[29] En 2004, le gouverneur en conseil a désigné les États-Unis au titre de l’article 159.3 du Règlement [*Règlement modifiant le Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*], DORS/2004-217, article 2. À l’époque, il estimait que les États-Unis respectaient les quatre facteurs dont dépend la désignation, prévus au paragraphe 102(2) (*Conseil canadien pour les réfugiés*).

[30] Le pouvoir de désigner un pays sur le fondement des facteurs énumérés au paragraphe 102(2) comporte celui de révoquer la désignation du pays sur le même fondement (*Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, paragraphe 31(4)). Révoquer une désignation implique d’abroger la disposition réglementaire qui la confère (en l’occurrence l’article 159.3 du Règlement). Il est possible de révoquer la désignation d’un pays s’il adopte de nouvelles lois, prend des décrets, rend des jugements ou adopte des pratiques administratives qui font en sorte qu’il ne satisfait plus aux facteurs énumérés au paragraphe 102(2).

[31] Le législateur, reconnaissant la possibilité d’une révocation pour non-respect des facteurs énumérés au paragraphe 102(2), a créé un mécanisme permettant d’évaluer régulièrement la conformité d’un pays désigné. Le paragraphe 102(3) de la Loi prévoit ce mécanisme, à savoir « le suivi de l’examen » des quatre facteurs.

[32] Cette disposition n’existe pas isolément. Elle soulève certaines questions sans fournir de réponse. Que signifie « le suivi de l’examen »? En quoi consiste « l’examen »? À qui incombe la responsabilité d’effectuer l’examen? Sur quels éléments porte un tel examen?

[33] In 2004, the Governor in Council made an Order in Council that answers some of these questions. In 2015, that Order in Council was replaced by a new one which is still in force: *Directives for Ensuring a Continuing Review of Factors Set Out in Subsection 102(2) of the Immigration and Refugee Protection Act with Respect to Countries Designated Under Paragraph 102(1)(A) of That Act (2015)*, P.C. 2015-0809, <<https://orders-in-council.canada.ca/attachment.php?attach=31132&lang=en>>. And an administrative policy also helps to answer them: Immigration, Refugees and Citizenship Canada, *Monitoring Framework for the U.S. Designation As a Safe Third Country*, June 2015 (Baril affidavit, sworn October 11, 2019, Exhibit E, appeal book, Vol. 37, page 15662–15667).

[34] The 2015 Order in Council requires “a continuing review of factors set out in subsection 102(2)” to ensure the designation of the United States as a safe third country remains appropriate. The Minister of Citizenship and Immigration is to “undertake a review, on a continual basis, of the factors set out in subsection 102(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* with respect to the United States” by “monitoring those factors on a regular basis”. The “Minister must report to the Governor in Council on that review when the circumstances warrant”.

[35] Under the 2015 Order in Council, if the Minister’s review of the subsection 102(2) factors favours continuing the designation, the Minister need not do anything. But if the Minister’s review detects problems that warrant the Governor in Council’s attention, the Minister must make a report to the Governor in Council. Upon receiving the report, the Governor in Council considers whether the designation of the foreign country should be revoked.

[36] Why was the Governor in Council given the responsibility to decide on matters of designation and revocation? Answering this question helps to shed light on the nature and content of the Governor in Council’s decision: *League for Human Rights of B’Nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312, at paragraph 76.

[33] En 2004, le gouverneur en conseil a pris un décret qui fournit certaines réponses. En 2015, ce texte a été remplacé par un nouveau décret qui est toujours en vigueur (*Directives visant à assurer le suivi de l’examen des facteurs prévus au paragraphe 102(2) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés à l’égard des pays désignés en vertu de l’alinéa 102(1)a) de cette loi (2015)*), C.P. 2015-0809, <<https://orders-in-council.canada.ca/attachment.php?attach=31132&lang=fr>>. Une politique administrative fournit également des réponses (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *Monitoring Framework for the U.S. Designation As a Safe Third Country*, juin 2015 (affidavit de Baril, souscrit le 11 octobre 2019, pièce E, dossier d’appel, vol. 37, aux pages 15662 à 15667).

[34] Le décret de 2015 exige que l’on procède « au suivi de l’examen des facteurs prévus au paragraphe 102(2) » pour faire en sorte que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr demeure justifiée. Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration « procède, sur une base régulière, au suivi de l’examen des facteurs prévus au paragraphe 102(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* à l’égard des États-Unis » en « surveillant ces facteurs sur une base régulière ». Le ministre « fait rapport au gouverneur en conseil relativement à cet examen si les circonstances le justifient ».

[35] Aux termes du décret de 2015, si le ministre conclut à l’issue de l’examen effectué à la lumière des facteurs énumérés au paragraphe 102(2) qu’il y a lieu de maintenir la désignation, il n’a rien de plus à faire. En revanche, s’il détecte des problèmes qui nécessitent l’attention du gouverneur en conseil, le ministre doit présenter un rapport à ce dernier qui décide alors s’il convient de révoquer la désignation du pays étranger.

[36] Pourquoi incombe-t-il au gouverneur en conseil de se prononcer sur les questions concernant la désignation et la révocation? La réponse à cette question permet d’éclairer la nature et la teneur de la décision du gouverneur en conseil (*Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, [2012] 2 R.C.F. 312, au paragraphe 76).

[37] The Governor in Council is the “Governor General of Canada acting by and with the advice of, or by and with the advice and consent of, or in conjunction with the Queen’s Privy Council for Canada”: *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, subsection 35(1), and see also the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], sections 11, 13 and 91. All the ministers of the Crown, not just the Minister, are active members of the Queen’s Privy Council for Canada. They meet in a body known as Cabinet. Cabinet—sitting at the apex of the executive of the Canadian government—is “to a unique degree the grand co-ordinating body for the divergent provincial, sectional, religious, racial and other interests throughout the nation” and, by convention, it attempts to represent different geographic, linguistic, religious, and ethnic groups: Norman Ward, *Dawson’s The Government of Canada*, 6th ed. (Toronto: University of Toronto Press, 1987), at pages 203–204; Richard French, “The Privy Council Office: Support for Cabinet Decision Making” in Richard Schultz, Orest M. Kruhlak and John C. Terry, eds., *The Canadian Political Process*, 3rd ed. (Toronto: Holt Rinehart and Winston of Canada, 1979) at pages 363–394. All the levers of government are present at the Cabinet table.

[38] In response to a report from the Minister raising concerns, the Governor in Council can consider whether to maintain the foreign country’s designation or revoke it. But given its status, nature and powers, the Governor in Council can do much more. It can authorize diplomatic, state-to-state discussions with the government of the foreign country to try to fix anything that casts into doubt the country’s compliance with the subsection 102(2) factors. From those discussions, it may learn of developments that could impact on the designation but it may also learn that the foreign country will address these developments through new initiatives. It can also amend the Regulations and tailor the exceptions under the scheme to address any new developments: paragraph 102(1)(c) of the Act and Article 6 of the Safe Third Country Agreement. It may have other policy considerations to consider. It may ask for further investigations to be made. This is not necessarily an exhaustive list.

[37] Le gouverneur en conseil s’entend du « gouverneur général du Canada agissant sur l’avis ou sur l’avis et avec le consentement du Conseil privé de la Reine pour le Canada ou conjointement avec celui-ci » (*Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, paragraphe 35(1), voir également la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], articles 11, 35 et 91). Tous les ministres de la Couronne, et non seulement le ministre, sont des membres actifs du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Ils constituent le Cabinet. Situé à la cime du pouvoir exécutif au sein du gouvernement canadien, le Cabinet est [TRADUCTION] « à un degré incomparable le grand ordonnateur des intérêts divergents provinciaux, transversaux, religieux, raciaux et autres dans le pays ». Les conventions veulent qu’il tente de représenter divers groupes géographiques, linguistiques, religieux et ethniques (Norman Ward, *Dawson’s The Government of Canada*, 6^e éd., Toronto, University of Toronto Press, 1987, aux pages 203 à 204; Richard French, « The Privy Council Office : Support for Cabinet Decision Making » dans Richard Schultz, Orest M. Kruhlak et John C. Terry, éd., *The Canadian Political Process*, 3^e éd., Toronto, Holt Rinehart and Winston of Canada, 1979, aux pages 363 à 394). Tous les leviers du gouvernement sont représentés à la table du Cabinet.

[38] En réponse à un rapport du ministre soulevant des préoccupations, le gouverneur en conseil peut envisager le maintien ou la révocation de la désignation du pays étranger. Or, vu sa situation, sa nature et ses pouvoirs, le gouverneur en conseil peut faire bien davantage. Il est habilité à autoriser la tenue de pourparlers diplomatiques avec le gouvernement du pays en question en vue de tenter de remédier à la situation qui jette le doute sur le respect par le pays des facteurs prévus au paragraphe 102(2). Il peut être informé, dans le cadre de tels pourparlers, d’une évolution de la situation susceptible de jouer sur la désignation, mais apprendre aussi que le pays en question remédiera à la situation par de nouvelles initiatives. Il lui est également loisible de modifier le Règlement pour adapter les exceptions prévues au régime afin de suivre l’évolution de la situation (alinéa 102(1)c) de la Loi et article 6 de l’Entente sur les tiers pays sûrs). Il peut avoir à tenir compte d’autres

[39] To assist in the conducting of subsection 102(3) reviews, an administrative policy has been developed. It is entitled, “Monitoring Framework for the U.S. Designation as a Safe Third Country”.

[40] The Monitoring Framework requires subsection 102(3) reviews to focus on systemic concerns in the United States, not isolated incidents. The reviews are “to track developments in the U.S.” that “would considerably weaken the level of human rights and refugee protection that the U.S. provides” and, thus, cast doubt “on its ability to continue to meet the criteria for designation as a safe third country”. It requires subsection 102(3) reviews to be conducted continually so that Immigration, Refugees and Citizenship Canada can “identify, in a timely manner, changes in the U.S.” that might affect “its status as a safe third country”. This furthers “responsible action and decision-making” on whether the designation of the United States remains appropriate.

[41] The Monitoring Framework requires subsection 102(3) reviews to examine two sets of indicators:

- *Indicators concerning significant changes in the United States refugee protection system.* These include how the United States applies the non-refoulement principle, how it applies exclusion clauses in the United Nations Conventions Relating to the Status of Refugees [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (e.g., clauses 1E and 1F), its consistency and quality of adjudication, whether refugee claimants have effective access to counsel, the United States’ practices of detention and the operation of its judicial system.
- *Indicators to monitor the human rights record of the United States.* These include the observance in the United States of the rights contained in

considérations administratives. Il peut demander que l’on examine davantage la situation. La liste qui précède n’est pas forcément exhaustive.

[39] Une politique administrative intitulée Monitoring Framework for the U.S. Designation as a Safe Third Country (Cadre de surveillance relatif à la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr) encadre la tenue des examens prévus au paragraphe 102(3).

[40] Le Cadre de surveillance prévoit un examen des risques systémiques aux États-Unis, non pas d’incidents isolés. L’examen sert à [TRADUCTION] « suivre les changements aux É.-U. » susceptibles d’« éroder considérablement la protection des droits de la personne et des réfugiés offerte aux É.-U. » et, donc, de semer le doute « sur la faculté de ce pays de satisfaire aux critères de désignation à titre de tiers pays sûr ». Aux termes du Cadre de surveillance, l’examen prévu au paragraphe 102(3) est continu, de sorte qu’Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada puisse « reconnaître rapidement les changements aux É.-U. » susceptibles de jouer sur sa « désignation à titre de tiers pays sûr ». Une telle démarche favorise les « actes et la prise de décision responsables » permettant de décider s’il convient de maintenir la désignation des États-Unis.

[41] Le Cadre de surveillance prévoit que les examens prévus au paragraphe 102(3) portent sur deux groupes d’indicateurs :

- *Indicateurs sur les changements importants entourant le système américain de protection des réfugiés.* Ces indicateurs révèlent comment les États-Unis appliquent le principe du non-refoulement et les dispositions d’exclusion prévues à la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (p. ex. les articles 1E et 1F), l’uniformité et la qualité de ses décisions, la possibilité pour les demandeurs d’asile d’être représentés, les pratiques américaines en matière de détention et le fonctionnement de son système judiciaire.
- *Indicateurs sur les antécédents des États-Unis en matière de respect des droits de la personne.* Il s’agit notamment du respect des droits protégés

“long-standing core U.N. human rights legal instruments”: life, liberty and security of the person, access of refugee claimants to an independent judiciary, civic and political freedoms, the rights of non-citizens, and freedom from discrimination.

These help to ensure that subsection 102(3) reviews are detailed and thorough.

[42] Both indicators are to be examined using quantitative and qualitative information from a wide variety of governmental and non-governmental sources, such as documents from U.N. sources, publications of international human rights organizations and supra-national and regional organizations, international media, U.S. government publications and reports from reputable non-government organizations such as the Claimants, the Canadian Council for Refugees, Amnesty International and the Canadian Council of Churches.

[43] Other portions of the Act are potentially relevant and, thus, form part of this legislative scheme. Under the Act, Canadian immigration officers, upon finding a claimant is ineligible, have a number of powers and discretions. These include:

- Issuing a temporary residence permit under subsection 24(1) of the Act;
- Deferring removal upon request if the officer finds that exceptional circumstances exist based on evidence of risk of death, extreme sanction, or inhumane treatment: *Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355, at paragraphs 50–52; *Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 286, [2012] 2 F.C.R. 133;

par [TRADUCTION] « les principaux instruments juridiques de l’O.N.U. sur la protection des droits de la personne établis de longue date » : vie, liberté et sécurité de la personne, possibilité pour les demandeurs d’asile d’être entendus par un tribunal indépendant, libertés civiles et politiques, droits des non-citoyens et protection contre la discrimination.

Ces indicateurs permettent d’assurer la tenue d’examen détaillés et complets sous le régime du paragraphe 102(3).

[42] On fait appel, dans l’examen des deux groupes d’indicateurs, à des renseignements quantitatifs et qualitatifs provenant d’une grande diversité de sources gouvernementales et non gouvernementales. Par exemple, on consulte des documents issus de l’O.N.U., des publications d’organisations internationales de défense des droits de la personne et d’organisations supranationales et régionales, des médias de l’étranger, des publications gouvernementales américaines et des rapports rédigés par des organisations non gouvernementales fiables comme les demandeurs en l’espèce, à savoir le Conseil canadien des réfugiés, Amnesty Internationale et le Conseil canadien des Églises.

[43] D’autres éléments de la Loi peuvent se révéler pertinents; partant, ils font partie du régime légal. La Loi confère aux agents d’immigration canadiens des pouvoirs qu’ils peuvent exercer une fois qu’ils ont jugé irrecevable une demande. Parmi ces pouvoirs on compte les suivants :

- Délivrer un permis de séjour temporaire en vertu du paragraphe 24(1) de la Loi;
- Proroger le renvoi sur demande si l’agent estime qu’il existe des circonstances exceptionnelles révélant un risque de mort, de sanctions excessives ou de traitement inhumain (*Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355, aux paragraphes 50 à 52; *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 286, [2012] 2 R.C.F. 133);

- Transferring the matter to Immigration, Refugees and Citizenship Canada when an officer determines there are exceptional circumstances. Based on humanitarian and compassionate considerations or public policy considerations, Immigration, Refugees and Citizenship Canada can decide whether to grant access to the Refugee Protection Division by waiving either the ineligibility finding under paragraph 101(1)(e) of the Act or the pre-removal risk assessment bar under paragraph 112(2)(b) of the Act: Act, sections 25, 25.1 and 25.2.
- Renvoyer le dossier à Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada si l'agent conclut à l'existence de circonstances exceptionnelles. Pour des motifs d'ordre humanitaire ou en raison de considérations de politiques générales, Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada peut décider s'il y a lieu de saisir la Section de la protection des réfugiés en annulant la conclusion quant à l'irrecevabilité de la demande en application de l'alinéa 101(1)e de la Loi ou l'interdiction découlant de l'examen des risques avant renvoi en application de l'alinéa 112(2)b de la Loi (articles 25, 25.1 et 25.2 de la Loi).

[44] As well, refugee claimants have access to the Federal Court if they believe the circumstances of their removal warrant the Court's intervention: *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700, at paragraph 87; *Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FCA 130, [2021] 1 F.C.R. 53, at paragraphs 158–159.

[44] En outre, les demandeurs d'asile peuvent s'adresser à la Cour fédérale s'ils estiment que les circonstances de leur renvoi justifient l'intervention de cette dernière (*Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700, au paragraphe 87; *Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CAF 130, [2021] 1 R.C.F. 53, aux paragraphes 158 à 159).

[45] This Court's case law shows that these powers and discretions can work to alleviate harsh effects caused by the Act: see *Atawnah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FCA 144, [2017] 1 F.C.R. 153, at paragraphs 13–23; *Tapambwa*, at paragraphs 87–88; *Revell*, at paragraphs 50–52; *Brown*, at paragraphs 150–159.

[45] La jurisprudence de notre Cour démontre que ces pouvoirs permettent d'atténuer les conséquences néfastes découlant de l'application de la Loi (voir *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et protection civile)*, 2016 CAF 144, [2017] 1 R.C.F. 153, aux paragraphes 13 à 23; *Tapambwa*, aux paragraphes 87 à 88; *Revell*, aux paragraphes 50 à 52; *Brown*, aux paragraphes 150 à 159).

(2) Assessment and conclusion

2) Évaluation et conclusion

[46] Paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations are part of an interrelated legislative scheme. The two sections do not sit alone and in isolation. It is artificial to view and analyze them in the abstract, all the more so after a foreign country has been designated. After designation, subsection 102(3) reviews are to take place continually to ensure that designation remains appropriate.

[46] L'alinéa 101(1)e de la Loi et l'article 159.3 du Règlement appartiennent à un régime légal dont les composantes sont interreliées. Ces deux dispositions n'existent pas en vase clos. Par conséquent, l'exercice qui consiste à les examiner dans l'abstrait est artificiel, à plus forte raison si une désignation a été accordée au pays étranger. Après la désignation, les examens prévus au paragraphe 102(3) sont effectués. De cette façon, on peut s'assurer que la désignation demeure justifiée.

[47] Put another way, if someone were to ask why a foreign country continued to be designated, say, in 2017 when the applications for judicial review in this case

[47] Autrement dit, si par exemple on demandait pourquoi un pays conserve la désignation en 2017 — l'année où les demandes de contrôle judiciaire ont été présentées

were brought, the answers are to be found not in the original designation in 2004 but in one or more subsection 102(3) reviews conducted up to that time, the failure to conduct reviews, the failure to conduct them properly or the failure to refer matters to the Governor in Council for assessment and decision, the findings and recommendations in those reviews, and the Governor in Council's reactions or non-reactions to those findings and recommendations. For the purposes of these reasons, all these activities shall be described as "subsection 102(3) reviews and related administrative conduct". At a higher level, one also could query whether subsection 102(3), the 2015 Order in Council, the Monitoring Framework and the reviews have been designed properly and have been working as they should.

C. The Claimants' Charter challenge is not properly constituted

(1) *The true nature of the Claimants' Charter challenge*

[48] Before us is an appeal from applications for judicial review in the Federal Court. We must begin by identifying the "real essence" and "essential character" of the applications. We do this by "reading [them] holistically and practically without fastening onto matters of form": *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, at paragraphs 49–50.

[49] All of the applications challenge the decision of an officer at an entry point who found the individual Claimants' claims for refugee protection to be ineligible for referral to the Refugee Protection Division under paragraph 101(1)(e) of the Act because of the designation of the United States under section 159.3 of the Regulations. All allege that the officer had no power to do that because those two provisions were invalid.

dans l'affaire qui nous occupe — la réponse ne se trouverait pas dans la désignation initiale de 2004. Il faudrait la chercher dans les examens effectués en application du paragraphe 102(3) jusqu'alors, le défaut de procéder à l'examen, le défaut de procéder à l'examen en bonne et due forme ou le défaut de renvoyer l'affaire au gouverneur en conseil pour évaluation et décision, les conclusions et recommandations énoncées dans l'examen ainsi que les réactions — ou l'absence de réaction — du gouverneur en conseil à ces dernières. Dans les présents motifs, toutes ces activités sont résumées sous le vocable « examens prévus au paragraphe 102(3) et actes administratifs connexes ». On pourrait également demander, si on poussait plus loin l'analyse, si le paragraphe 102(3), le décret de 2015, le Cadre de surveillance et les examens ont été bien conçus et s'ils fonctionnent comme il se doit.

C. Le recours des demandeurs fondé sur la Charte n'est pas intenté à bon droit

1) *Véritable nature du recours fondé sur la Charte*

[48] La Cour est saisie de l'appel des demandes de contrôle judiciaire tranchées par la Cour fédérale. La première étape consiste à déterminer la « véritable nature » et « la nature essentielle » de la demande. Il faut pour ce faire « s'employ[er] à en faire une lecture globale et pratique, sans s'attacher aux questions de forme » *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. (Canada (Revenu national))*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, aux paragraphes 49 à 50).

[49] Les demandes visaient la décision d'un agent à un point d'entrée qui a jugé irrecevables les demandes d'asile des demandeurs qui sont des particuliers et a omis de saisir la Section de la protection des réfugiés au titre de l'alinéa 101(1)(e) de la Loi au motif que les États-Unis sont un pays désigné sous le régime de l'article 159.3 du Règlement. Suivant toutes les demandes, l'agent n'était pas habilité à agir de la sorte, car les deux dispositions étaient invalides.

[50] Invalidity is alleged to stem from two problems, *ultra vires* and the Charter. The *ultra vires* issue will be canvassed later in these reasons.

[51] The Claimants say the two provisions cause effects that are contrary to section 7, section 15 or both. The Claimants also say the two provisions are not justified under section 1 and must be struck down under section 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[52] The Claimants do not say that other provisions, statutory instruments or policies are invalid because they cause effects contrary to the Charter. In particular, the Claimants do not seek to invalidate subsection 102(3), the 2015 Order in Council or the Monitoring Framework. Nor do they say that these matters are part of the cause of any unconstitutional effects caused by the two provisions.

[53] As well, in their applications, the Claimants do not challenge any subsection 102(3) reviews and related administrative conduct. For example, they do not challenge or seek remedies concerning administrative conduct in relation to subsection 102(3) reviews, the outcome of reviews that left the designation in place, reports to the Governor in Council or the failure to report to the Governor in Council, or any decisions at any time by the Governor in Council to keep the designation in place. None of these things are said to be part of the cause of any unconstitutional effects. In their memorandum of fact and law, the Claimants do make submissions alleging inadequacies in the subsection 102(3) reviews, but only in support of their submission that the designation of the United States as a safe country is *ultra vires* the Act.

[54] Thus, the real essence and essential character of the Claimants' applications is a challenge to paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations, and only those two provisions. Alone and in isolation they are said to cause unconstitutional effects. Based on this, as we shall see, the evidentiary record that developed in the Federal Court concentrated on general effects of the designation of the United States, often described in terms of individual incidents rather

[50] L'invalidité tiendrait à deux raisons, la légalité de la désignation et la Charte. Nous analysons plus loin la question de la légalité.

[51] Selon les demandeurs, les deux dispositions engendrent des effets qui contreviennent aux articles 7 et 15 de la Charte et ne sont pas justifiées au regard de l'article premier. Elles doivent à leur avis être invalidées en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[52] Les demandeurs n'invoquent pas l'invalidité d'autres dispositions, lois ou politiques en raison d'effets contraires à la Charte. Ils ne sollicitent pas l'invalidation du paragraphe 102(3), du décret de 2015 ou du Cadre de surveillance. Ils n'affirment pas non plus que celles-ci contribuent aux effets inconstitutionnels découlant des deux dispositions.

[53] En outre, les demandeurs ne remettent pas en cause les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes. Par exemple, ils ne demandent pas réparation pour des actes administratifs pris relativement aux examens prévus au paragraphe 102(3), la décision quant au maintien de la désignation prise à l'issue des examens, les rapports présentés au gouverneur en conseil ni les décisions de ce dernier quant au maintien de la désignation. Ils n'invoquent aucun de ces éléments parmi la cause des effets inconstitutionnels. Dans leur mémoire des faits et du droit, ils font certes valoir des lacunes dans les examens prévus au paragraphe 102(3), mais simplement pour démontrer que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr outre-passe les pouvoirs conférés par la Loi.

[54] Par conséquent, à en juger par la véritable nature et la nature essentielle de leurs demandes, leur recours vise seulement l'alinéa 101(1)e) de la Loi et l'article 159.3 du Règlement. Ces deux seules dispositions engendreraient des effets inconstitutionnels. Ainsi, comme nous l'expliquons ci-après, le dossier qui a été monté en Cour fédérale portait sur les effets généraux de la désignation des États-Unis, illustrés le plus souvent par des récits d'incidents personnels, plutôt que sur les examens effectués en

than the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct and their effect.

[55] The Claimants' applications do not fit with the nature of the legislative scheme. To reiterate, paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations do not sit alone and in isolation. They are part of an interrelated legislative scheme. And after designation, the real cause of any continued designation or decision to revoke it is the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct.

(2) *The nature of the Charter and the basic requirements for a challenge under it*

[56] The Charter sets out rights and freedoms and guarantees them subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. But nowhere does the Charter invite courts to depart from their role as courts. Nor does it invite judges—career lawyers who happen to hold a judicial commission—to follow whatever procedures they wish. Rather, the Charter is a document of law, surrounded, suffused and sustained by law. In fact, tens of thousands of cases have been decided under it, a veritable mountain of guidance.

[57] From this mountain, certain immutable principles bind us all. One of the most basic is that Charter claimants must show that some state action—for example, legislation or administrative conduct by state officials—has caused an infringement of rights or freedoms. Inherent in this are two requirements: the Charter claimants must identify the state action responsible for the infringement, i.e., demonstrate a causal link between the state action and the infringement, and place enough evidence before the Court to prove causation and infringement. See, e.g., *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at pages 447 and 490, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695 at pages 764–765, (1993), 110 D.L.R. (4th) 470; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraph 60; *Canada*

application du paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes et leurs effets.

[55] Les demandes ne cadrent pas avec la nature du régime légal. Répétons-le, l'alinéa 101(1)e de la Loi et l'article 159.3 du Règlement n'existent pas en vase clos. Ils appartiennent à un régime légal doté de composantes interreliées. Une fois qu'un pays est désigné, la véritable cause du maintien de la désignation ou de la révocation de cette dernière se trouve dans les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes.

2) *La nature de la Charte et les exigences minimales auxquelles est subordonné tout recours fondé sur elle*

[56] La Charte énonce les droits et libertés qui sont garantis. 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. Or, aucune disposition de la Charte n'invite les tribunaux à se distancier de leur rôle judiciaire. Aucune n'invite les juges — d'anciens avocats d'expérience à qui on a conféré une charge judiciaire — à suivre la procédure de leur choix. Au contraire, la Charte est un document de droit, circonscrit par le droit et fondé sur le droit. Des dizaines de milliers de décisions ont été rendues sur le fondement de la Charte, une véritable montagne de jurisprudence.

[57] De cette montagne découlent certains principes immuables et incontournables. Suivant un de ces principes fondamentaux, il incombe aux demandeurs qui invoquent la Charte de démontrer qu'un acte de l'État — par exemple une loi ou une mesure administrative prise par un fonctionnaire — a enfreint un droit ou une liberté. Ce principe comporte deux critères essentiels : les demandeurs doivent indiquer l'acte de l'État qui a causé la violation, c'est-à-dire qu'ils doivent démontrer un lien de causalité entre l'acte de l'État et la violation, et produire une preuve suffisante pour démontrer le lien de causalité et la violation. Voir, p. ex., *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, aux pages 447 et 490, 1985 CanLII 74; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, aux pages 764 à 765, 1993 CanLII 55; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2

(Attorney General) v. Bedford, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paragraphs 73–78; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, at paragraphs 126 and 131–134; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398, at paragraphs 251–254 and cases cited therein. Common to these requirements is causation. Causation is key.

[58] From this, two practical rules have emerged in the jurisprudence:

- (a) Legislative provisions in an interrelated legislative scheme cannot be taken in isolation and selectively challenged: *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134 [*PHS Community Services*]. The provisions, taken in isolation, may not have caused the Charter infringement. Other related provisions may be responsible or may prevent or cure any possible defects. This sort of artificial and narrow challenge often results in the creation of an unduly artificial and narrow evidentiary record.
- (b) Where administrative action or administrative inaction under legislation is the cause of a rights infringement, it, not the legislation, must be challenged: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120. Challenging the legislation and ignoring the administrative action or administrative inaction will not satisfy the requirement of causation between the state action and the rights infringement. This can also lead to the development of an unduly artificial and narrow evidentiary record.

[59] In considering a Charter challenge, another basic principle must be kept front of mind: courts are courts and have to act like courts. Thus, courts can deal only with the challenge the Charter challengers have advanced and courts can work only with the evidence the parties have offered concerning that challenge. Courts cannot go beyond the challenge and address a different

R.C.S. 307, au paragraphe 60; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, au paragraphes 73 à 78; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, aux paragraphes 126 et 131 à 134; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398, aux paragraphes 251 à 254 et la jurisprudence qui y est mentionnée. Le point commun de ces critères est le lien de causalité. Le lien de causalité est crucial.

[58] Il en ressort deux règles pratiques énoncées dans la jurisprudence :

- a) Les dispositions qui appartiennent à un régime légal aux composantes interreliées ne sauraient être examinées et contestées isolément (*Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 [*PHS Community Services*]). Il se peut que les dispositions, examinées isolément, n'aient pas causé la violation de la Charte. D'autres dispositions connexes peuvent en être la cause ou servir à prévenir toute lacune ou à y remédier. Ce genre de recours artificiel et étroit se traduit souvent par un dossier de preuve indûment artificiel et étroit.
- b) Dans les cas où la violation des droits résulte d'un acte — ou d'une omission — administratif pris en application d'une loi, c'est sur ce dernier, et non sur la loi, que le recours doit porter (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120). En attaquant la loi, et non l'acte ou l'omission administratif, on ne démontre pas l'existence d'un lien de causalité entre l'acte de l'État et la violation du droit. On risque également de monter un dossier de preuve indûment artificiel et étroit.

[59] Dans un recours fondé sur la Charte, il importe de garder à l'esprit un autre principe fondamental : les tribunaux sont des tribunaux et se doivent d'agir comme tels. Ainsi, le juge peut instruire uniquement le recours fondé sur la Charte intenté par les demandeurs, et ce uniquement sur le fondement du dossier de preuve constitué par les parties. Il ne lui est pas loisible de transcender l'objet du

challenge. Nor can they help themselves to evidence as if they are a roving commission of inquiry. Instead, courts dealing with a Charter challenge are “firmly grounded in the discipline of the common law methodology”: Brian Morgan, “Proof of Facts in Charter Litigation” in Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (Toronto: Butterworths, 1987), 159 at page 162, cited with approval by the Supreme Court in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at page 363, (1989), 61 D.L.R. (4th) 385 and *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at pages 1099–1101, (1990), 73 D.L.R. (4th) 686.

(3) *Application of these principles to the Claimants’ Charter challenge*

[60] The Claimants’ Charter challenge offends the two practical rules. The fundamental requirement of causation that underlies both rules has not been met. This has also rendered the evidentiary record on key issues too thin to permit responsible adjudication. As a result, the Claimants’ Charter challenge must be dismissed.

(a) Applying the two practical rules

- (i) Legislative sections cannot be taken in artificial isolation and selectively challenged

[61] Assuming for the moment that there is a Charter infringement in this case, what caused it? As the analysis of the legislative scheme in section B of these reasons shows, subsection 102(3) reviews play a pivotal role in ensuring that continued designation remains appropriate. In this case, the cause of any infringement is not the designation of the United States 17 years ago but the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct that has caused the designation to continue. It was incumbent on the Claimants to challenge that.

recours pour se prononcer sur un autre recours, ni de recueillir de la preuve comme s’il appartenait à une commission d’enquête itinérante. Le tribunal qui instruit une contestation est [TRADUCTION] « ancré solidement dans la discipline que requiert la méthodologie de la common law » (Brian Morgan, « Proof of Facts in Charter Litigation » dans Robert J. Sharpe, dir, *Charter Litigation*, Toronto : Butterworths, 1987, 159, à la page 162, mentionné avec approbation par la Cour suprême dans les arrêts *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, à la page 363, 1989 CanLII 26 et *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, aux pages 1099 à 1101, 1990 CanLII 93).

3) *Application de ces principes au recours des demandeurs fondé sur la Charte*

[60] Le recours fondé sur la Charte intenté par les demandeurs contrevient aux deux règles pratiques. Il n’est pas satisfait au critère fondamental du lien de causalité qui les sous-tend toutes deux. De plus, la preuve concernant les questions déterminantes est trop lacunaire pour permettre à la Cour de les trancher de façon responsable. Par conséquent, le recours fondé sur la Charte intenté par les demandeurs doit être rejeté.

a) Application des deux règles pratiques

- (i) Les dispositions ne peuvent être examinées isolément de manière artificielle dans le cadre d’un recours défini étroitement

[61] S’il y avait bel et bien une violation de la Charte en l’espèce, quelle en était la cause? Comme le révèle l’analyse du régime légal qui figure à la partie B des présents motifs, les examens prévus au paragraphe 102(3) jouent un rôle prépondérant lorsqu’il s’agit de faire en sorte que le maintien de la désignation est justifié. En l’espèce, toute violation s’il en est résulte, non pas de la désignation des États-Unis il y a 17 ans, mais des examens effectués en application du paragraphe 102(3) et des actes administratifs connexes qui en ont justifié le maintien. Il incombait aux demandeurs d’en faire l’objet de leur recours.

[62] But they did not do that. Instead, they plucked two provisions out of this complex, interrelated legislative scheme and have singled them out for attack. This was wrong. By attacking those two provisions and only those two—as if the rest of the legislative scheme and administrative conduct under that scheme does not exist—the Claimants have created a strawman and have asked us to decide on its constitutionality. This we cannot do. Courts deciding constitutional cases with big public impact do not deal with strawmen.

[63] This is fatal to the Claimants’ challenge: *PHS Community Services*, above.

[64] In *PHS Community Services*, the Supreme Court considered the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. That Act is structurally similar to the Act in this case. Like this case, the relevant provisions of the *Controlled Drugs and Substances Act* consisted of a general provision whose effects are mitigated by a provision elsewhere in the legislative scheme. Specifically, the *Controlled Drugs and Substances Act* prohibited the possession of certain drugs and substances (subsection 4(1)) but allowed the Minister of Health to grant exemptions from the prohibition (section 56).

[65] The Charter claimant in *PHS Community Services*, the Insite safe injection facility, challenged the general provision, subsection 4(1), arguing that it violated section 7 of the Charter and was not saved under section 1. Just like the Claimants here, Insite argued that the general provision was grossly disproportionate and overbroad.

[66] The Supreme Court unanimously dismissed Insite’s Charter challenge. The challenge was directed against the general provision, subsection 4(1), “in isolation” rather than “in the context of other provisions ... notably s. 56” (at paragraph 109). In words apposite to the Claimants’ challenge in the case before us, the Supreme Court observed that if the general provision

[62] Or, ce n’est pas ce qu’ils ont fait. Ils ont plutôt isolé deux dispositions appartenant à ce régime légal complexe aux composantes interreliées et en ont fait le point de mire de leur recours, à mauvais droit. En attaquant ces deux seules dispositions — et en faisant abstraction du reste du régime légal et des actes administratifs pris sous ce régime — les demandeurs ont érigé des moulins à vent et s’attendent à ce que nous nous prononcions sur leur constitutionnalité. Ce n’est pas possible. Les tribunaux qui tranchent les affaires constitutionnelles qui auront une incidence considérable pour le public n’ont que faire de moulins à vent.

[63] Voilà qui porte un coup fatal au recours des demandeurs (*PHS Community Services*).

[64] Dans l’arrêt *PHS Community Services*, la Cour suprême examine la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Ce texte de loi ressemble sur le plan structurel à la Loi en l’espèce. Comme dans le cas qui nous occupe, les dispositions pertinentes de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* consistent en une mesure générale prévoyant un effet qui est mitigé par une autre disposition du régime légal. Plus particulièrement, cette loi interdit la possession de certaines drogues et substances (paragraphe 4(1)), mais permet au ministre de la Santé d’exempter certaines personnes de l’application de l’interdiction (article 56).

[65] Les demandeurs dans l’affaire *PHS Community Services*, à savoir le centre d’injection supervisée Insite, attaquaient le paragraphe 4(1), la mesure générale, au motif qu’il contrevenait à l’article 7 de la Charte et qu’il n’était pas justifié au regard de l’article premier. À l’instar des demandeurs en l’espèce, Insite prétendait que la mesure générale avait des effets exagérément disproportionnés et une portée excessive.

[66] La Cour suprême rejette à l’unanimité le recours d’Insite fondé sur la Charte. Le recours vise la mesure générale, à savoir le paragraphe 4(1), qu’il « isole [...] des autres dispositions de la *Loi*, notamment de l’art. 56 » (paragraphe 109). La Cour suprême fait observer, par des remarques pertinentes pour le recours des demandeurs en l’espèce, que, si la mesure générale

operated in isolation, with “no provision for exemptions”, the “assertions that it is arbitrary, overbroad and disproportionate in its effects might gain some traction” (at paragraph 109). But the general prohibition did not operate that way. It worked hand in hand with the mitigating provision, section 56.

[67] The Supreme Court concluded that the “constitutional validity of s. 4(1) of the Act cannot be determined without considering the provisions in the Act designed to relieve against unconstitutional or unjust applications of that prohibition” (at paragraph 109). Subsection 4(1) was interrelated to and could not be separated from section 56. In the Supreme Court’s view, section 56 acted “as a safety valve that prevents [the general provision] from applying where such application would be arbitrary, overbroad or grossly disproportionate in its effects” (at paragraph 113).

[68] Thus, the Charter challenge had to be brought against all relevant parts of the legislative scheme, not just the general provision in isolation. As this was not done, the challenge against the general provision was dismissed.

[69] But the Supreme Court went further. It held that the entire legislative scheme, consisting of the general provision and the safety valve, was constitutional (at paragraph 114). Any problem with constitutionality was “not in the statute but in the Minister’s exercise of the power the statute gives him to grant appropriate remedies” against any effect causing a Charter violation (at paragraph 114). Here, the Supreme Court suggests that the challenge in *PHS Community Services* properly lay against the Minister’s discretionary decision refusing an exemption from the general prohibition.

[70] Just as in *PHS Community Services*, paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations cannot be challenged in isolation. A safety valve in the legislative scheme in issue here is the review procedure under subsection 102(3). In this case, if there are effects contrary to the Charter, they stem not from paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the

s’appliquait isolément « et ne comprenait aucune disposition prévoyant des exemptions », « les affirmations voulant qu’elle soit arbitraire, sa portée excessive et ses effets disproportionnés pourraient avoir plus de poids » (paragraphe 109). Or, l’interdiction générale ne s’applique pas ainsi. Elle va de pair avec la disposition d’atténuation, à savoir l’article 56.

[67] Selon la Cour suprême, « [o]n ne peut apprécier la validité constitutionnelle du par. 4(1) sans tenir compte des dispositions de la *Loi* conçues pour remédier aux applications inconstitutionnelles ou inéquitables de cette interdiction » (paragraphe 109). Le paragraphe 4(1) va de pair avec l’article 56 et ne saurait en être dissocié. De l’avis de cette cour, l’article 56 « sert de soupape empêchant l’application de la [mesure générale] dans les cas où son application serait arbitraire, ses effets exagérément disproportionnés ou sa portée excessive » (paragraphe 113).

[68] Par conséquent, le recours fondé sur la Charte doit attaquer le régime légal dans son ensemble, et non pas en isoler la mesure générale. Dans cette affaire, comme ce n’était pas le cas, le recours intenté contre la mesure générale a été rejeté.

[69] Toutefois, la Cour suprême ne s’arrête pas là. Elle conclut à la constitutionnalité du régime légal dans son ensemble, y compris la mesure générale et la soupape (paragraphe 114). À son avis, tout problème lié à la constitutionnalité « ne réside pas dans la loi, mais dans l’exercice par le ministre de son pouvoir légal d’accorder les exemptions appropriées » pour remédier à toute contravention à la Charte (paragraphe 114). Dans l’arrêt *PHS Community Services*, la Cour suprême indique que le recours doit être exercé contre la décision discrétionnaire du ministre qui a refusé d’accorder l’exemption à l’interdiction générale.

[70] Comme dans l’affaire *PHS Community Services*, l’alinéa 101(1)(e) de la Loi et l’article 159.3 du Règlement ne peuvent être attaqués isolément. La soupape en l’espèce correspond au processus d’examen prévu au paragraphe 102(3). Dans ce cas, les effets contraires à la Charte, s’il en est, résultent non pas de l’alinéa 101(1)(e) de la Loi et de l’article 159.3 du Règlement, mais des

Regulations but from the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct. This Court has previously dismissed challenges to the Act that artificially isolate provisions: *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, at paragraph 81; *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 212, [2005] 1 F.C.R. 171, at paragraph 23.

[71] Fundamentally then, *PHS Community Services* holds that a Charter challenge must be directed to the state action—legislation or administrative conduct—that causes the Charter infringement. In this regard, it stands alongside and is bolstered by the Supreme Court authority on the requirement of causation cited at paragraph 57 of these reasons.

[72] In oral argument, the Claimants submit that *PHS Community Services* actually supports their position. After all, in *PHS Community Services*, the Supreme Court, using the Charter, ordered the Minister to grant Insite its exemption from the general prohibition. Counsel urges this Court to apply *PHS Community Services*, grant Charter relief here, and end the designation of the United States as a safe third country.

[73] However, *PHS Community Services* and this case are not identical. In *PHS Community Services*, the challengers sought a declaration of the constitutional invalidity of the general prohibition in the *Controlled Drugs and Substances Act* just like the Claimants here sought a declaration of the constitutional invalidity of two designation sections. But in *PHS Community Services*, the challengers went further than that. They challenged administrative conduct—the Minister’s failure to grant exemptions—that caused individual rights breaches and sought individual remedies under section 24 [of the Charter], including a declaration that the failure of the Minister to grant exemptions to individuals violated section 7 rights (at paragraph 116). Here, the Claimants have not done this.

examens prévus au paragraphe 102(3) et des actes administratifs connexes. Notre Cour a déjà rejeté des contestations de la Loi qui isolaient de manière artificielle des dispositions (*de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, au paragraphe 81; *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 212, [2005] 1 R.C.F. 171, au paragraphe 23).

[71] Au fond, l’arrêt *PHS Community Services* dispose qu’un recours fondé sur la Charte doit être exercé contre un acte de l’État — soit une loi, soit un acte administratif — qui cause la violation de la Charte. À cet égard, il s’inscrit dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour suprême sur la nécessité d’un lien de causalité énoncée au paragraphe 57 des présents motifs.

[72] Dans leurs plaidoiries orales, les demandeurs affirment que l’arrêt *PHS Community Services* étaye en fait leur thèse. Après tout, dans cet arrêt, la Cour suprême, sur le fondement de la Charte, ordonne au ministre d’accorder à Insite l’exemption de l’interdiction générale. Leur avocat exhorte notre Cour à suivre l’arrêt *PHS Community Services*, à accorder la réparation fondée sur la Charte et à mettre fin à la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr.

[73] Toutefois, l’affaire *PHS Community Services* et l’affaire dont nous sommes saisis ne sont pas identiques. Dans la première, les demandeurs sollicitaient une déclaration d’invalidité à l’égard de l’interdiction générale prévue à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, tout comme les demandeurs en l’espèce sollicitent une déclaration d’invalidité à l’égard de deux dispositions concernant les désignations. Cependant, dans l’affaire *PHS Community Services*, les demandeurs n’en sont pas restés là. Ils ont aussi attaqué l’acte administratif — le refus par le ministre d’accorder l’exemption — qui avait causé l’atteinte aux droits individuels et ont demandé la réparation visée à l’article 24, dont une déclaration que le refus par le ministre d’accorder l’exemption à des personnes enfreignait les droits garantis par l’article 7 (paragraphe 116). Les demandeurs en l’espèce n’ont rien fait de tel.

[74] In paragraph 58 of these reasons, I mentioned that failing to challenge the matter that is the real cause of the infringement often leads to the development of an unduly artificial and narrow evidentiary record, one that does not speak to the real cause of the Charter infringement. This has happened here. The subsection 102(3) reviews and related administrative conduct are the real causes of the infringement, if there is one. But the evidence before us in this case on subsection 102(3) reviews and related administrative conduct is limited because they were not the focus of the Claimants' challenge. Much more evidence concerning subsection 102(3) reviews and related administrative conduct would have appeared in this record had they been the focus of the Claimants' challenge. We cannot be confident that this record, hobbled by the way the Claimants have cast their challenge, is sufficient for us to adjudicate the Charter issues responsibly.

[75] By way of illustration, the most recent reports from subsection 102(3) reviews were issued just before and after the Charter challenges in this case, in December 2016, March 2017 and February 2018, likely covering events right around the time of the challenges: Reasons of the Federal Court, at paragraph 77. Yet, the Federal Court tells us that not even "the content of these reports was...in evidence": reasons of the Federal Court, at paragraph 78. All that the Federal Court could surmise (at paragraph 78) was that "reporting continued after the 2015 [Order in Council]". The reviews underlying these reports—to say nothing of the material administrative officials might have considered when preparing these reviews—could contain evidence of the sort described at paragraphs 34–42 and 47 of these reasons. In this case, much of this valuable evidence is missing or is in bits and pieces, highly redacted in many places due to assertions of privilege by Canada. But the Claimants advised us at the hearing that they did not object to or challenge these, in effect acquiescing to Canada's non-disclosure. As a result, right where any Charter assessment must focus—the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct, including any reports—lies a great big hole.

[74] Au paragraphe 58 des présents motifs, j'indique que le défaut de contester la cause véritable de l'atteinte se traduit souvent par un dossier de preuve indûment artificiel et étroit, qui ne concerne pas la véritable cause de la violation de la Charte. C'est le cas en l'espèce. Les véritables causes de la violation, s'il y a bel et bien violation, sont les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes. Cependant, la preuve produite sur les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes est incomplète, car ils n'étaient pas l'objet du recours des demandeurs. S'ils l'étaient, le dossier aurait contenu beaucoup plus d'éléments à ce sujet. Nous n'estimons pas que le dossier qui nous a été présenté, compromis comme il l'est par la manière dont les demandeurs ont présenté leur recours, nous permet de trancher les questions concernant la Charte de manière responsable.

[75] Par exemple, les rapports les plus récents sur les examens effectués en application du paragraphe 102(3) ont été publiés juste avant et juste après le dépôt du recours en l'espèce, soit en décembre 2016, mars 2017 et février 2018. Il est raisonnable de penser qu'ils traitent des faits qui se sont produits à l'époque des recours (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 77). Or, selon la Cour fédérale, « le contenu de ces rapports n'[a] pas été produit en preuve » (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 78). Tout ce qu'elle pouvait en tirer (au paragraphe 78) était que « des rapports ont continué à être présentés après le décret de 2015 ». Les examens sous-tendant ces rapports — sans parler des renseignements dont les fonctionnaires auraient tenu compte pour les rédiger — sont susceptibles de présenter des éléments de preuve tels que ceux qui sont décrits aux paragraphes 34 à 42 et au paragraphe 47 des présents motifs. En l'espèce, cette preuve précieuse manque au dossier, est lacunaire ou comporte de nombreux passages caviardés, en raison de privilèges invoqués par le Canada. Toutefois, les demandeurs nous ont avisés lors de l'audience qu'ils n'ont pas remis en question les privilèges invoqués; ils ont ainsi avalisé la non-communication. Il s'ensuit que là où doit porter l'analyse fondée sur la Charte — en l'occurrence les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes, y compris les rapports rédigés à cet égard — on trouve un grand trou béant.

[76] The legal question for this Court “is whether the appeal record provides sufficient facts to permit the Court to adjudicate properly the issues raised”: *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, (1999), 180 D.L.R. (4th) 1, at paragraph 37. The answer is no. The evidentiary basis is too incomplete to allow for an informed Charter adjudication on what really matters in this case.

[77] The Claimants submit that the evidentiary record is voluminous and, thus, was adequate. Voluminous it was, particularly concerning the experiences of some refugee claimants in the United States and the experiences of some refugee claimants in Canada who were returned to the United States. But the value of evidence is not measured by the pound.

[78] As shall be seen in the discussion of the Federal Court’s treatment of the section 7 issues, some of this evidence, although voluminous, is somewhat piecemeal and individualized and, thus, is problematic for drawing system-wide inferences concerning the situation in the United States. Immigration, Refugees and Citizenship Canada noted similar problems with a report, prepared by two of the Claimants, that urged the Minister to revoke the designation of the United States: memorandum to the Minister entitled “Amnesty International and Canadian Counsel for Refugees Report Contesting the U.S. Designation as a Safe Third Country”, dated July 7, 2017, appeal book, Vol. 39, at pages 16740 and 16741. Also some of the evidence consists of or is based on media reports whose reliability and admissibility is open to question. The evidentiary record suffers from other problems too. But the biggest problem of all is that very little of it concerned the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct, a storehouse of some of the best available evidence. As will be discussed shortly, if their Charter challenge were properly constituted, the Claimants could have pursued this evidence, asserted and maintained objections to non-disclosure and litigated the objections. And, as will also be discussed shortly, measures could have been taken to ensure that a judicial review would be available, effective, and fair.

[76] La question juridique que doit trancher la Cour est celle de savoir « si le dossier d’appel contient suffisamment de faits pour permettre à la Cour de bien trancher les questions soulevées » (*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, 1999 CanLII 637, au paragraphe 37). La réponse est non. Le dossier de preuve est trop incomplet pour nous permettre de trancher de manière éclairée, à la lumière de la Charte, les questions qui importent véritablement.

[77] Les demandeurs affirment que le dossier de preuve est volumineux et donc adéquat. Certes, il est volumineux, tout particulièrement en ce qui a trait aux expériences de certains demandeurs d’asile aux États-Unis et de certains qui ont été renvoyés aux États-Unis depuis le Canada. Or, on ne juge pas la valeur de la preuve au poids.

[78] Comme nous l’expliquons ci-après dans l’analyse des motifs de la Cour fédérale concernant les questions portant sur l’article 7, une partie de cette preuve, quoique volumineuse, s’en tient à l’anecdote et est présentée de manière fragmentée, ce qui ne nous permet guère de tirer des inférences générales sur la situation aux États-Unis. Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada a signalé la même lacune à l’égard d’un rapport, préparé par deux des demandeurs, qui exhortait le ministre à révoquer la désignation des États-Unis (mémoire du ministre intitulé « Amnesty International and Canadian Counsel for Refugees Report Contesting the U.S. Designation as a Safe Third Country », daté du 7 juillet 2017, dossier d’appel, vol. 39, aux pages 16740 et 16741). En outre, certains éléments de preuve présentent ou mentionnent des articles médiatiques à la fiabilité et à l’admissibilité douteuses. La preuve souffre également d’autres maux. Toutefois, le problème le plus important est qu’il ne fait guère la lumière sur les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes, une source de preuve parmi les meilleures. Comme nous l’expliquons ci-après, si les demandeurs avaient bien circonscrit leur recours fondé sur la Charte, ils auraient pu recueillir une telle preuve, soulever des objections à l’égard des éléments caviardés et défendre de telles objections. Également — et nous y reviendrons — on aurait pu faire en sorte qu’un contrôle judiciaire soit possible, efficace et équitable.

[79] At one point in the hearing, the Claimants seemed to suggest that the requirement of a sufficient evidentiary record before the Court is just a technicality. A foundational case from the Supreme Court rejects this. The sufficiency of evidence is “not ... a mere technicality” but is “a flaw that is fatal” because it “is essential to a proper consideration of Charter issues”. Deciding Charter cases in “a factual vacuum” would “trivialize” the Charter and cause “ill-considered opinions” in cases “of fundamental importance to Canadian society” that “profoundly affect the lives of Canadians and all residents of Canada.” No one can “expect a court to deal with [a Charter issue where there is]...a factual void”. And “the unsupported hypotheses of enthusiastic counsel” cannot fill that void. See *MacKay*, at pages 361–362 and 366 S.C.R.

[80] This especially matters where, as here, the allegation of unconstitutionality stems from the alleged effects of the impugned provision. In *Danson*, at page 1101 S.C.R., the Supreme Court put it this way:

.... In general, any *Charter* challenge based upon allegations of the unconstitutional effects of impugned legislation must be accompanied by admissible evidence of the alleged effects. In the absence of such evidence, the courts are left to proceed in a vacuum, which, in constitutional cases as in nature, has always been abhorred.

[81] Time and time again, the Supreme Court has underscored the importance of a court having a full evidentiary record before deciding Charter cases. See *A.G. (Que.) v. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at pages 90–91, (1984), 10 D.L.R. (4th) 321; *MacKay*, at pages 361–362 S.C.R.; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, (1986), 35 D.L.R. (4th) 1, at pages 762 and 767–768 S.C.R.; *Danson*, at page 1101 S.C.R.; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, (1997), 142 D.L.R. (4th) 385, at paragraphs 2–3 and 55; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, (1991), 131 N.R. 1, at pages 515–516 S.C.R.; and at least 16 other, more recent Supreme Court authorities on point.

[79] À l’audience, il a semblé que les demandeurs laissent entendre que la nécessité d’un dossier de preuve suffisant constituait seulement une exigence de forme. Un arrêt de principe de la Cour suprême dit le contraire. Une preuve suffisante « n’est pas [...] une simple formalité » et « son absence est fatale », car elle « est essentielle à un bon examen des questions relatives à la Charte ». Trancher des affaires relatives à la Charte « dans un vide factuel » « banaliserait la Charte » et donnerait lieu à des « opinions mal motivées » dans des affaires « d’une importance fondamentale pour la société canadienne » et « qui auront des incidences profondes sur la vie des Canadiens et de tous les résidents du Canada ». Personne ne peut « exiger d’un tribunal qu’il examine une question [relative à la Charte] dans un vide factuel ». Ainsi, les « hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes » ne sauraient combler pareil vide. Voir *MacKay*, aux pages 361 à 362 et 366 du Recueil.

[80] C’est tout particulièrement le cas lorsque, comme en l’espèce, la thèse relative à l’inconstitutionnalité est étayée par les effets que la disposition attaquée est censée produire. La Cour suprême, dans l’arrêt *Danson*, à la page 1101 du Recueil, conclut en ces termes :

[...] En général, toute contestation relative à la *Charte* fondée sur la prétention que les effets de la loi visée sont inconstitutionnels doit être appuyée par une preuve recevable concernant les effets contestés. En l’absence de telle preuve, les tribunaux auraient à se prononcer dans le vide ce qui est tout aussi difficile en matière constitutionnelle que dans la nature.

[81] En général, toute contestation relative à la *Charte* fondée sur la prétention que les effets de la loi visée sont inconstitutionnels doit être appuyée par une preuve recevable concernant les effets contestés. En l’absence de telle preuve, les tribunaux auraient à se prononcer dans le vide ce qui est tout aussi difficile en matière constitutionnelle que dans la nature. À maintes reprises, la Cour suprême a souligné la nécessité, pour une cour de justice, de disposer d’un dossier de preuve complet pour trancher des affaires relatives à la Charte. Voir *P.G. (Qué.) c. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, aux pages 90 à 91, 1984 CanLII 32; *MacKay*, aux pages 361 à 362; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*,

[82] This is just a subset of an older, broader rule, expressed in non-Charter constitutional cases that constitutional issues should not be decided unless a full and adequate evidentiary record is before the Court: *Northern Telecom v. Communications Workers*, [1980] 1 S.C.R. 115, (1979), 98 D.L.R. (3d) 1, at page 139 S.C.R.

[83] Had the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct been targeted in a Charter challenge or judicial review, the reports of the reviews, the reviews themselves and the information relied upon by officials involved in the reviews and, if relevant, by the Governor in Council would form the record placed before the Court, subject to privilege and other valid objection: *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; and see discussion at paragraphs 106–120 below on tools the Court has to manage privilege and objection. Much of the record would have been systemic evidence related to the United States' treatment of refugees, including evidence gathered on a state-to-state basis, based on the many detailed sources required to be examined in the Monitoring Framework—sources broader and more numerous than those that the non-governmental organizations who are Claimants in this case could access. As well, the subsection 102(3) reviews would have contained evaluations by administrators responsible for studying the matter—potentially important for the issues of rights breach and justification. Finally, assuming a challenge targets the most recent subsection 102(3) reviews and related administrative conduct, the underlying material would be relatively fresh. Freshness matters: the policies and practices of the United States and the conditions refugees encounter there can rapidly change.

[1986] 2 R.C.S. 713, aux pages 762 et 767 à 768, 1986 CanLII 12; *Danson*, à la page 1101; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, 1997 CanLII 366, aux paragraphes 2 à 3 et 55; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, aux pages 515 à 516, 1991 CanLII 51, et au moins seize autres arrêts plus récents de la Cour suprême qui portent sur la question.

[82] Ce n'est rien de plus qu'une adaptation de la règle générale antérieure, dans les affaires constitutionnelles ne concernant pas la Charte, selon laquelle les questions constitutionnelles ne sauraient être tranchées sans un dossier de preuve complet et adéquat (*Northern Telecom c. Travailleurs en communications*, [1980] 1 R.C.S. 115, à la page 139, 1979 CanLII 3).

[83] Si les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes avaient fait l'objet d'un recours fondé sur la Charte ou d'un contrôle judiciaire, les rapports sur les examens effectués, les examens mêmes et les renseignements ayant servi aux fonctionnaires chargés des examens — ou, le cas échéant, au gouverneur en conseil — feraient partie de la preuve produite, sous réserve de l'application de privilèges ou d'objections valables (*Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22 et voir la discussion aux paragraphes 106–120 ci-après en ce qui a trait à la façon de gérer les privilèges et objections). Le dossier aurait comporté en grande partie des éléments sur le traitement des demandeurs d'asile aux États-Unis, notamment des éléments de preuve portant sur la situation dans chaque État, provenant des nombreuses sources détaillées qu'exige le Cadre de surveillance. Ces sources sont plus variées et nombreuses que celles que pourraient consulter les organisations non gouvernementales qui sont parties au présent litige. En outre, les examens prévus au paragraphe 102(3) auraient comporté les analyses effectuées par les fonctionnaires à qui incombent cette responsabilité, une source possiblement importante quant aux questions d'atteinte aux droits et de justification. Enfin, dans le cas d'un recours concernant les derniers examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes, les renseignements sous-tendant l'analyse seraient relativement récents. C'est important : les politiques et les pratiques américaines ainsi que les

- (ii) Where administrative action or inaction under legislation is responsible for unconstitutional effects, the administrative action or inaction must be challenged, not the legislation

[84] A Charter remedy will be given only for state action that causes a Charter infringement. Where the state action is legislation and the effect of the legislation is to infringe Charter rights in an unjustifiable way, the legislation is liable to be struck. But if, in reality, administrative action or inaction under the legislation is alone responsible for the unjustified Charter infringement, the Charter challenge must focus on the administrative action or inaction, not the legislation: *PHS Community Services; Slight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, (1989), 59 D.L.R. (4th) 416, at pages 1078-1079 S.C.R.; *Eaton*, above, at paragraphs 2–3 and 55; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577, at paragraphs 20–23; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 53; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, (1999), 177 D.L.R. (4th) 124, at paragraph 97; *Little Sisters*, above, at paragraphs 134–135; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at paragraphs 83–84; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at paragraph 67; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at paragraph 174.

[85] *Little Sisters*, above, is perhaps the foremost Supreme Court authority supporting the proposition that where administrative action or inaction is responsible for unconstitutional effects, the administrative action or inaction should be challenged.

[86] *Little Sisters Book and Art Emporium* imported erotic publications into Canada. Canada Customs regularly intercepted and prohibited the importations on the

conditions du traitement des demandeurs d’asile sont susceptibles de changer rapidement.

- (ii) Le recours doit porter sur l’acte ou l’omission administratif qui produit des effets inconstitutionnels sous le régime d’une loi, et non pas sur la loi

[84] Une réparation fondée sur la Charte n’est accordée que si d’un acte de l’État découle une atteinte aux droits protégés par la Charte. Lorsque l’acte de l’État est une loi ayant pour effet de porter atteinte à des droits protégés par la Charte d’une manière ne pouvant se justifier, la loi est susceptible d’invalidation. Or, si l’acte — ou l’omission — administratif posé sous le régime de la loi est seul responsable de l’atteinte injustifiée, le recours fondé sur la Charte doit porter sur l’acte ou l’omission, et non sur la loi (*PHS Community Services; Slight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, aux pages 1078 à 1079, 1989 CanLII 92; *Eaton*, aux paragraphes 2 à 3 et 55; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, 1997 CanLII 32, aux paragraphes 20 à 23; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699, au paragraphe 53; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, 1999 CanLII 653, au paragraphe 97; *Little Sisters*, aux paragraphes 134 à 135; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, aux paragraphes 83 à 84; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, au paragraphe 67; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, au paragraphe 174).

[85] L’arrêt *Little Sisters*, qui est mentionné plus haut, est l’arrêt de principe dans lequel la Cour suprême énonce la règle suivant laquelle l’acte ou l’omission de l’État qui cause des effets inconstitutionnels doit faire l’objet du recours.

[86] *Little Sisters Book and Art Emporium* importait des publications érotiques au Canada. L’Agence des douanes confisquait régulièrement les marchandises

ground of obscenity. It launched a Charter challenge against the provisions of Customs legislation that authorized the interceptions.

[87] The majority of the Supreme Court asked itself whether the “source of the problem” was “the...legislation itself” or “the unconstitutional conduct of Customs officials exercising powers under constitutional legislation” (at paragraph 108).

[88] The majority of the Supreme Court held that the problem did not stem from the Customs legislation itself. In purpose and effect, it was not contrary to the Charter. It did not contemplate or authorize maladministration by officials with Canada Customs. Instead, the administrative decisions taken by Canada Customs under the legislation were the real source of any constitutional infringement. In the words of the majority of the Supreme Court, the challengers’ complaints were about “the statutory scheme as *operated* by officials rather than the statutory scheme itself” (at paragraph 77, emphasis in original). Occasional maladministration and misapplication by officials, by itself, affords “no reason to declare the legislation unconstitutional” (at paragraph 77). The proper recourse for Little Sisters was to challenge non-importation decisions by Canada Customs by way of judicial review.

[89] The case at bar is similar to *Little Sisters*. The alleged constitutional defect in this case stems from how administrators and officials are operating the legislative scheme, not the legislative scheme itself. If they are operating the legislative scheme properly, regular reviews under subsection 102(3) will be conducted against the four criteria in subsection 102(2) of the Act and the reviews, conducted in accordance with the Monitoring Framework, will be thorough. For good measure, officials at points of entry will have powers and discretions available to them to mitigate or eliminate any harsh effects.

importées et les prohibait pour cause d’obscénité. L’entreprise a intenté un recours fondé sur la Charte visant les dispositions de la législation régissant les douanes qui autorisait les confiscations.

[87] Les juges majoritaires de la Cour suprême demandent si « la source du problème » est « la législation douanière elle-même » ou « le résultat de la conduite inconstitutionnelle des fonctionnaires des douanes dans l’exercice des pouvoirs fondés sur des dispositions législatives constitutionnellement valides » (au paragraphe 108).

[88] Ils sont d’avis que le problème ne découle pas de la loi douanière elle-même. Son objet et son effet ne contreviennent pas à la Charte. Elle ne prévoit pas la mauvaise administration par les agents des douanes ni ne l’autorise. Ce sont plutôt les décisions administratives prises par les agents des douanes sous le régime de la loi qui constituent la véritable cause des violations de nature constitutionnelle. Pour citer les juges majoritaires, les plaintes « concernent le régime législatif tel qu’il est *appliqué* par les fonctionnaires plutôt que le régime législatif lui-même » (paragraphe 77, en italiques dans l’original). Une mauvaise administration ou une mauvaise application occasionnelle par les agents, en soi, « ne constituent pas des motifs justifiant de déclarer les mesures législatives inconstitutionnelles » (paragraphe 77). Le recours qui s’offrait à Little Sisters dans cette affaire était de demander le contrôle judiciaire des décisions prises par les agents des douanes quant à la prohibition d’importation.

[89] L’affaire dont nous sommes saisis est semblable à l’affaire *Little Sisters*. L’inconstitutionnalité reprochée découle de l’application, par les fonctionnaires et administrateurs, du régime légal, et non du régime en soi. S’ils appliquent le régime à bon droit, ils procèdent régulièrement aux examens prévus au paragraphe 102(3) sur le fondement des quatre facteurs énumérés au paragraphe 102(2) de la Loi. Ces examens, effectués conformément au Cadre de surveillance, seront exhaustifs. En plus, les agents aux points d’entrée disposeront de pouvoirs qui leur permettront d’atténuer ou d’enrayer les répercussions graves.

[90] Thus, based on the record before us, the legislative scheme as a whole, assuming it is operated properly, is designed to protect fundamental human rights, including Charter rights. Based on the record before us, to the extent that detrimental effects are being suffered by persons being returned to the United States, the legislative scheme as a whole is not to blame. Rather, if anything, subsection 102(3) reviews and related administrative conduct may be to blame. But because the Claimants chose not to attack any administrative conduct, we have neither the ability nor the evidence before us to assess it.

[91] Before leaving this topic, one exchange between the Claimants and this Court deserves mention. The Court asked the Claimants questions regarding the nature of their Charter challenge and whether it had been properly constituted, i.e., whether the Claimants had challenged the state action responsible for the Charter infringements they allege. In response, shortly after the mid-morning break on the second day of hearing, the Claimants submitted that all they had to do to succeed in their Charter challenge was to prove the presence of any Charter infringements and point to any sort of legislative action that had taken place in the years leading up to the infringements, nothing more. This is not supported by the law. It reads out the requirement at paragraph 57 of these reasons that a Charter challenger prove causation, the two practical rules identified at paragraph 58 of these reasons and discussed at paragraphs 61–73 and 84–91 of these reasons, the need for adequate evidence proving causation identified at paragraphs 74–83 of these reasons, and the tens of Supreme Court cases cited in this section of these reasons supporting all of these points.

(b) *The Claimants' proper recourse*

[92] The Claimants and Canada both submitted during the hearing that applications for judicial review targeting the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct are not possible. In their view, there must be a formal decision, a formal order or a tangible record of a

[90] Par conséquent, au vu du dossier dont nous disposons, nous concluons que le régime légal dans son ensemble — à condition qu'il soit appliqué à bon droit — est conçu pour protéger les droits fondamentaux, y compris ceux énumérés dans la Charte. Nous sommes d'avis, après avoir pris connaissance du dossier, que les effets néfastes, s'il en est, soufferts par les personnes qui sont renvoyées aux États-Unis ne peuvent être imputés au régime légal dans son ensemble. Ils seraient plutôt imputables aux examens prévus au paragraphe 102(3) et aux actes administratifs connexes. Or, comme les demandeurs n'ont pas formé de recours contre un acte administratif, nous n'avons pas la possibilité d'évaluer pareille prétention, ni le dossier de preuve pour ce faire.

[91] Une dernière chose. Un échange entre les demandeurs et la Cour mérite d'être mentionné. La Cour a interrogé les demandeurs quant à la nature de leur recours fondé sur la Charte et leur a demandé s'ils l'avaient formé correctement, c'est-à-dire s'ils avaient attaqué l'acte d'État ayant causé la violation de la Charte qu'ils soulèvent. Peu après la pause du matin le deuxième jour d'audience, les demandeurs ont répondu que, pour avoir gain de cause, ils n'avaient qu'à démontrer l'existence d'une violation de la Charte et à alléguer n'importe quelle mesure législative prise au cours des ans ayant précédé les violations. Rien de plus. Cette prétention n'est pas étayée en droit. Elle néglige l'exigence — selon laquelle le demandeur qui intente un recours fondé sur la Charte doit prouver la causalité— dont il est question plus haut au paragraphe 57, les deux règles pratiques énoncées au paragraphe 58 et analysées aux paragraphes 61 à 73 et 84 à 91, la nécessité de produire une preuve adéquate du lien de causalité, dont il est question aux paragraphes 74 à 83 et les dizaines d'arrêts de la Cour suprême mentionnés dans la présente partie des motifs à l'appui de tous ces éléments.

b) *Recours qui aurait dû être intenté par les demandeurs*

[92] Les demandeurs et le Canada ont fait valoir à l'audience leurs prétentions suivant lesquelles il n'est pas possible de faire contrôler les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes. À leur avis, le contrôle judiciaire est subordonné à

decision-point such as a report that has legal effect before there can be judicial review. They submit that there was no such thing here.

[93] I disagree. Applications for judicial review targeting the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct are possible despite what the parties might believe.

[94] Applications for judicial review are possible where a matter—usually administrative conduct or inaction—affects legal rights, imposes legal obligations or causes real prejudicial effects: *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488, at paragraphs 21–25; *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner*, 2009 FCA 15, 387 N.R. 365. As a result, there are examples of judicial reviews for administrative conduct or inaction falling short of formal decisions or orders: see, e.g., *Saulnier v. Québec Police Commission*, [1976] 1 S.C.R. 572, (1975), 57 D.L.R. (3d) 545, at page 578 S.C.R. (a recommendation to the Minister of Justice to demote an officer is reviewable); *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694, at pages 698–703, (1995), 125 D.L.R. (4th) 559 (C.A.), at pages 561–565 (the process for tendering and awarding a contract is reviewable); *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440, (1997), 151 D.L.R. (4th) 1 (notices from the commissioner of an inquiry that outline possible findings of misconduct are reviewable); *Chrétien v. Canada (Ex-Commissioner, Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities)*, 2008 FC 802, [2009] 2 F.C.R. 471 (issuance of a royal commission report with no legal consequences that made reputation-affecting findings concerning an individual is reviewable).

l'existence d'une décision ou d'un décret en bonne et due forme ou un dossier tangible étayant une décision, comme un rapport ayant un effet juridique. Selon eux, il n'y a rien de tel en l'espèce.

[93] Je ne suis pas d'accord. Les demandes de contrôle judiciaire portant sur les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes sont possibles malgré ce que pourraient en penser les parties.

[94] Il est possible de présenter une demande de contrôle judiciaire lorsque son objet —généralement un acte ou une omission administratifs — porte atteinte à des droits juridiques, impose des obligations juridiques ou cause un véritable préjudice (*Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488, aux paragraphes 21 à 25; *Démocratie en surveillance c. Commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique*, 2009 CAF 15). Ainsi, il existe des exemples de contrôles judiciaires portant sur des actes ou omissions administratifs qui ne constituent pas une décision ou un décret en bonne et due forme (voir p. ex. *Saulnier c. Commission de police du Québec*, [1976] 1 R.C.S. 572, à la page 578, 1975 CanLII 215 (où il a été conclu que la recommandation faite au ministre de la Justice en faveur de la rétrogradation d'un agent était susceptible de contrôle); *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694 (C.A.), aux pages 698 à 703, 1995 CanLII 3600 (où il est conclu que le processus d'appel d'offres en vue d'accorder un contrat est susceptible de contrôle); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440, 1997 CanLII 323 (où il a été conclu que les préavis, émanant du commissaire présidant une enquête, d'éventuelles conclusions faisant état d'une faute sont susceptibles de contrôle); *Chrétien c. Canada (Ex-commissaire, Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires)*, 2008 CF 802, [2009] 2 R.C.F. 417 (où il est conclu que la publication d'un rapport d'une commission royale d'enquête dépourvu d'effet juridique ayant nui à la réputation d'un particulier est susceptible de contrôle).

[95] This Court explained the legal basis for this as follows:

Subsection 18.1(1) ... of the *Federal Courts Act* provides that an application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by “the matter in respect of which relief is sought.” A “matter” that can be subject of judicial review includes not only a “decision or order,” but any matter in respect of which a remedy may be available under section 18 ... of the *Federal Courts Act*: *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.). Subsection 18.1(3) ... sheds further light on this, referring to relief for an “act or thing,” a failure, refusal or delay to do an “act or thing,” a “decision,” an “order” and a “proceeding”. Finally, the rules that govern applications for judicial review apply to “applications for judicial review of administrative action,” not just applications for judicial review of “decisions or orders”: rule 300 of the *Federal Courts Rules*

As far as “decisions” or “orders” are concerned, the only requirement is that any application for judicial review of them must be made within 30 days after they were first communicated: subsection 18.1(2) ... of the *Federal Courts Act*.

(*Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605, at paragraphs 24–25.)

[96] Based on these authorities, the individual Claimants could have brought judicial reviews against the immigration officers’ decisions that they were ineligible for refugee protection in Canada on the basis that they were or are actually eligible. In support of that, they could have sought *mandamus* requiring the Governor in Council to revoke the designation of the United States and a declaration that the Governor in Council should have revoked the designation of the United States at an earlier time. To the extent it is necessary, administrative law relief could also have been obtained concerning subsection 102(3) reviews and related administrative matters as long as those matters affect legal rights, impose legal obligations or cause real prejudicial effects in accordance with the *Irving* test. To the extent that any administrative decisions have been made along

[95] Notre Cour explique le fondement juridique en ces termes :

Le paragraphe 18.1(1) [...] de la *Loi sur les Cours fédérales* énonce qu’une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est « directement touché par l’objet de la demande ». La question qui peut faire l’objet d’une demande de contrôle judiciaire ne comprend pas seulement une « décision ou ordonnance », mais tout objet susceptible de donner droit à une réparation aux termes de l’article 18 [...] de la *Loi sur les Cours fédérales* : *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476(C.A.). Le paragraphe 18.1(3) [...] apporte d’autres précisions à ce sujet, indiquant que la Cour peut accorder une réparation à l’égard d’un « acte », de l’omission ou du refus d’accomplir un « acte », ou du retard mis à exécuter un « acte », une « décision », une « ordonnance » et une « procédure ». Enfin, les règles qui régissent les demandes de contrôle judiciaire s’appliquent aux « demandes de contrôle judiciaire de mesures administratives », et non pas aux seules demandes de contrôle judiciaire de « décisions ou ordonnances » : règle 300 [...] des *Règles des Cours fédérales* [...]

En ce qui concerne les « décisions » ou « ordonnances », la seule exigence est que les demandes de contrôle judiciaire doivent être présentées dans les 30 jours qui suivent la première communication : paragraphe 18.1(2) [...] de la *Loi sur les Cours fédérales*.

(*Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605, aux paragraphes 24 à 25.)

[96] Suivant cette jurisprudence, il aurait été loisible aux particuliers qui sont demandeurs en l’espèce de faire contrôler les décisions des agents de l’immigration quant à l’irrecevabilité de leurs demandes d’asile au Canada au motif que ces dernières étaient recevables ou le sont. Au soutien de leurs prétentions, ils auraient pu demander à la Cour, par voie de requête en *mandamus*, d’ordonner au gouverneur en conseil de révoquer la désignation des États-Unis et une déclaration suivant laquelle il eût fallu au gouverneur en conseil révoquer la désignation des États-Unis à une date antérieure. En cas de besoin, ils auraient pu également demander une réparation de droit administratif à l’égard des examens prévus au paragraphe 102(3) et des actes administratifs connexes, dès lors que ces derniers briment leurs droits juridiques, leur imposent des obligations juridiques ou leur causent

the way and need to be quashed, *certiorari* could have been sought. Both administrative law grounds and the Charter might have been offered in support of any of this administrative law relief. If the non-governmental organizations that are Claimants qualify for public interest standing, they could have sought any of this relief on those grounds.

[97] To the extent that any declaratory relief were sought, the Court would have determined its true essence and essential character. If it were akin to *mandamus* or *certiorari*, the Court would have required the prerequisites for those remedies to be met, including any standard of review, before granting any relief: *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, (2015), 379 D.L.R. (4th) 737; *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376, at paragraphs 17–22.

[98] In response to the Court’s questioning, the Claimants submitted that judicial reviews under this legislative scheme would be ineffective. The Claimants pointed to Canada’s ability to assert privileges over key documents or redact them and raised the spectre of Canada being able to immunize subsection 102(3) reviews from judicial review.

[99] Canada’s position at the hearing did not lessen the Claimants’ concerns about immunization. Canada maintained that it has an absolute and unqualified right to assert any of the various privileges at its disposal, such as Crown and public interest privilege under sections 38 and 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, regardless of the consequences, even if immunization of decision-making results.

[100] Both sides’ positions are overstated.

[101] In this area, two principles collide. It is true that Canada can assert its privileges if supported by the facts

un véritable préjudice, en application du critère énoncé dans l’arrêt *Irving*. Si des décisions administratives devaient être annulées, les demandeurs auraient pu solliciter le *certiorari*. Des motifs de droit administratif ainsi que ceux fondés sur la Charte auraient pu étayer les demandes visant à obtenir ces réparations de droit administratif. Si les organisations non gouvernementales qui sont parties à l’instance obtiennent la qualité pour agir dans l’intérêt public, ils auraient pu également solliciter ces réparations, pour les mêmes motifs.

[97] Si une déclaration avait été sollicitée, la Cour aurait déterminé la véritable nature de la demande et sa nature essentielle. Si la requête s’apparentait au *mandamus* ou au *certiorari*, la Cour se serait assurée qu’il a été satisfait aux critères applicables, notamment en ce qui a trait à la norme de contrôle, avant d’accorder toute réparation (*Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4; *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376, aux paragraphes 17 à 22).

[98] En réponse aux questions de la Cour, les demandeurs affirment qu’il ne servirait à rien de présenter une demande de contrôle judiciaire sous ce régime légal. Ils font valoir la faculté du Canada d’invoquer le privilège à l’égard de documents importants ou de caviarder ces derniers. Selon les demandeurs, le Canada est en mesure de mettre les examens prévus au paragraphe 102(3) à l’abri du contrôle judiciaire.

[99] La thèse avancée par le Canada à l’audience n’a pas atténué les craintes des demandeurs à cet égard. Le Canada a affirmé avoir le droit absolu et inconditionnel d’invoquer n’importe lequel des privilèges dont il dispose, comme ceux que prévoient les articles 38 et 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985) ch. C-5, qui intéressent la Couronne et les renseignements d’intérêt public, sans égard aux répercussions d’une telle démarche, et ce même si elle a pour effet de mettre à l’abri du contrôle judiciaire le résultat de la prise de décision.

[100] Les thèses des deux parties sont exagérées.

[101] En la matière, deux principes s’opposent. Certes, le Canada peut invoquer des privilèges, à condition que

and the law. But courts oppose the immunization of public decision-making from review. The collision of these two principles has led courts to devise ways to reconcile the protection of necessary interests in confidentiality with the need for effective, meaningful and fair judicial review.

[102] For a long time now, Canadian courts have opposed attempts by public authorities to immunize administrators completely from judicial review, whether that be done by full privative clauses or the withholding of evidence or explanations essential for a meaningful review. The complete barring of review by a court by whatever means, whether by appeal or by judicial review, even on the issue whether an administrator has exceeded its legislative authority, is an unwarranted interference with the core, constitutional powers of the judiciary and the constitutional principle of the rule of law: *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 27–28; *Habtenkiel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 180, [2015] 3 F.C.R. 327, at paragraph 38; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at paragraph 24. Put positively, *Crevier* stands for the proposition that there must always be at least some prospect or degree of review: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at page 602, (1993), 100 D.L.R. (4th) 658 (dissenting but not disputed by the majority on this point), citing, with approval, J. H. Grey, “Sections 96 to 100: A Defense” (1985), 1 *Admin. L.J.* 3, at page 11. This principle is limited to the complete ousting of any review of an administrative decision, not legislative limitations on the availability or scope of review: see, e.g., *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at page 333, (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; *Capital Regional District v. Concerned Citizens of British Columbia et al.*, [1982] 2 S.C.R. 842, (1982), 141 D.L.R. (3d) 385; *Vavilov*, at paragraphs 45–52.

les faits et le droit en étaient l’exercice. Or, les tribunaux s’opposent à ce que des décisions publiques se trouvent à l’abri du contrôle. La collision de ces deux principes a mené les tribunaux à définir des moyens de concilier, d’une part la protection de l’intérêt nécessaire à la confidentialité avec, d’autre part, la nécessité de soumettre des décisions au contrôle efficace, utile et juste des tribunaux.

[102] Depuis longtemps, les tribunaux canadiens s’opposent aux tentatives des organismes publics souhaitant soustraire leurs administrateurs à tout contrôle judiciaire, soit par des dispositions d’inattaquabilité complète ou la non-communication d’éléments de preuve ou d’explications essentiels au contrôle judiciaire utile. En érigeant par tous les moyens possibles des ramparts contre toute surveillance judiciaire, qu’elle s’exerce par la voie d’un contrôle judiciaire ou d’un appel, même lorsqu’il s’agit de décider si un administrateur a outrepassé ses compétences légales, on porte atteinte de manière injustifiée aux fonctions essentielles de la magistrature en matière constitutionnelle et au principe constitutionnel qu’est la primauté du droit (*Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220, 1981 CanLII 30; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 27 à 28; *Habtenkiel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 180, [2015] 3 R.C.F. 327, au paragraphe 38; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 au paragraphe 24). Autrement dit, l’arrêt *Crevier* permet d’affirmer qu’un certain contrôle judiciaire doit toujours être possible (*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la page 601, 1993 CanLII 164 (opinion dissidente non contredite par les juges majoritaires à cet égard), mentionnant, avec approbation J. H. Grey, « Sections 96 to 100 : A Defense » (1985), 1 *Admin. L.J.* 3, à la page 11). Ce principe ne vaut que pour la mise à l’abri complète d’une décision administrative; il ne s’applique pas aux limites imposées par une loi à la portée du contrôle judiciaire (voir p. ex. *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la page 333, 1993 CanLII 88; *Capital Regional District c. Concerned Citizens of British Columbia et autres*, [1982] 2 R.C.S. 842, 1982 CanLII 220; *Vavilov*, aux paragraphes 45 à 52).

[103] For this reason, full privative clauses that purport to immunize administrative decision-making entirely from review are read down to permit review, albeit usually on a deferential basis: see, e.g., *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449.

[104] In judicial review, the reviewing courts are in the business of enforcing the rule of law, one aspect of which is “executive accountability to legal authority” and protecting “individuals from arbitrary [executive] action”: *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385, at paragraph 70. Put another way, all holders of public power must be accountable for their exercises of power, a principle that rests at the heart of our democratic governance and the rule of law: *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81, at paragraphs 313–315 (dissenting but not disputed by the majority on this point); *Canadian Judicial Council v. Girouard*, 2019 FCA 148, [2019] 3 F.C.R. 503, at paragraph 103; *Douglas v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 299, [2015] 2 F.C.R. 911, at paragraph 119.

[105] The rationale against the complete immunization of administrative conduct from review is as fundamental as it can get:

“L’etat, c’est moi” and “trust us, we got it right” have no place in our democracy. In our system of governance, all holders of public power, even the most powerful of them—the Governor-General, the Prime Minister, Ministers, the Cabinet, Chief Justices and puisne judges, Deputy Ministers, and so on—must obey the law: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, 161 D.L.R. (4th) 385; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803); *Magna Carta* (1215), art. 39. From this, just as night follows day, two corollaries must follow. First, there must be an umpire who can meaningfully assess whether the law has been obeyed and grant appropriate relief. Second, both the umpire and the assessment must be fully independent from the body being reviewed. See the discussion in *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128 at paras. 77-79, *Slansky v. Canada (Attorney General)*, 2013

[103] C’est pourquoi les dispositions d’inattaquabilité qui ont pour objet de soustraire intégralement les décisions administratives au contrôle sont interprétées de manière à permettre le contrôle. En règle générale, toutefois, une telle démarche est empreinte de déférence (voir p. ex. *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1990 CanLII 49).

[104] Les cours saisies d’un contrôle judiciaire sont chargées d’assurer la primauté du droit, dont un aspect concerne « la responsabilité de l’exécutif devant l’autorité légale » et protège les personnes « contre l’arbitraire de l’État » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 1998 CanLII 793, au paragraphe 70.). Autrement dit, tous ceux à qui des pouvoirs publics ont été décernés doivent exercer ces pouvoirs de façon responsable, un principe qui est au cœur de notre système démocratique de gouvernement et de la primauté du droit (*Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81, aux paragraphes 313 à 315 (opinion dissidente non contredite par les juges majoritaires à cet égard); *Conseil canadien de la Magistrature c. Girouard*, 2019 CAF 148, [2019] 3 R.C.F. 503, au paragraphe 103; *Douglas c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 299, [2015] 2 R.C.F. 911, au paragraphe 119).

[105] La raison pour laquelle on ne permet pas de soustraire complètement un acte administratif au contrôle judiciaire touche à un aspect on ne peut plus fondamental :

Les énoncés du genre « l’État, c’est moi » et « Faites-nous confiance, nous avons raison » sont incompatibles avec notre régime démocratique. Dans notre système de gouvernance, la loi s’applique à tous les titulaires de charge publique, même les plus puissants (le gouverneur général, le premier ministre, les ministres, les membres du Cabinet, les juges en chef, les juges puînés, les sous-ministres, et ainsi de suite) : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 161 D.L.R. (4th) 385; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Marbury c. Madison*, 5 U.S. 137 (1803); *Magna Carta* (1215), art. 39. Ainsi, deux corollaires s’ensuivent tout naturellement. Premièrement, il faut un arbitre en mesure de vérifier si la loi a été respectée et, s’il y a lieu, de prendre les mesures de réparation indiquées. Deuxièmement, l’arbitre, qui ne doit avoir aucun lien de dépendance avec l’organisme faisant l’objet du contrôle, doit procéder à

FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81 at paras. 313-315 (dissenting but not disputed by the majority), and the numerous authorities cited therein.

Tyranny, despotism and abuse can come in many forms, sizes, and motivations: major and minor, large and small, sometimes clothed in good intentions, sometimes not. Over centuries of experience, we have learned that all are nevertheless the same: all are pernicious. Thus, we insist that all who exercise public power—no matter how lofty, no matter how important—must be subject to meaningful and fully independent review and accountability.

(*Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant*, 2018 FCA 132, at paragraphs 23–24; see also *Girouard v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 865, [2019] 1 F.C.R. 404, at paragraphs 6–7, *affd* 2019 FCA 148, [2019] 3 F.C.R. 503.)

[106] Courts are alert to attempts by public authorities and administrators to immunize their decision-making by withholding documents and information necessary for judicial review or by failing to give explanations and rationales for decision-making: *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128, at paragraph 51; *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74, 284 D.L.R. (4th) 268, at paragraph 24; *Slansky*, at paragraph 276 (dissenting but not disputed by the majority); see also Paul A. Warchuk, “The Role of Administrative Reasons in Judicial Review: Adequacy and Reasonableness” (2016), 29 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 87, at page 113; and see the requirement for reasoned explanations behind administrative decision making in *Vavilov*, at paragraphs 83–87 and 91–104.

[107] To ensure that judicial reviews are available, effective and fair, both sides have many tools to compel the production of evidence or the provision of information such as production of the administrative record under rule 317, subpoenas under rule 41, and oral and documentary discoveries when the judicial review can

un examen indépendant. Voir l’analyse dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128, par. 77 à 79, *Slansky c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81 par. 313 à 315 (motifs dissidents, mais non contestés par la majorité), et l’abondante jurisprudence qui y est citée.

Il n’y a pas qu’un type d’actes de tyrannie, de despotisme ou d’abus ni une seule motivation les sous-tendant; en effet, qu’ils soient audacieux ou non, lourds de conséquences ou pas, voire posés sous le couvert de bonnes intentions, ils sont tous pernicious, selon l’expérience que nous avons acquise au fil des siècles. C’est pourquoi il est primordial que tous les titulaires de charge publique – peu importe leur rang ou leur importance – soient assujettis à un contrôle réel et entièrement indépendant et à une obligation de rendre compte.

(*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant*, 2018 CAF 132, aux paragraphes 23 à 24; voir également *Girouard c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 865, [2019] 1 R.C.F. 404, aux paragraphes 6 à 7, *conf. par* 2019 CAF 148, [2019] 3 R.C.F. 503.)

[106] Les cours de justice ne se laissent pas leurrer par les organismes publics et les administrateurs qui tentent de soustraire leurs décisions au contrôle en refusant de communiquer certains documents ou renseignements essentiels au contrôle ou en ne justifiant pas leurs décisions (*Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128, au paragraphe 51; *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74, 284 D.L.R. (4th) 268, au paragraphe 24; *Slansky*, au paragraphe 276 (opinion dissidente non contredite par les juges majoritaires); voir également Paul A. Warchuk, « The Role of Administrative Reasons in Judicial Review : Adequacy and Reasonableness » (2016) 29 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 87, à la page 113; et voir l’explication sur la nécessité d’explications motivées sous-tendant les décisions administratives dans l’arrêt *Vavilov*, aux paragraphes 83 à 87 et 91 à 104).

[107] Pour se prévaloir d’un contrôle judiciaire utile et juste, les deux parties disposent de plusieurs moyens de contraindre la production de preuve ou de renseignements. Par exemple, la règle 317 prévoit la transmission du dossier du décideur administratif, la règle 41 permet le subpoena et le paragraphe 18.4(2) de la *Loi*

be treated like an action under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7: see the general discussion in *Tsleil-Waututh Nation* at 86-105; on subsection 18.4(2), see *Canada (Human Rights Commission) v. Saddle Lake Cree Nation*, 2018 FCA 228, at paragraphs 23–26 and *Meggesson v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 175, 349 D.L.R. (4th) 416, at paragraphs 31–34. The Federal Courts have additional tools under the plenary powers they possess as courts: see *Dugré v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 8, at paragraph 20 and cases cited therein.

[108] The primary tool available to parties is to request that the administrative decision maker produce its record under rule 317. In dealing with a request, administrative decision-makers can object to disclosing documents under rule 318 based, for example, on privileges. After receiving submissions, the Court can rule on the objections. See, generally, *Lukács v. Canada (Transportation Agency)*, 2016 FCA 103, at paragraphs 5–18; and see *Bernard v. Public Service Alliance of Canada*, 2017 FCA 35 on the procedure for litigating objections.

[109] When dealing with privileges, the Court will scrutinize them carefully. Some privileges, such as public interest privilege, have demanding requirements that must be met: see, e.g., *Vancouver Airport Authority v. Commissioner of Competition*, 2018 FCA 24, [2018] 3 F.C.R. 633. When a claim of privilege over a document is before a Court under rule 318, the Court is not always limited to the all-or-nothing choice of making an order requiring the document to be produced or keeping the document secret. Often the Court can craft an order that protects confidentiality interests while permitting sufficient access to confidential material to facilitate effective and meaningful judicial review: *Lukács*, at paragraphs 12–18; see also *Canada Evidence Act*, subsections 37(5) and 39.1(7) and (8). When the record assembled under rules 317 and 318 is settled, it can be filed with the Court hearing the judicial review: on this, see *Canadian Copyright Licensing Agency (Access*

sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7 prévoit la communication préalable des témoignages oraux et documents recueillis dans les cas où la demande de contrôle judiciaire peut être instruite comme une action (voir l’analyse générale dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation*, aux paragraphes 86 à 105; pour une analyse du paragraphe 18.4(2), voir les arrêts *Canada (Commission des droits de la personne) c. Nation crie de Saddle Lake*, 2018 CAF 228, aux paragraphes 23 à 26 et *Meggesson c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 175, aux paragraphes 31 à 34). En outre, les Cours fédérales peuvent exercer la plénitude de pouvoirs inhérents aux tribunaux (voir *Dugré c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 8, au paragraphe 20 et les arrêts qui y sont mentionnés).

[108] Le principal moyen consiste pour les parties à exiger du décideur administratif qu’il transmette le dossier en vertu de la règle 317. Le décideur administratif qui reçoit une telle demande peut s’y opposer, en vertu de la règle 318, sur le fondement notamment de l’application de privilèges. Dans ce cas, la Cour, au vu des observations sur l’opposition, tranchera la question. Voir, généralement, *Lukács c. Canada (Office des transports)*, 2016 CAF 103, aux paragraphes 5 à 18 et voir *Bernard c. Alliance de la fonction publique du Canada*, 2017 CAF 35 sur la procédure d’instruction des objections.

[109] Lorsqu’un privilège est invoqué, la Cour en examine de près l’exercice. Certains privilèges, comme celui relatif à l’intérêt public, sont assortis d’exigences élevées (voir, p. ex., *Administration de l’aéroport de Vancouver c. Commissaire de la concurrence*, 2018 CAF 24, [2018] 3 R.C.F. 633. Dans le cas où une partie invoque un privilège à l’égard d’un document et que la règle 318 s’applique, la Cour n’est pas forcément placée devant une alternative, à savoir ordonner la production du document ou en confirmer la confidentialité. Souvent, la Cour peut adapter l’ordonnance pour protéger les intérêts liés à la confidentialité et permettre la communication de suffisamment d’éléments confidentiels pour favoriser un contrôle judiciaire efficace et utile (*Lukács*, aux paragraphes 12 à 18; voir également la *Loi sur la preuve au Canada*, paragraphes 37(5) et 39.1(7) et (8)). Une fois que les questions quant au dossier assemblé en application des règles 317 et 318 sont tranchées, le dossier peut

Copyright) v. Alberta, 2015 FCA 268, [2016] 3 F.C.R. 19, at paragraphs 7–24.

[110] There are cases where the Court cannot craft an order permitting some disclosure and so an assertion of privilege over an important document is entirely upheld. But the judicial review is not stopped in its tracks. The Court has some mechanisms to deal with this.

[111] Assertions of privileges over a challenger's constant and firm objection can lead to adverse inferences being drawn against the party asserting the privilege—and sometimes the adverse inference can be pivotal in the outcome of the judicial review: see, e.g., *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1, at paragraphs 165–166; and see discussion of this in *Tsleil-Waututh Nation*, at paragraph 54.

[112] The assertion of privileges over a challenger's constant and firm objection can also lead to serious gaps in the evidentiary record that either leave the administrator unable to demonstrate the reasonableness of its decision to the reviewing court or undermine the requirement that there be a reasoned explanation for an administrator's decision. Either can lead to the quashing of the administrative decision: *Vavilov*, above; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418, at paragraphs 313–324.

[113] Despite the assertion of privileges, challengers and the Court do not necessarily have to be deprived of what they need for an effective, meaningful and fair judicial review.

[114] Public authorities and administrative decision-makers can sometimes prepare and disclose a summary of how they went about their task, what they took into account and why they acted the way they did, providing enough information to allow for an effective and meaningful judicial review. In law, the provision of such a

être déposé à la Cour saisie du contrôle judiciaire (sur ce point, voir l'arrêt *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Alberta*, 2015 CAF 268, [2016] 3 R.C.F. 19, aux paragraphes 7 à 24).

[110] Dans certains cas, toute communication est impossible, et la Cour n'aura d'autre choix que de confirmer l'application du privilège invoqué à l'égard de l'ensemble d'un document important. Cependant, le contrôle judiciaire ne s'arrête pas là. La Cour dispose de certains outils.

[111] Il est loisible à la Cour de tirer des inférences négatives à l'égard d'une partie qui insiste sur l'application d'un privilège malgré l'opposition ferme et constante du demandeur. Il arrive que cette inférence négative soit déterminante (voir, p. ex., *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, aux paragraphes 165 à 166, 1995 CanLII 64; voir également l'analyse dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*, au paragraphe 54).

[112] Invoquer un privilège malgré l'opposition ferme et constante du demandeur risque également de mener à un dossier de preuve sérieusement lacunaire, qui empêchera le décideur administratif de démontrer à la cour saisie du contrôle que sa décision était raisonnable ou qu'une explication motivée sous-tendait cette dernière, une exigence à laquelle il faut satisfaire. Dans un cas comme dans l'autre, la décision administrative est susceptible d'annulation (*Vavilov*; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418, aux paragraphes 313 à 324).

[113] Même lorsque des privilèges sont invoqués, les demandeurs et la Cour ne sont pas forcément privés de ce dont ils ont besoin pour un contrôle judiciaire efficace, utile et juste.

[114] Parfois, les organismes publics et les décideurs administratifs présentent un résumé de leur démarche, des éléments dont ils ont tenu compte et une explication de leurs actes. Ce résumé fournit suffisamment de renseignements pour permettre un contrôle judiciaire efficace et utile. En droit, la communication d'un tel résumé dans

summary in these circumstances does not waive privilege. For example, in *Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 34, 444 D.L.R. (4th) 298, a certificate under section 39 of the *Canada Evidence Act*—the most drastic privilege on the books—was issued to render secret the Governor in Council’s deliberations and the sensitive documents and information it relied upon. But the Governor in Council provided a summary of its decision making in the preambles to its Order in Council approving an infrastructure project. This was sufficient in the circumstances to make the judicial review effective, meaningful and fair.

[115] Of course, the summary must be adequate and accurate. Some evidence should be offered regarding who prepared the summary and how it was prepared. Some of the mechanisms, discussed immediately below, may facilitate the making of submissions concerning the adequacy and accuracy of the summary.

[116] The Federal Courts have mechanisms available to them that can reconcile the need for confidentiality while allowing for effective, meaningful and fair judicial review. And some statutory privileges are subject to exceptions and Courts can fashion flexible disclosure orders to preserve confidentiality as much as possible: see for example *Canada Evidence Act*, subsections 37(5) and 39.1(7) and (8).

[117] Depending on the type of privilege and the circumstances, a reviewing court may be able to review the privileged documents and the summary to ensure adequacy and accuracy.

[118] For example, on motion by either side to the judicial review, the Court, using its powers under the *Federal Courts Rules*, its plenary powers, or both, can appoint the equivalent of an *amicus* who can receive unredacted or largely unredacted copies of privileged material and make submissions in the absence of the applicants on the challengers’ behalf in a closed hearing.

ces circonstances n’emporte pas la renonciation au privilège. Par exemple, l’affaire *Première Nation Coldwater c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 34, portait sur l’application de l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* — le privilège le plus strict au pays — pour soustraire à la communication les délibérations du gouverneur en conseil et les documents et renseignements sensibles consultés. Toutefois, le gouverneur en conseil a fourni un résumé de sa démarche décisionnelle, qu’il a inclus dans le préambule du décret pris en vue d’approuver le projet d’infrastructure. Ce résumé s’avérait suffisant dans les circonstances pour permettre l’exercice d’un contrôle judiciaire efficace, utile et juste dans ce cas.

[115] Bien entendu, encore faut-il que le résumé soit adéquat et exact et qu’il indique l’auteur et les circonstances de sa rédaction. Certains outils mentionnés ci-après sont susceptibles de faciliter la rédaction d’observations quant au caractère adéquat et exact du résumé.

[116] Les Cours fédérales disposent d’outils leur permettant de concilier, d’une part, la nécessité d’assurer la confidentialité et, d’autre part, le contrôle judiciaire efficace, utile et juste. D’ailleurs, certains privilèges prévus par une loi sont visés par des exceptions, et les cours sont en mesure de rédiger des ordonnances de communication souples qui protègent la confidentialité autant que faire se peut (voir, p. ex., *Loi sur la preuve au Canada*, paragraphes 37(5) et 39.1(7) et (8)).

[117] Selon le type de privilège invoqué et les circonstances, il se peut que la cour saisie du contrôle puisse prendre connaissance des documents visés par le privilège en vue de vérifier que le résumé est adéquat et exact.

[118] Par exemple, il est loisible à la Cour, sur requête présentée par l’une ou l’autre partie au contrôle judiciaire, en vertu des pouvoirs que lui confèrent les *Règles des Cours fédérales*, de la plénitude des pouvoirs inhérents ou des deux, de nommer une sorte d’*amicus*. Ce dernier est alors chargé de recevoir la transmission de copies non caviardées ou presque de documents visés

This is analogous to the use of a special advocate acting for the challengers in a national security judicial review: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326.

[119] Sometimes measures short of that suffice. *Ex parte* hearings may be necessary and useful in some circumstances. In some cases, counsel for the applicants on judicial review can be permitted to receive confidential information on their undertaking to keep it confidential or a more restrictive undertaking not even to divulge it to their clients.

[120] The measures to which a court can resort are limited only by its creativity and the obligation to afford procedural fairness to the highest extent possible. Many variations of the measures discussed above can be imagined: see, e.g., the creative order made for access to highly confidential Cabinet materials in the Charter challenge in *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281, particularly Schedule 1 thereto; and see also this Court's approval of these mechanisms in *Vancouver Airport Authority and Lukács*.

[121] Judicial reviews can be prosecuted and decided quickly, especially if they are expedited: *Brown*, at paragraph 159; *Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.*, 2020 FCA 108, 174 C.P.R. (4th) 85, at paragraph 22. Examples of speediness abound. The Federal Court often hears and decides urgent judicial reviews quickly: *Brown*, at paragraphs 157–159. This Court can act quickly even in complex matters. For example, recently this Court issued 79 directions, orders, reasons and judgments over a handful of weeks to get a large judicial review ready for hearing: *Coldwater First Nation*. Where delay is unavoidable, interlocutory relief, including a stay, pending determination of a judicial review is possible: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, 111 D.L.R. (4th) 385.

par le privilège et de présenter des observations au nom des demandeurs en leur absence à une audience à huis clos. Un tel exemple s'apparente au recours à un avocat spécial représentant les demandeurs dans le contrôle judiciaire d'une décision faisant intervenir la sécurité nationale (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326).

[119] Parfois, point n'est besoin d'aller jusque-là. La tenue d'une audience *ex parte* peut se révéler nécessaire et utile dans certaines circonstances. Dans certains cas, les avocats des demandeurs agissant dans le cadre de contrôles judiciaires peuvent être autorisés à recevoir des renseignements confidentiels à condition de s'engager à en respecter la confidentialité, voire à ne pas les révéler à leurs clients.

[120] Le tribunal n'est restreint, à l'égard des mesures auxquelles il peut recourir, que par sa propre ingéniosité et par l'obligation d'assurer l'équité procédurale autant que faire se peut. On peut imaginer plusieurs variations aux mesures traitées plus haut (voir, p. ex., l'ordonnance ingénieuse visant les documents très confidentiels du Cabinet dans le recours fondé sur la Charte dans l'affaire *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281, tout particulièrement l'annexe 1; voir également les motifs de notre Cour dans les arrêts *Vancouver Airport Authority* et *Lukács* où elle approuve le recours à de telles mesures).

[121] Il est possible d'instruire et de trancher les demandes de contrôle judiciaire rapidement, tout particulièrement si une requête en instruction accélérée est accueillie (*Brown*, au paragraphe 159; *Teksavvy Solutions Inc. c. Bell Media Inc.*, 2020 CAF 108, au paragraphe 22). Des exemples de célérité font légion. Souvent, la Cour fédérale tranche rapidement des demandes de contrôle judiciaire urgentes (*Brown*, aux paragraphes 157 à 159). Notre Cour a la faculté d'agir rapidement même si elle est saisie de litiges complexes. Par exemple, récemment, elle a prononcé 79 directives, ordonnances, jugements et motifs en quelques semaines seulement pour préparer un contrôle judiciaire en vue de la tenue de l'audience (*Première Nation Coldwater*). Dans les cas où les longueurs sont inévitables, il est possible de demander des

[122] For years, the Federal Courts have entertained judicial reviews in the national security context. Sometimes they have to proceed quickly. They deal with some of the most sensitive and confidential information held by the Government of Canada. Nevertheless, by using many of the mechanisms described above and mechanisms analogous to these, the Federal Courts have reconciled the protection of necessary interests in confidentiality with the need for effective, meaningful and fair judicial review. With all the tools at the Federal Courts' disposal in the *Federal Courts Rules* and their plenary powers—and with the good faith and professionalism of all involved—that reconciliation can also happen here. The precise form it takes in specific cases will be a matter for the parties to negotiate and argue and the Federal Court to consider and decide.

(c) Procedural fairness concerns in this case

[123] None of the parties to this appeal spent much time in their memoranda of fact and law characterizing the real essence and essential character of the applications or the implications of that. Nor did they spend much time analyzing the legislative scheme. As a result, the parties spent little time on the most relevant part of the legislative scheme in the post-designation context: the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct.

[124] During our preparations for the hearing of the appeal, we noticed that relatively few submissions were made concerning subsection 102(3) reviews. And upon reviewing the evidentiary record before us, we found relatively little evidence concerning the conducting of subsection 102(3) reviews. What we did find was often heavily redacted.

mesures interlocutoires, notamment un sursis, avant l'issue du contrôle judiciaire (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, 1994 CanLII 117).

[122] Depuis des années, les Cours fédérales instruisent des contrôles judiciaires faisant intervenir des questions de sécurité nationale. Parfois, ils nécessitent d'être traités rapidement. Ils mettent en jeu certains des renseignements les plus sensibles et confidentiels que détient l'État. Néanmoins, grâce à nombre des outils décrits plus haut et à d'autres mesures semblables, les Cours fédérales réussissent à concilier, d'une part, la nécessité de protéger la confidentialité et, d'autre part, l'importance de contrôles judiciaires efficaces, utiles et justes. Vu tous les outils dont disposent les Cours fédérales, notamment les pouvoirs que leur confèrent les *Règles des Cours fédérales* et la plénitude des pouvoirs inhérents — et compte tenu de la bonne foi et du professionnalisme de tous les intéressés — pareille conciliation est possible en l'espèce. La forme exacte qu'elle revêtira dans chaque cas dépendra du résultat des négociations et des débats entre les parties et des décisions réfléchies de la Cour fédérale à cet égard.

c) Questions sur l'équité procédurale

[123] Les mémoires des faits et du droit des parties à l'appel ne traitent guère de la véritable nature des demandes ou de leur nature essentielle ou des répercussions de telles questions. De même, elles ne réservent guère d'espace à l'analyse du régime légal. Par conséquent, elles traitent à peine de la partie la plus importante du régime légal une fois la désignation accordée, à savoir les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes.

[124] Nous avons remarqué, lors de notre préparation en vue de l'audience, que relativement peu d'observations ont trait aux examens prévus au paragraphe 102(3). Nous n'avons tiré du dossier de preuve guère d'éléments sur la tenue de ces examens. Et ce qui s'y trouvait était en grande partie caviardé.

[125] Uppermost in our minds as we were preparing was procedural fairness: the need to ensure the parties were aware of our concerns and had an opportunity to address them. We must decide cases on all the law that binds us, not just the law that the parties happen to put to us. But in doing this, we must be procedurally fair to the parties. See *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689. We took steps to ensure procedural fairness.

[126] We issued a direction inviting the parties to make additional submissions, particularly on the issue of the subsection 102(3) reviews:

In addition to the parties' submissions in the memoranda of fact and law and the oral submissions they intend to make at the hearing of this appeal, the Court would appreciate submissions on an additional issue.

At paras. 77-78 of its reasons, the Federal Court refers to reports of reviews conducted in December 2016, March 2017 and February 2018. Were these reviews conducted under subsection 102(3) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27? Some other assessments, which may or may not be reviews under subsection 102(3), appear in the record with passages redacted: see, e.g., pp. 15993 and 16722.

At the hearing of this appeal, the Court would appreciate oral submissions on the nature of the evidentiary record concerning subsection 102(3) reviews and the following three questions.

Are all the subsection 102(3) reviews since the decision of this Court in 2008 before the Court in non-redacted form?

If not, which reviews have not been included and what were the circumstances leading to the non-inclusion of reviews or the making of redactions in documents concerning the reviews?

Finally, what effects do the answers to these questions have on this Court's adjudication of this appeal?

[125] Au cours de notre préparation, notre principal souci concernait l'équité procédurale : veiller à ce que les parties connaissent les questions en jeu et aient l'occasion d'y répondre. La Cour est tenue de trancher les affaires sur le fondement de toutes les règles de droit applicables, non pas des seules règles invoquées par les parties. Or, elle doit faire preuve d'équité envers les parties. (Voir *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689.) Nous avons donc pris des mesures pour assurer l'équité procédurale.

[126] Nous avons invité les parties, par voie de directive, à présenter des observations supplémentaires, notamment sur les examens prévus au paragraphe 102(3) :

[TRANSDUCTION]

Outre les observations des parties figurant dans le mémoire des faits et du droit et les observations orales qu'elles entendent présenter à l'audience, la Cour sollicite des observations sur une autre question.

Aux paragraphes 77 et 78 de ses motifs, la Cour fédérale mentionne les rapports sur les examens menés en décembre 2016, mars 2017 et février 2018. Ces examens ont-ils été effectués sous le régime du paragraphe 102(3) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27? D'autres évaluations susceptibles de constituer des examens effectués en application de cette disposition, dont des passages sont caviardés, ont été versées au dossier (voir, p. ex., p. 15993 et 16722).

À l'audience, la Cour aimerait entendre des observations orales sur la nature du dossier de preuve sur les examens prévus au paragraphe 102(3) et sur les trois questions suivantes.

Le dossier de preuve comporte-t-il, en version non caviardée, tous les examens effectués en application du paragraphe 102(3) depuis l'arrêt de la Cour en 2008?

Si ce n'est pas le cas, quels examens n'ont pas été versés au dossier et quelles sont les circonstances ayant mené à telle omission ou au caviardage des documents portant sur les examens?

Enfin, quelle incidence les réponses à ces questions auront-elles sur le processus décisionnel de la Cour en l'espèce?

The parties are invited to make submissions at the hearing of this appeal on these questions or on any issues related to these questions.

Les parties sont invitées à présenter des observations à l'audience sur ces questions ou tout autre aspect connexe.

[127] At the appeal hearing, the parties offered detailed submissions on the issues described in the direction and related issues. They showed an understanding of the relevance of these issues and their implications for the outcome of the appeal.

[127] À l'audience, les parties ont présenté des observations détaillées sur les questions énoncées dans la directive et d'autres aspects connexes. Elles ont démontré qu'elles comprenaient l'importance de ces questions et de leurs répercussions pour l'issue de l'appel.

[128] Further, during the hearing, the Court actively questioned the parties on these issues, often explaining the relevance and implications of its questions. Our questions explored:

[128] En outre, à l'audience, la Cour a interrogé activement les parties sur ces aspects, souvent en expliquant la pertinence et les répercussions des questions. Les questions portaient sur les domaines suivants :

- the real essence and essential character of the Claimants' applications;
 - the role and significance of subsection 102(3) reviews and related administrative conduct;
 - whether the Claimants should have challenged the entire legislative scheme, including subsection 102(3), and the related administrative conduct;
 - whether the effects on refugee claimants described by the Claimants stemmed from the two provisions alone, the entire legislative scheme including subsection 102(3), or administrative action or inaction concerning subsection 102(3) reviews and the failure of the Governor in Council to revoke the designation of the United States as a safe third country;
 - whether the gaps in the evidentiary record concerning subsection 102(3) reviews and related administrative conduct and the failure to challenge the entire legislative scheme or any administrative actions under it were fatal to this appeal;
 - whether applications for judicial review were available for subsection 102(3) reviews and related administrative conduct.
- la véritable nature et la nature essentielle des demandes;
 - le rôle et l'importance des examens prévus au paragraphe 102(3) et des actes administratifs connexes;
 - l'opportunité d'un recours contre le régime légal au complet, y compris le paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes;
 - si les effets soufferts par les demandeurs d'asile décrits par les demandeurs découlaient des deux dispositions uniquement, du régime légal dans son ensemble, y compris le paragraphe 102(3) ou des actes ou omissions administratifs découlant des examens prévus au paragraphe 102(3) et du défaut de la part du gouverneur en conseil de révoquer la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr;
 - si les lacunes du dossier de preuve en ce qui concerne les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes et la décision de ne pas attaquer le régime légal dans son ensemble ou tout acte administratif pris en vertu de ce régime ont été fatales pour l'appel;
 - s'il eût été possible de présenter des demandes de contrôle judiciaire à l'égard des examens prévus au paragraphe 102(3) et des actes administratifs connexes.

[129] During this questioning, the Court put to the parties the leading Supreme Court authorities concerning these matters, including *PHS Community Services*, *Little Sisters* and *MacKay*. The parties, represented by experienced constitutional litigators, were familiar with these authorities and gave us helpful submissions on them.

[130] The parties understood these issues, understood their significance for this appeal and gave complete responses to the Court. They did not ask for an opportunity to make further written submissions to the Court. None were needed, as the Court was satisfied with the completeness and the quality of the parties' responses.

(d) The Federal Court's decision

[131] The Federal Court dealt with the Charter challenge in the way it was put and defended. In so doing, its attention was diverted away from important features of the legislative scheme—in particular, the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct and the centrality of these two things. As well, the principles of Charter litigation, discussed above, were not argued before it. These things led the Federal Court into reversible error. As a result, this Court can intervene.

D. The issues arising under section 7 of the Charter

[132] The analysis in section C of these reasons is sufficient to dismiss the Claimants' Charter challenge. However, for the guidance of those advancing section 7 claims in this area in the future, this Court will now highlight certain issues arising from the reasons of the Federal Court.

(1) *The finding that those returned to the United States were automatically detained*

[133] The Federal Court found that returnees are “immediately and automatically imprisoned by U.S. authorities” (at paragraph 103).

[134] The Claimants submit that appellate courts must defer to the factual findings of first-instance courts and

[129] À l'audience, la Cour a présenté aux parties les arrêts de principe issus de la Cour suprême en la matière, dont *PHS Community Services*, *Little Sisters* et *MacKay*. Les parties, représentées par des avocats chevronnés en droit constitutionnel, nous ont présenté des observations utiles sur ces arrêts, qui leur étaient familiers.

[130] Les parties étaient au fait de ces questions, en comprenant l'importance pour l'appel et ont donné des réponses complètes à la Cour. Elles n'ont pas demandé l'autorisation de présenter d'autres observations écrites, ce qui n'était pas nécessaire, car la Cour était satisfaite de la qualité et de l'exhaustivité des réponses des parties.

d) Décision de la Cour fédérale

[131] La Cour fédérale a abordé le recours fondé sur la Charte comme il a été plaidé et défendu. Ainsi, son attention n'a pas porté sur les aspects importants du régime légal, tout particulièrement les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes de même que l'importance cruciale de ces éléments. En outre, les principes applicables aux recours fondés sur la Charte, dont il est question plus haut, n'ont pas été plaidés devant elle. Cette situation a mené la Cour fédérale à commettre une erreur susceptible de révision. Par conséquent, il est loisible à notre Cour d'intervenir.

D. Questions portant sur l'article 7 de la Charte

[132] L'analyse qui figure à la partie C des présents motifs suffit à la Cour pour rejeter le recours des demandeurs fondé sur la Charte. Toutefois, pour la gouverne des parties qui invoqueront l'article 7 dans ce contexte à l'avenir, la Cour tient à souligner certaines questions qui émanent des motifs de la Cour fédérale.

1) *Conclusion quant à la détention d'office des personnes renvoyées aux États-Unis*

[133] Selon la Cour fédérale, les demandeurs renvoyés sont « immédiatement et automatiquement emprisonnés par les autorités américaines » (au paragraphe 103).

[134] De l'avis des demandeurs, les cours d'appel sont tenues de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions

the test for interference is the very high standard of palpable and overriding error. On this, they are correct: see, e.g., *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286, at paragraph 46. However, where fact-finding has been done contrary to accepted legal principle or where a legal error “infected or tainted” a factual conclusion, the Court may interfere: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 35.

[135] The Federal Court took the evidence of ten individuals who said that they were detained upon returning to the United States (at paragraphs 95–98), evidence that United States officials required one returnee to surrender her cellphone (at paragraph 97) and evidence about the conditions and quality of one person’s detention (at paragraph 96) and concluded that all who return to the United States are “immediately and automatically imprisoned” (at paragraph 103).

[136] The Federal Court also relied (at paragraph 98) on the evidence of lawyers who represent or advise returnees. Their testimony, taken at its highest, suggests that many, not all, detainees are detained.

[137] As a matter of law, inferences must be logical and must not go beyond the limits of the evidence before the Court: *Mahjoub*, above, at paragraph 62; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723, citing the widely accepted test in *R. v. Munoz* (2006), 86 O.R. (3d) 134, 38 C.R. (6th) 376 (S.C.J.), at paragraphs 23–31. Where a court draws inferences outside the range of inferences it could reasonably make, interference is warranted: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at paragraph 57.

[138] Logically, evidence about the conditions and quality of one person’s detention and the confiscation of another person’s cellphone says nothing about whether detention is immediate or automatic across the United States

de fait des cours de première instance. Le critère auquel est subordonnée l’intervention est celui de l’erreur manifeste et dominante, qui est très strict. Sur ce point, ils ont raison (voir, p. ex., *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165, au paragraphe 46). Toutefois, lorsque la recherche des faits est contraire aux principes juridiques acceptés ou lorsqu’une erreur de droit « a entaché ou vicié » la conclusion factuelle, la Cour peut intervenir (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 35).

[135] La Cour fédérale, sur la foi des témoignages de dix personnes ayant affirmé avoir été détenues à leur retour aux États-Unis (aux paragraphes 95 à 98), d’une personne selon qui les autorités américaines avaient confisqué son téléphone cellulaire à son retour (au paragraphe 97) et d’une autre personne au sujet des conditions de sa détention (au paragraphe 96), conclut que tous ceux qui sont renvoyés aux États-Unis sont « immédiatement et automatiquement emprisonnés » (au paragraphe 103).

[136] La Cour fédérale ajoute également foi à la preuve présentée par les avocats qui représentent ou conseillent des personnes visées par une mesure de renvoi (au paragraphe 98). Leur témoignage, tout au plus, indique que, si de nombreuses personnes sont emprisonnées, elles ne le sont pas toutes.

[137] En droit, les inférences ne sauraient être illogiques ou aller au-delà de la preuve au dossier (*Mahjoub*, au paragraphe 62; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161, mentionnant le critère largement accepté énoncé dans *R. v. Munoz* (2006), 86 O.R. (3d) 134, 38 C.R. (6th) 376 (C.S. Ont.), aux paragraphes 23 à 31). Lorsque le tribunal tire une inférence qui ne figure pas parmi les inférences qu’il pouvait raisonnablement tirer, l’intervention est justifiée (*H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, au paragraphe 57).

[138] Sur le plan de la logique, les témoignages sur les conditions de détention ou la confiscation d’un téléphone portable ne permettent pas de conclure que la détention est immédiate et automatique à l’échelle du système

system. The evidence of the particular treatment of ten individuals—all selected by the Claimants—cannot itself provide a basis for making system-wide inferences. And evidence from lawyers selected by the Claimants that “most are detained” cannot support an inference that all coming in from the border with Canada are immediately and automatically detained.

[139] Only the opinion of experts testifying on system-wide phenomena, the content of United States law and its effects might suffice. In the Federal Court, the Claimants tendered the evidence of several experts on United States law and immigration practice to try to do just that. However, in this case, the experts’ testimony did not support the Federal Court’s conclusion. The experts testified that detention is discretionary, not mandatory, for most returnees: Hughes December 3, 2018 cross-examination, appeal book, Vol. 27, tab 119, pages 11292–11293; Witmer cross-examination, appeal book, Vol. 33, tab 137, pages 13763–13765; Anker cross-examination, appeal book, Vol. 25, tab 109, page 10127; Yale-Loeher affidavit, appeal book, Vol. 47, tab 185, pages 20142–20144. The United States law cited by them confirms this point. And many experts had little knowledge about the application of United States refugee detention practices to returnees: Hughes December 3, 2018 cross-examination, appeal book, Vol. 27, tab 119, pages 11254–11255; Robinson cross-examination, appeal book, Vol. 33, tab 141, pages 13907–13910; Obser cross-examination, appeal book, Vol. 32, tab 133, pages 13526 and 13538; Warden-Hertz cross-examination, appeal book, Vol. 33, tab 139, pages 13830–13831; and Benson cross-examination, appeal book, Vol. 28, tab 122, pages 11586–11587.

[140] The highest possible finding on this record is that returnees to the United States are exposed to a risk of discretionary detention. Refugee claimants in Canada are exposed to that sort of risk: Act, section 55. This similarity suggests that sending refugee

américain. Le témoignage de dix personnes —choisies par les demandeurs — sur le traitement qu’elles ont subi, à lui seul, ne permet pas au tribunal de tirer des inférences quant au système entier. En outre, la preuve présentée par des avocats choisis par les demandeurs, selon laquelle « la plupart des personnes sont détenues », ne saurait mener le tribunal à inférer que tous ceux qui arrivent de la frontière avec le Canada sont immédiatement et automatiquement emprisonnés.

[139] Seuls les avis d’experts appelés à témoigner sur des phénomènes systémiques ainsi que sur la teneur des lois américaines et leurs effets suffiraient. Devant la Cour fédérale, les demandeurs ont fait appel à plusieurs experts sur les lois et les pratiques américaines en matière d’immigration. Toutefois, en l’espèce, les témoignages des experts n’étayaient pas la conclusion de la Cour fédérale. Selon les experts, la détention est discrétionnaire, et non systématique, pour la plupart des personnes qui rentrent aux États-Unis (contre-interrogatoire Hughes, 3 décembre 2018, dossier d’appel, vol. 27, onglet 119, aux pages 11292 à 11293; contre-interrogatoire Witmer, dossier d’appel, vol. 33, onglet 137, aux pages 13763 à 13765; contre-interrogatoire Anker, dossier d’appel, vol. 25, onglet 109, à la page 10127; affidavit Yale-Loeher, dossier d’appel, vol. 47, onglet 185, aux pages 20142 à 20144). La loi américaine mentionnée par ces experts vient le confirmer. En outre, plusieurs experts ignoraient les pratiques américaines en matière de détention des personnes qui rentrent aux États-Unis (contre-interrogatoire Hughes, 3 décembre 2018, dossier d’appel, vol. 27, onglet 119, aux pages 11254 à 11255; contre-interrogatoire Robinson, dossier d’appel, vol. 33, onglet 141, aux pages 13907 à 13910; contre-interrogatoire Obser, dossier d’appel, vol. 32, onglet 133, aux pages 13526 et 13538; contre-interrogatoire Warden-Hertz, dossier d’appel, vol. 33, onglet 139, aux pages 13830 à 13831; contre-interrogatoire Benson, dossier d’appel, vol. 28, onglet 122, aux pages 11586 à 11587).

[140] Ce dossier, tout au plus, nous permet de dire que les personnes qui rentrent aux États-Unis risquent la détention discrétionnaire. Les demandeurs d’asile au Canada courent également ce risque (Loi, article 55). Il ressort de cette similarité de traitement que renvoyer

claimants to the United States is not against the principles of fundamental justice: *Canada (Attorney General) v. Barnaby*, 2015 SCC 31, [2015] 2 S.C.R. 563, at paragraphs 3–5.

[141] The evidence shows that returnees who are detained in the United States can seek release and release is often granted, either on bond or without: Witmer cross-examination, appeal book, Vol. 33, tab 137, pages 13762–13763 and 13766; Irizarry cross-examination, appeal book, Vol. 33, tab 143, pages 14130 and 14137–14142; Robinson cross-examination, appeal book, Vol. 33, tab 141, page 13918; Warden-Hertz cross-examination, appeal book Vol. 33, tab 139, pages 13863–13864 and 13853–13855; Hughes cross-examination, appeal book, Vol. 27, tab 119, pages 11303–11304; Yale-Loehr October 12, 2018 affidavit, appeal book, Vol. 47, tab 185, pages 20146–20147.

[142] There is also evidence that some returnees have access to counsel while in detention. One of the individual Claimants testified that her detention conditions were unacceptable as she was cold and was held in solitary confinement for a week while awaiting a tuberculosis test. She suspected that her religious dietary needs were not accommodated. However, there is no evidence that these practices are widespread or regular.

(2) *The finding that Canadian immigration officers' discretion to alleviate harsh effects is "illusory"*

[143] In the Federal Court, Canada submitted that the two provisions, paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations, do not have the effect of infringing the Charter because certain "safety valves" exist that can stop any unconstitutional effects that might arise in extreme cases. The "safety valves" it cites are described at paragraph 43, above.

des demandeurs d'asile aux États-Unis ne va pas à l'encontre des principes de justice fondamentale (*Canada (Procureur général) c. Barnaby*, 2015 CSC 31, [2015] 2 R.C.S. 563, aux paragraphes 3 à 5).

[141] La preuve révèle que les personnes détenues dans ces circonstances peuvent demander la mise en liberté, qui leur est souvent accordée, avec ou sans cautionnement (contre-interrogatoire Witmer, dossier d'appel, vol. 33, onglet 137, aux pages 13762 à 13763 et 13766; contre-interrogatoire Irizarry, dossier d'appel, vol. 33, onglet 143, aux pages 14130 et 14137 à 14142; contre-interrogatoire Robinson, dossier d'appel, vol. 33, onglet 141, à la page 13918; contre-interrogatoire Warden-Hertz, dossier d'appel, vol. 33, onglet 139, aux pages 13863 à 13864 et 13853 à 13855; contre-interrogatoire Hughes, dossier d'appel, vol. 27, onglet 119, aux pages 11303 à 11304; affidavit Yale-Loehr du 12 octobre 2018, dossier d'appel, vol. 47, onglet 185, aux pages 20146 à 20147).

[142] La preuve révèle également que certains détenus dans ces circonstances ont l'autorisation de consulter un avocat. L'une des demandresses en l'espèce a affirmé que les conditions de sa détention étaient intolérables : elle avait froid et avait été mise en isolement pendant une semaine jusqu'au résultat d'un test pour la tuberculose. Elle croyait que le régime alimentaire préconisé par sa religion n'avait pas été respecté. Or, rien ne prouve que ces pratiques sont généralisées ou fréquentes.

2) *Conclusion quant aux pouvoirs « illusoirs » conférés aux agents d'immigration canadiens leur permettant, à leur discrétion, d'atténuer les effets néfastes*

[143] Devant la Cour fédérale, le Canada a affirmé que les deux dispositions, à savoir l'alinéa 101(1)(e) de la Loi et l'article 159.3 du Règlement, n'ont pas pour effet d'enfreindre la Charte, en raison de l'existence de « soupapes de sécurité » qui viennent contrer toute incidence inconstitutionnelle dans des situations extrêmes. Les « soupapes de sécurité » qu'il mentionne sont décrites au paragraphe 43 des présents motifs.

[144] The Federal Court rejected this submission on the ground that these safety valves were not “generally available” and, therefore, were “illusory”: F.C. reasons, at paragraph 130. As a matter of law, this is incorrect. It cannot be said that the safety valves are “not generally available”.

[145] The evidentiary record in this case bears this out. Some of the applicants in this case used these “safety valves” to avoid removal. The ABC and the Homs/Al-Nahass families applied immediately for judicial review of the officer’s ineligibility decision and applied for a stay of removal. Counsel advises that the Homs/Al-Nahass family has, so far, been successful in obtaining permanent resident status under section 25. In Ms. Mustefa’s case, an immigration officer told her about the ability to review her ineligibility decision.

(3) *The findings that detention conditions are cruel and unusual and cause psychological suffering*

[146] Here again, broad, system-wide inferences concerning the United States from the limited nature of the individual incidents described in the record cannot be made.

[147] As well, “cruel and unusual” has a known meaning in Canadian law. It is enshrined in section 12 of the Charter and has a high threshold. Also high is the threshold for finding that psychological suffering engages section 7 of the Charter: *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299, 438 D.L.R. (4th) 148. Neither threshold appears to have been applied.

[148] In *Kreishan*, this Court also noted (at paragraph 100) that psychological suffering is inherent in the plight of refugees fleeing their home country out of fear of persecution. Thus, one must ask whether sending refugee claimants back to the United States actually increased psychological suffering above this inherent level (at paragraph 93).

[144] La Cour fédérale a rejeté cette prétention au motif que ces soupapes de sécurité étaient « largement hors de portée » et donc « illusoires » (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 130). En droit, cette conclusion est incorrecte. On ne saurait affirmer que les soupapes de sécurité sont « largement hors de portée ».

[145] C’est ce qui ressort du dossier de preuve. Certains des demandeurs en l’espèce ont eu recours à ces « soupapes de sécurité » pour se soustraire à une mesure de renvoi. La famille d’ABC et la famille Homs/Al-Nahass ont demandé sans délai le contrôle judiciaire de la conclusion d’irrecevabilité de leur demande, tirée par l’agent, et ont demandé qu’il soit sursis à leur renvoi. Selon leur avocat, la famille Homs/Al-Nahass a finalement réussi à obtenir la résidence permanente en application de l’article 25. Dans le cas de Mme Mustefa, l’agent d’immigration l’avait informée de la possibilité de faire contrôler la conclusion d’irrecevabilité.

3) *Conclusion quant au caractère cruel et inusité des conditions de détention et aux souffrances psychologiques en découlant*

[146] Il n’est pas possible non plus de tirer des inférences systémiques à cet égard. Les témoignages individuels sur les incidents sont trop limités pour le permettre.

[147] De plus, le syntagme « cruel et inusité » est défini en droit canadien. Il figure à l’article 12 de la Charte, auquel il est difficile de satisfaire. De même, il est difficile de démontrer que les souffrances psychologiques font jouer l’article 7 de la Charte (*Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299. Il ne semble pas qu’on ait satisfait à aucun de ces seuils.

[148] Dans l’arrêt *Kreishan*, la Cour fait également remarquer, au paragraphe 100, que les souffrances psychologiques sont le lot des réfugiés contraints de fuir leur pays d’origine par crainte de persécution. En conséquence, il faut se demander si le renvoi d’un demandeur d’asile aux États-Unis a bel et bien pour effet d’aggraver ses souffrances psychologiques (au paragraphe 93).

[149] It is unclear whether all of the expert evidence on this point was critically assessed. Much relied upon media reports: appeal book, at pages 7250, 7412, 7456, 7460, 7895, 7900, 8414, 8419, 9531, 9831, 10017, 12861, 13278, 13281, 13285, 13290, 13299, 13321, 13325, 13331, 13337, 13341, 13344, 13382, 13472, 13480, 13484, 14410, 14415, 14510, 14572, and many others (full citations not included for brevity). For its part, Canada also added many media reports to the record: see appeal book, Vol. 43, tab 182 and the exhibits therein.

[150] On this practice, a note of caution needs to be sounded. Media reports often have to be relied upon in immigration matters in the absence of better evidence regarding country conditions. But here the media reports are being used to prove conditions in the United States in support of a Charter claim with serious ramifications where other, better types of evidence are readily available. In the context of this case, media reports are out of court descriptions of incidents by persons who often did not witness the incidents, reporting on what others observed or experienced. Thus, they are hearsay upon hearsay and sometimes even hearsay beyond that, often mixed with inadmissible lay opinion: Lederman, Bryant and Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. (Toronto: LexisNexis Canada Inc., 2018), at page 249. All the dangers of admitting this sort of evidence—inaccuracy, partiality and lack of opportunity for it to be tested and assessed—are present: Sopinka, at pages 250–256. Charter cases with wide implications should not depend on what one finds in a newspaper.

(4) *The principles of fundamental justice*

[151] A court must properly identify and define the principles of fundamental justice relevant to the case before it: *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, (1999), 174 D.L.R. (4th) 111, at paragraph 38. And the principles must be applied with due regard to the context of the case: see *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 20. This is particularly important in cases that involve removal to a foreign

[149] Il ne va pas de soi que toute la preuve d'expert a été soumise à une analyse critique. Elle était en grande partie constituée d'articles de presse (dossier d'appel, aux pages 7250, 7412, 7456, 7460, 7895, 7900, 8414, 8419, 9531, 9831, 10017, 12861, 13278, 13281, 13285, 13290, 13299, 13321, 13325, 13331, 13337, 13341, 13344, 13382, 13472, 13480, 13484, 14410, 14415, 14510, 14572 et bien d'autres (renvois complets omis par souci de concision)). Le Canada a également versé nombre d'articles de presse au dossier (voir dossier d'appel, vol. 43, onglet 182 et les pièces qui y sont incluses).

[150] À cet égard, une mise en garde s'impose. Dans les affaires d'immigration, il faut souvent se contenter d'articles de presse, faute de meilleurs éléments de preuve au sujet des conditions qui règnent dans un pays en question. Or, en l'espèce — un recours fondé sur la Charte qui est susceptible d'avoir des répercussions graves — les articles de presse servent à démontrer les conditions aux États-Unis alors qu'il existe de meilleures sources de preuve. Dans la présente affaire, les articles de presse relatent les déclarations extrajudiciaires de gens qui, souvent, n'ont pas été eux-mêmes témoins des faits, décrivant les incidents ou les expériences d'autrui. Il s'agit donc de ouï-dire au deuxième degré ou plus, souvent teinté d'opinions inadmissibles de non-juristes (Lederman, Bryant et Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 5^e éd., Toronto : LexisNexis Canada Inc., 2018, à la page 249). Tous les dangers inhérents à ce genre de preuve — inexactitude, partialité et impossibilité de soumettre les auteurs au contre-interrogatoire — sont réunis (Sopinka, aux pages 250 à 256). Les recours fondés sur la Charte susceptibles d'avoir des répercussions de grande envergure ne devraient pas être tranchés sur le fondement de ce qu'on peut lire dans les journaux.

4) *Principes de justice fondamentale*

[151] Il importe que le tribunal circoncrive bien les principes de justice fondamentale qui s'appliquent dans l'affaire dont il est saisi (*R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, 1999 CanLII 689, au paragraphe 38). L'application de ces principes dépend du contexte (voir *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 20). C'est tout particulièrement important dans les cas où il est question d'un renvoi

country: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, at paragraph 68.

[152] The Claimants submit that the relevant principles of fundamental justice are that the effects of laws should not be overbroad or grossly disproportionate to their purposes: *Bedford*, above. The Federal Court accepted that submission.

[153] But the effects, said to be overbroad and grossly disproportionate, are carried out in the United States, by United States officials, under United States law. For that to count under Canadian law, the actions of United States officials had to have sufficient causal connection to Canadian actions such that the effects in the United States were an “entirely foreseeable consequence” of Canadian state action: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 54. All that the Federal Court said here was that (at paragraph 94) there were “related harms”. That falls short of the necessary threshold.

[154] The plain text of section 32 of the Charter provides that the Charter applies only to the “Parliament and government of Canada” and to the “legislature and government of each province”, i.e., Canadian state action: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, (1986), 33 D.L.R. (4th) 174. Nor does the Charter allow courts to weigh in on the policy of other States and decide if it passes constitutional muster: *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, (1987), 39 D.L.R. (4th) 18, at pages 522–524 S.C.R.; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, (1991), 84 D.L.R. (4th) 438, at pages 845–846 S.C.R.

[155] The Supreme Court has repeatedly emphasized that Canadian courts cannot apply Canadian constitutional standards to foreign legal systems and administrations as if they were Canadian:

- A court may not apply paragraph 11(h) of the Charter to foreign trials: *Schmidt*, at page 523 S.C.R. This is true even when the government of Canada has extradited that individual to be tried in the foreign system.

à l'étranger (*États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, au paragraphe 68).

[152] De l'avis des demandeurs, suivant les principes de justice fondamentale applicables en l'espèce, l'effet de lois ne saurait être totalement disproportionné ou de portée excessive par rapport à leur objet (*Bedford*). La Cour fédérale a accepté cette prétention.

[153] Or, les effets — qu'on dit de portée excessive et totalement disproportionnés — sont produits en sol américain, par des agents américains, sous le régime de lois américaines. Pour tomber sous le coup des lois canadiennes, il faudrait que les actes des agents américains aient un lien de causalité suffisant avec les actes du Canada, de sorte que leur effet aux États-Unis soit « une conséquence parfaitement prévisible » d'actes de l'État canadien (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 54). La Cour fédérale en l'espèce mentionne seulement l'existence de « préjudices connexes » (au paragraphe 94). Ce n'est pas suffisant, tant s'en faut.

[154] Aux termes de l'article 32 de la Charte, suivant leur sens ordinaire, elle s'applique seulement « au Parlement et au gouvernement du Canada » ainsi qu'à « la législature et au gouvernement de chaque province », c'est-à-dire à un acte de l'État canadien (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 1986 CanLII 5). La Charte ne permet pas non plus aux tribunaux d'évaluer les politiques d'autres États pour décider si elles sont constitutionnelles (*Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, aux pages 522 à 524, 1987 CanLII 48; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, aux pages 845 à 846, 1991 CanLII 78).

[155] La Cour suprême a rappelé à plusieurs reprises qu'il n'est pas loisible aux tribunaux canadiens d'appliquer des normes constitutionnelles canadiennes au cadre juridique et à l'administration d'autres États comme s'il s'agissait d'institutions canadiennes :

- Le tribunal ne saurait appliquer l'alinéa 11h) de la Charte à des procès instruits à l'étranger (*Schmidt* (C.S.C.), à la page 523), et ce même si le Canada a extradé l'inculpé.

- Section 8 of the Charter does not apply to a Canadian letter of request addressed to a foreign government for production of an individual's documents: *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, (1988), 158 D.L.R. (4th) 577, at paragraph 31.
- Paragraph 10(b) of the Charter does not apply to questioning by foreign state authorities concerning a person's immigration status and the circumstances of an offence committed by that person's boyfriend: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; (1995), 128 D.L.R. (4th) 98. In this case (at paragraph 12), United States immigration officials and law enforcement officers could "in no way be considered as acting on behalf of" Canadian officials or governments.
- The Charter does not apply to the conduct of foreign police cooperating with Canadian police on an informal basis: *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, (1996), 135 D.L.R. (4th) 214, at paragraph 19.
- Section 12 of the Charter does not apply to punishment someone might receive in a foreign state: *Reference Re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858, (1991), 84 D.L.R. (4th) 498; *Kindler*, at page 847 S.C.R.
- The Supreme Court has upheld extradition orders to face charges under foreign law with minimum sentences that would be unconstitutional in Canada: *United States of America v. Jamieson*, [1996] 1 S.C.R. 465, (1996), 197 N.R. 1; *United States v. Whitley*, [1996] 1 S.C.R. 467, (1996), 132 D.L.R. (4th) 575; *United States v. Ross*, [1996] 1 S.C.R. 469, (1996), 132 D.L.R. (4th) 383.
- L'article 8 de la Charte ne s'applique pas à une lettre adressée par le Canada à un gouvernement étranger en vue d'obtenir la transmission de documents concernant une personne (*Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, 1998 CanLII 828, au paragraphe 31).
- L'alinéa 10b) de la Charte ne s'applique pas aux questions, par les autorités d'un pays étranger, sur la situation d'une personne relative à l'immigration et sur les circonstances entourant la perpétration d'une infraction par son petit ami (*R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, 1995 CanLII 70). Dans cette affaire, les autorités d'immigration et les forces de l'ordre américaines ne pouvaient « d'aucune façon être considérées comme ayant agi pour le compte » des représentants ou de l'État canadiens (au paragraphe 12).
- La Charte ne s'applique pas aux actes de policiers étrangers qui collaborent avec des agents de police canadiens de manière informelle (*R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, 1996 CanLII 199, au paragraphe 19).
- L'article 12 de la Charte ne s'applique pas aux châtiments susceptibles d'être infligés par un État étranger (*Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858, 1991 CanLII 79; *Kindler*, à la page 847).
- La Cour suprême a confirmé des ordonnances d'extradition visant des inculpés susceptibles d'écoper à l'étranger de peines minimales qui seraient inconstitutionnelles au Canada (*États-Unis d'Amérique c. Jamieson*, [1996] 1 R.C.S. 465, 1996 CanLII 224; *États-Unis d'Amérique c. Whitley*, [1996] 1 R.C.S. 467, 1996 CanLII 225; *États-Unis d'Amérique c. Ross*, [1996] 1 R.C.S. 469, 1996 CanLII 226).

[156] These holdings of the Supreme Court are also supported by the fundamental principles of state sovereignty and international comity, which themselves likely inform the content of the principles of fundamental justice: *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, (1998), 164 D.L.R. (4th) 1,

[156] Ces enseignements de la Cour suprême sont également sous-tendus par les principes fondamentaux que sont la souveraineté des États et la courtoisie internationale, qui se répercutent vraisemblablement sur la teneur des principes de justice fondamentale (*R. c. Cook*, [1998]

at paragraphs 26, 39 and 44; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at paragraphs 33–56; *Terry*.

[157] The Federal Court was correct to note that Canada may not “avoid the guarantee of fundamental justice merely because the deprivation in question would be effected by someone else’s hand”: reasons of the Federal Court, at paragraph 100, citing *Suresh*. But this does not allow Canadian courts to assess the substance of United States law and practice through the domestic doctrines of overbreadth and gross disproportionality.

[158] The relevant Canadian state action in this case is the removal of individuals to the United States where they will face treatment under the United States legal system and administration. In such circumstances, Canadian courts will respond to the removal of individuals to foreign legal systems and administrations only where they will suffer effects that are so deplorable they “shock the conscience” of Canadians: *Kindler*, at pages 847–849; *Burns*, at paragraphs 66–69; *Suresh*, at paragraphs 27, 49 and 56; *Barnaby*, at paragraph 2; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127, at paragraph 44.

[159] Whether something shocks the conscience of Canadians is determined by considering Canadian legal norms, the practices of other democratic countries, and relevant international law: *Burns*, at paragraphs 76–84. “Shocks the conscience” is a high threshold. It covers extreme things such as torture, stoning, mutilation or the death penalty: *Burns*, at paragraphs 8 and 69; *Suresh*, at paragraphs 77–78. The threshold is so high that before 2001 the Supreme Court ruled that even the death penalty did not shock the conscience: *Kindler*; *Ng*.

[160] The meaning of “shocks the conscience” can also be understood by appreciating what it does not include. Removal to face criminal charges where “the system for the administration of justice in that country” is “substantially different from ours with different checks and balances” does not shock the conscience: *Schmidt*, at

2 R.C.S. 597, 1998 CanLII 802, aux paragraphes 26, 39 et 44; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, aux paragraphes 33 à 56; *Terry*).

[157] Certes, la Cour fédérale n’avait pas tort de signaler que le Canada « ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale uniquement parce que l’atteinte serait le fait d’autrui » (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 100, citant l’arrêt *Suresh*). Or, rappelons qu’il n’est pas permis aux tribunaux canadiens d’évaluer la teneur des lois et des pratiques américaines en les passant au crible des doctrines canadiennes de la portée excessive et des effets exagérément disproportionnés.

[158] En l’espèce, l’acte de l’État canadien correspond au renvoi de personnes aux États-Unis où elles seront assujetties au système juridique et à l’administration de ce pays. Les tribunaux canadiens n’interviennent alors que si elles subiront un traitement si déplorable qu’il « choque la conscience » de la population canadienne (*Kindler*, aux pages 847 à 849; *Burns*, aux paragraphes 66 à 69; *Suresh*, aux paragraphes 27, 49 et 56; *Barnaby*, au paragraphe 2; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127, au paragraphe 44).

[159] Ce qui « choque la conscience » de la population canadienne s’évalue à la lumière des normes juridiques canadiennes, des pratiques d’autres pays démocratiques et du droit international pertinent (*Burns*, aux paragraphes 76 à 84). C’est un critère exigeant, qui fait intervenir les actes extrêmes, comme la torture, la lapidation, la mutilation ou la peine capitale (*Burns*, aux paragraphes 8 et 69; *Suresh*, aux paragraphes 77 à 78). Le critère est si exigeant que la Cour suprême, avant 2001, avait conclu que même la peine capitale ne choquait pas la conscience (*Kindler*; *Ng*).

[160] On peut également déterminer ce qui « choque la conscience » en évaluant ce qui n’est pas visé par ce critère. Le renvoi pour cause d’inculpation criminelle dans un pays dont le « système judiciaire » « diffère sensiblement du nôtre et comporte des mécanismes différents » ne choque pas la conscience (*Schmidt* (C.S.C.), aux

pages 522-523 S.C.R. And removal to face foreign legal proceedings that are not substantially different from what could occur in Canada does not shock the conscience: *Barnaby*.

[161] In this case, there was no evidence that could support a finding that the treatment of returnees to the United States at the Canada-United States border “shocks the conscience”. There is evidence of individual cases of substandard treatment but nothing that rises to the very high level required by the “shocks the conscience” standard.

(5) *The interpretation and application of overbreadth and gross disproportionality*

[162] Paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations are not contrary to the doctrines of overbreadth or gross disproportionality. When these doctrines are applied properly—i.e., applied only to Canadian state action and effects caused by that state action—there is a rational connection between the law’s objectives and its effects and the effects are not so severe that they are not justified by the objective.

[163] A law is unconstitutionally overbroad if the means it employs prohibits or regulates conduct that has no relation whatsoever to the law’s purpose: *Bedford*, at paragraph 101; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, (1994), 120 D.L.R. (4th) 348. To be unconstitutionally overbroad, there must be no rational connection between the purpose of the law and some of its impacts: *Bedford*, at paragraphs 112, 117 and 119. This is a high standard to meet: *Bedford*, at paragraph 119.

[164] The objective of the law in this case is the sharing of responsibility for the consideration of refugee claims with countries that are signatory to and comply with the relevant articles of the Conventions and have an acceptable human rights record: *Canadian Council for Refugees*, at paragraph 75.

pages 522 à 523). De même, le renvoi à l’étranger d’une personne aux fins d’une poursuite judiciaire qui ne diffère pas sensiblement d’une instance intentée au Canada ne choque pas la conscience (*Barnaby*).

[161] En l’espèce, rien ne démontre que le traitement des personnes renvoyées aux États-Unis depuis la frontière canado-américaine « choque la conscience ». Le dossier comporte des éléments relatant des traitements inférieurs aux normes, mais rien qui « choque la conscience », un critère très exigeant.

5) *Portée excessive et effets exagérément disproportionnés – interprétation et application*

[162] L’alinéa 101(1)e) de la Loi et l’article 159.3 du Règlement ne sont pas contraires aux doctrines de la portée excessive et des effets exagérément disproportionnés. Dans les cas où elles sont appliquées à bon droit — c’est-à-dire à un acte de l’État canadien et aux effets de cet acte — elles révèlent un lien rationnel entre l’objet de la loi et ses effets. En outre, ces derniers ne sont pas graves au point de ne pas se justifier au regard de l’objet de la loi.

[163] Une loi est inconstitutionnelle pour cause de portée excessive si une disposition interdit ou régit un comportement sans aucun lien avec son objet (*Bedford*, au paragraphe 101; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, 1994 CanLII 34). Il ne doit exister aucun lien rationnel entre l’objet de la loi et certains de ses effets (*Bedford*, aux paragraphes 112, 117 et 119). Il s’agit d’un critère exigeant (*Bedford*, au paragraphe 119).

[164] En l’espèce, la loi vise le partage de la responsabilité à l’égard de l’examen des demandes d’asile avec des pays signataires qui se conforment aux dispositions pertinentes des Conventions et qui ont des antécédents acceptables en matière de protection des droits de la personne (*Conseil canadien pour les réfugiés*, au paragraphe 75).

[165] In this case, Canada's objective is achieved by making, with some exceptions, claimants arriving in Canada at a regular land border with the United States ineligible to claim refugee protection in Canada. As a result, claimants will very often, but not always, be returned to the United States where they face a risk of detention. The question is whether ineligibility to make a refugee claim and the associated risk of detention for certain individuals arriving from the United States captures some conduct that bears no rational connection to the government's objectives.

[166] The rational connection is evident. Parliament sought to share responsibility for the consideration of refugee claims with the United States, a country that (at least in the eyes of the Canadian government) has signed and complies with the relevant Conventions and has an acceptable human rights record. It chose to do so by denying refugee claimants arriving from the United States access to the Refugee Protection Division. As the law denies individuals access based on the fact they have arrived from the United States, it bears a rational connection to the objective. The fact that some returned to the United States may be detained while making their claim there does not erode this connection.

[167] A law is grossly disproportionate if the means chosen to fix a problem have such a deleterious impact on an individual that they cannot be justified by the importance of fixing the problem. An example is a law that imposes life imprisonment for littering on the streets. The Supreme Court has said, keeping the streets clean is not important enough to justify imposing life imprisonment: *Bedford*, at paragraph 120. As this doctrine requires courts to interfere with the weighing process of Parliament, it has been limited to only extreme cases: *Bedford*, at paragraph 120.

[168] In this case, the means chosen, ineligibility to the Refugee Protection Division for refugee claimants arriving from the United States, is not disproportionate

[165] En l'espèce, le Canada atteint son objectif en statuant que les demandes d'asile des personnes qui se présentent à un point d'entrée régulier sur la frontière canado-américaine sont irrecevables, sauf dans certains cas. Ainsi, les demandeurs sont renvoyés aux États-Unis dans la plupart des cas, où ils risquent la détention. La question est celle de savoir si l'irrecevabilité de la demande d'asile et le risque de détention qui en découle pour certaines personnes qui entrent au Canada en provenance des États-Unis sont des comportements qui n'ont aucun lien rationnel avec l'objectif de l'État.

[166] Le lien rationnel est apparent. Le législateur voulait partager la responsabilité à l'égard de l'examen des demandes d'asile avec les États-Unis, un pays (du moins de l'avis de l'État canadien) signataire des Conventions en la matière, qui en applique les dispositions et a des antécédents acceptables quant à la protection des droits de la personne. Pour ce faire, il a opté pour une mesure par laquelle il refuse aux demandeurs d'asile en provenance des États-Unis la possibilité d'avoir recours à la Section de la protection des réfugiés. Comme la législation prive des personnes de ce recours si elles arrivent des États-Unis, elle a un lien rationnel avec l'objectif. Le fait que certaines personnes qui sont renvoyées aux États-Unis risquent la détention pendant l'examen de leur demande d'asile par les autorités américaines n'érode en rien ce lien.

[167] Une loi est exagérément disproportionnée si la mesure choisie pour remédier à un problème a des effets si néfastes qu'ils ne sauraient être justifiés par la nécessité de trouver une solution à ce problème. Prenons l'exemple d'une loi qui inflige une peine d'emprisonnement à perpétuité à quiconque jette des débris dans la rue. Selon la Cour suprême, l'objet qui consiste à assurer la propreté des rues n'est pas important au point de justifier une telle peine (*Bedford*, au paragraphe 120). Comme cette règle invite les tribunaux à modifier la mise en balance à laquelle le législateur a procédé, elle ne s'applique que dans les cas extrêmes (*Bedford*, au paragraphe 120).

[168] En l'espèce, la mesure — la conclusion d'irrecevabilité de la demande d'asile pour examen par la Section de la protection des réfugiés présentée par ceux

with the objective of sharing responsibility for the consideration of refugee claims with countries that are signatory to and comply with the relevant articles of the Conventions and have an acceptable human rights record.

E. The issues arising under section 15 of the Charter

[169] For the benefit of future cases, a few words on the Claimants' challenge under section 15 of the Charter are warranted.

[170] The Federal Court found it unnecessary to deal with section 15. As a result, it made no factual findings relevant to the section 15 challenge.

[171] The Claimants submit that the Federal Court judge was obligated to deal with the section 15 challenge. I disagree. A Court has a discretion whether or not to deal with issues unnecessary to the outcome of the case: see, e.g., *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, [2013] 1 F.C.R. 143, at paragraphs 65–66 and 68; *Defence Construction Canada v. Ucanu Manufacturing Corp.*, 2017 FCA 133, [2018] 2 F.C.R. 269, at paragraphs 47–52.

[172] This applies to issues arising under section 15. Section 15 does not enjoy “superior status in a ‘hierarchy’ of rights”: *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 15, [2005] 1 S.C.R. 238, at paragraph 26. The Supreme Court has repeatedly rejected the notion that the Charter contains a hierarchy of rights or that one right should be regarded as inherently superior to another: *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at paragraph 50; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 120 D.L.R. (4th) 12, at page 877 S.C.R.; *Mills*, at paragraph 61; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, (1995), 96 C.C.C. (3d) 481, at paragraphs 34–35.

[173] Had it been necessary for this Court to decide the section 15 issues, it would have had to assess whether it should determine the issues itself or send them back to

qui arrivent au Canada depuis les États-Unis — n’a pas d’effet disproportionné par rapport à l’objectif qui consiste à partager la responsabilité de l’examen des demandes d’asile avec des pays signataires qui appliquent les dispositions pertinentes des Conventions et ont des antécédents acceptables en matière de protection des droits de la personne.

E. Questions relatives à l’article 15 de la Charte

[169] Pour la gouverne d’instances futures, quelques remarques s’imposent sur le recours des demandeurs fondé sur l’article 15 de la Charte.

[170] La Cour fédérale était d’avis qu’il n’était pas nécessaire de traiter des arguments concernant l’article 15. Ainsi, elle n’a tiré aucune conclusion de fait à cet égard.

[171] Selon les demandeurs, la juge de la Cour fédérale devait aborder les questions relatives à l’article 15. Je ne suis pas de cet avis. Le tribunal peut, à sa discrétion, examiner ou non les questions qui ne sont pas déterminantes dans l’instance (voir, p. ex., *Steel c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 153, [2013] 1 R.C.F. 143, aux paragraphes 65 à 66 et 68; *Construction de défense Canada c. Ucanu Manufacturing Corp.*, 2017 CAF 133, [2018] 2 R.C.F. 269, aux paragraphes 47 à 52).

[172] C’est le cas des questions fondées sur l’article 15 de la Charte. Ce dernier ne jouit pas d’« un statut supérieur dans une prétendue “hiérarchie de droits” » (*Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, [2005] 1 R.C.S. 238, au paragraphe 26). La Cour suprême a rejeté à plusieurs reprises la thèse selon laquelle la Charte prévoit une hiérarchie de droits ou celle voulant qu’un droit soit intrinsèquement supérieur à un autre (*Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, au paragraphe 50; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la page 877, 1994 CanLII 39; *Mills*, au paragraphe 61; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, 1995 CanLII 138, aux paragraphes 34 à 35.)

[173] S’il avait été nécessaire de trancher les questions relatives à l’article 15, il aurait fallu décider s’il y avait lieu pour notre Cour de les trancher ou s’il fallait les

the Federal Court to determine. Where, as here, no factual findings have been made on the section 15 issues, it is generally best for us to send the matter back to the Federal Court because of its expertise in fact-finding: *Sandhu Singh Hamdard Trust v. Navsun Holdings Ltd.*, 2019 FCA 295, 169 C.P.R. (4th) 325, at paragraph 60; *Canada v. Piot*, 2019 FCA 53, 437 D.L.R. (4th) 706, at paragraph 114; *Pfizer Canada Inc.*, above at paragraphs 153–159. This is especially so here: the Federal Court expressed concern (at paragraphs 36–45) about some of the evidence tendered in support of the section 15 claim that might affect its weight.

[174] In commenting on section 15 of the Charter, I do not minimize its importance when assessing conduct under this legislative scheme. Nor do I minimize the importance of any other Charter rights or freedoms, the Refugee Convention and the Convention Against Torture under this legislative scheme. Far from it. “Anxious scrutiny” in this area is called for: *R. v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920, at page 941 A.C.

F. Ultra vires

[175] Regulations, as subordinate legislation, must be authorized by and be within the limits of a statute. When they are not, they are said to be *ultra vires* or beyond the power of those who made them.

[176] The Claimants submit that section 159.3 of the Regulations is *ultra vires*. They maintain that the Regulations were not authorized by the Act at the time of enactment. They also maintain that, over time, the Regulations were no longer authorized by the Act because the factors under subsection 102(2) of the Act no longer supported the designation of the United States as a safe country.

[177] This submission has no merit. This Court’s decision in 2008 in *Canadian Council for Refugees* rejected

renvoyer à la Cour fédérale. Dans les cas où, comme en l’espèce, aucune conclusion de fait n’a été tirée à l’égard de ces questions, il vaut mieux, en règle générale, renvoyer la question à la Cour fédérale, en raison de son expertise en matière de détermination des faits (*Sandhu Singh Hamdard Trust c. Navsun Holdings Ltd.*, 2019 CAF 295, au paragraphe 60; *Canada c. Piot*, 2019 CAF 53, au paragraphe 114; *Pfizer Canada Inc.*, aux paragraphes 153 à 159). C’est tout particulièrement le cas en l’espèce : la Cour fédérale a exprimé des réserves (aux paragraphes 36 à 45) à propos de certains éléments produits à l’appui des arguments fondés sur l’article 15. Ces réserves sont susceptibles de jouer sur la pondération des éléments.

[174] Dans mes remarques sur l’article 15 de la Charte, je ne minimise pas la protection qu’il garantit dans l’évaluation des actes accomplis sous le régime légal. Je ne minimise non plus aucun des droits et libertés garantis par la Charte, ni la Convention sur les réfugiés ou la Convention contre la torture tombant dans le cadre du régime légal, loin de là. La situation appelle un [TRANSDUCTION] « examen soucieux » (*R. v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920, à la page 941 A.C.).

F. Légalité de la désignation

[175] Les règlements, en tant que mesures législatives subordonnées, doivent être autorisés par leur loi habilitante et respecter le champ d’application de cette dernière. Si ce n’est pas le cas, ils sont *ultra vires*, c’est-à-dire qu’ils outrepassent les pouvoirs conférés à ceux qui les ont créés.

[176] Selon les demandeurs, c’est le cas de l’article 159.3 du Règlement. Ils prétendent que le Règlement n’était pas autorisé par la Loi au moment où il a été pris. Ils affirment également que le Règlement a fini par n’être plus autorisé par la Loi, car les facteurs énoncés au paragraphe 102(2) de la Loi ne soutenaient plus la désignation des États-Unis comme tiers pays sûr.

[177] Cet argument est dépourvu de fondement. La Cour l’a rejeté en 2008 dans l’arrêt *Conseil canadien*

it. No later cases from the Supreme Court have cast doubt on its conclusion. Thus, this Court is bound by it.

[178] In *Canadian Council for Refugees*, this Court held that the issue is “to identify the conditions precedent to the [Governor in Council’s] exercise of its delegated authority [to designate the United States] and determine whether these conditions were satisfied at the time of promulgation” (at paragraph 64). This Court held that:

- the conditions precedent were the four factors in subsection 102(2) of the Act (at paragraphs 66, 75 and 78);
- the delegated authority was set out in paragraph 101(1)(e) of the Act (at paragraph 72); and
- the time of promulgation, “the last relevant date for the assessment of the *vires* issue”, was December 29, 2004; the assessment cannot be made “on the basis of facts, events or developments that are subsequent to the date of the promulgation” (at paragraph 89).

Based on these considerations, this Court concluded that the Governor in Council had the power to designate the United States a safe third country under section 159.3 of the Regulations.

[179] The Claimants submit that the designation of the United States became *ultra vires* because it was no longer supported by the subsection 102(2) factors. This overlooks that the assessment of *ultra vires* is done at the time of the designation: *Canadian Council of Refugees*, at paragraph 89. It also overlooks the law on the books expressed in this legislative regime. The subsection 102(3) reviews and related administrative conduct is the mechanism by which the continuing compliance of the designation against the subsection 102(2) factors is assessed. The Claimants’ submission on the *vires* issue falls to be considered as part of a judicial review brought against the subsection 102(3) reviews and related administrative conduct.

pour les réfugiés. Aucun arrêt ultérieur de la Cour suprême n’est venu semer le doute sur la conclusion tirée par la Cour. Par conséquent, il lie notre Cour.

[178] Dans l’arrêt *Conseil canadien pour les réfugiés*, notre Cour estime qu’il faut « déterminer les conditions préalables à l’exercice, par le [gouverneur en conseil], du pouvoir [de désigner les États-Unis] qui lui est délégué et décider si ces conditions étaient remplies lorsque le Règlement a été pris » (au paragraphe 64). Elle tire les conclusions suivantes :

- les conditions préalables sont constituées des quatre facteurs énoncés au paragraphe 102(2) de la Loi (aux paragraphes 66, 75 et 78);
- le pouvoir délégué est énoncé à l’alinéa 101(1)e) de la Loi (au paragraphe 72);
- la date de la prise du Règlement, « la dernière date pertinente en ce qui a trait à l’évaluation de la question de légalité », est le 29 décembre 2004; l’évaluation ne saurait reposer « sur la foi de faits survenus après la date de la prise du Règlement » (au paragraphe 89).

À la lumière de ce qui précède, la Cour estime que le gouverneur en conseil était habilité à désigner les États-Unis à titre de tiers pays sûr conformément à l’article 159.3 du Règlement.

[179] Selon les demandeurs, la désignation des États-Unis outrepassa les pouvoirs conférés, car elle n’est plus soutenue par les facteurs énoncés au paragraphe 102(2). Cette prétention fait fi du fait que l’évaluation de la légalité est effectuée au moment de la désignation (*Conseil canadien pour les réfugiés*, au paragraphe 89). Elle fait également fi des règles de droit qui sont exprimées dans ce régime légal. Les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes constituent le moyen d’assurer le suivi de l’examen des facteurs prévus au paragraphe 102(2). La prétention des demandeurs portant sur la légalité de la désignation relève d’un contrôle judiciaire visant les examens prévus au paragraphe 102(3) et les actes administratifs connexes.

G. Proposed disposition

[180] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment dated July 22, 2020 of the Federal Court in files IMM-775-17, IMM-2229-17 and IMM-2977-17, and, giving the judgment the Federal Court ought to have given, I would dismiss the applications for judicial review. I would dismiss the cross-appeal. As this is a matter arising under the Act and there are no special circumstances supporting an award of costs, I would make no award of costs.

NOËL C.J.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

G. Dispositif proposé

[180] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement rendu par la Cour fédérale le 22 juillet 2020 dans les dossiers IMM-775-17, IMM-2229-17 et IMM-2977-17, et, rendant le jugement qui aurait dû émaner de la Cour fédérale, je rejetterais les demandes de contrôle judiciaire. Je rejetterais l'appel incident. Comme la question soulevée en l'espèce relève de la Loi et qu'il n'existe pas de circonstances spéciales justifiant l'adjudication de dépens, je ne rendrais pas d'ordonnance quant aux dépens.

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

LE JUGE LASKIN, J.C.A. : Je suis d'accord.